



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 6/14

Verkündet am:
14. Juli 2015
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

GASCADE Gastransport GmbH

ARegV § 23 Abs. 2a

Der in § 23 Abs. 2a ARegV vorgesehene Abzug ist stets vorzunehmen, wenn die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer entstandenen Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme in der auf das Ende der Genehmigungsdauer folgenden Regulierungsperiode als Kosten im Sinne von § 4 Abs. 1 ARegV zu berücksichtigen sind.

BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015 - EnVR 6/14 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Raum und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den am 11. Dezember 2013 verkündeten Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur werden der Antragstellerin auferlegt.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Antragstellerin betreibt ein Gasfernleitungsnetz. Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 beantragte sie die Genehmigung eines Investitionsbudgets für den Ausbau eines Netzkoppelungspunkts.

2 Mit Bescheid vom 25. Juli 2012 erteilte die Bundesnetzagentur eine bis 31. Dezember 2017 befristete Genehmigung und lehnte den Antrag im Übrigen ab. In den Gründen wird sinngemäß ausgeführt, die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer entstandenen Kapital- und Betriebskosten seien ab dem darauffolgenden Jahr nach Maßgabe von § 23 Abs. 2a ARegV in Abzug zu bringen; die abweichende Interpretation der Antragstellerin sei nicht richtig.

3 Mit ihrer Beschwerde hat die Antragstellerin beantragt, den genannten Bescheid insoweit aufzuheben, als darin der Abzug von drei Jahresscheiben für die Jahre 2015, 2016 und 2017 angeordnet wird. Das Beschwerdegericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegentritt.

4 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die Beschwerde sei zulässig. Die Ausführungen in den Gründen des angefochtenen Bescheids enthielten keinen bloßen Hinweis auf die Rechtslage, sondern die Anordnung der Bundesnetzagentur, den in § 23 Abs. 2a ARegV vorgesehenen Abzug im konkreten Fall vorzunehmen.

7

Die Beschwerde sei aber unbegründet. Der angefochtene Bescheid sei rechtmäßig. Aus dem Wortlaut von § 23 Abs. 2a ARegV und aus der Begründung zu dem zugrunde liegenden Entwurf ergäben sich keine sicheren Anhaltspunkte zum Verständnis der Regelung. Die Systematik und der Sinn und Zweck der Regelung sprächen jedoch eindeutig gegen die von der Antragstellerin vertretene Ansicht. § 23 Abs. 2a ARegV solle verhindern, dass die Kosten einer Investitionsmaßnahme doppelt berücksichtigt würden, nämlich während des Genehmigungszeitraums im Rahmen der Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV und danach als Kosten des Basisjahrs im Sinne von § 6 Abs. 1 ARegV. Das abweichende Verständnis der Antragstellerin, wonach ein Abzug nur dann vorzunehmen sei, wenn es hinsichtlich desselben Zeitraums zu einer doppelten Berücksichtigung komme, führte demgegenüber dazu, dass die Vorschrift leer laufen würde, weil es nach der Systematik der Anreizregulierungsverordnung und der Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur zu einer Doppelberücksichtigung in diesem Sinne nie kommen könne. Dass bestimmte Kosten schon nach der früheren Fassung von § 23 ARegV doppelt zu berücksichtigen gewesen seien, führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Nach der früheren Fassung habe dieser Effekt nur für ein Jahr eintreten können. Durch die Neuregelung habe sich der betroffene Zeitraum auf drei Jahre verlängert. Dies habe den Verordnungsgeber veranlasst, den in § 23 Abs. 2a ARegV vorgesehenen Abzug einzuführen. Die mit der Neuregelung insgesamt verbundenen Vorteile überwiegen den insoweit entstandenen Nachteil.

8

II. Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung stand.

9

Das Beschwerdegericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die für die Jahre 2015, 2016 und 2017 anfallenden Kosten der genehmigten Investitionsmaßnahme bei der Festlegung der Erlösobergrenzen für die Zeit ab 1. Januar 2018 gemäß § 23 Abs. 2a ARegV in Abzug zu bringen sind.

- 10 1. Die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen - nach der bis 21. März 2012 geltenden Fassung: von Investitionsbudgets - gemäß § 23 ARegV eröffnet dem Netzbetreiber die Möglichkeit, die Kosten bestimmter Maßnahmen früher in die Festlegung der Erlösobergrenze einfließen zu lassen, als dies nach den allgemeinen Bestimmungen in §§ 4 ff. ARegV möglich wäre.
- 11 Für die Festlegung der Erlösobergrenze sind grundsätzlich die Kosten maßgeblich, die in dem nach § 6 Abs. 1 ARegV relevanten Basisjahr angefallen sind. Dies ist, sofern sich das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr deckt, das drittletzte Kalenderjahr vor Beginn der Regulierungsperiode. Danach könnten die Kosten einer Investitionsmaßnahme frühestens in der jeweils nächsten Regulierungsperiode berücksichtigt werden, und selbst dies wäre nur möglich, soweit die Kosten spätestens zwei Jahre vor Beginn dieser Periode angefallen sind.
- 12 Um eine frühere Berücksichtigung zu ermöglichen, sieht § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV vor, dass Kosten genehmigter Investitionsmaßnahmen - die gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV als nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten - bei der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze zu berücksichtigen sind. Nach der ursprünglichen Fassung von § 4 Abs. 3 Satz 1 ARegV war hierbei auf die jeweils im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten abzustellen. Danach konnten die Kosten von genehmigten Investitionsbudgets zwar abweichend von § 6 Abs. 1 ARegV innerhalb der laufenden Regulierungsperiode berücksichtigt werden, aber nur mit einem zeitlichen Versatz von zwei Jahren. Nach der seit 22. März 2012 geltenden, für den Streitfall maßgeblichen Fassung ist hingegen das Kalenderjahr maßgeblich, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll. Die Kosten können mithin - als Plankosten - bereits für das Jahr angesetzt werden, in dem sie erstmals anfallen.
- 13 2. Nach der ebenfalls am 22. März 2012 in Kraft getretenen Regelung in § 23 Abs. 2a ARegV sind die in den letzten drei Jahren der Genehmigungs-

dauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten, die auf Grund der Regelung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 1 ARegV der folgenden Regulierungsperiode berücksichtigt werden, als Abzugsbetrag zu berücksichtigen, und zwar dergestalt, dass die Kosten nach Maßgabe von § 5 Abs. 2 Satz 3 ARegV aufgezinst werden und der so ermittelte Betrag über zwanzig Jahre hinweg, beginnend mit dem Jahr nach Ablauf der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme, gleichmäßig in Abzug gebracht wird. Dieser Abzug ist, wie das Beschwerdegericht zutreffend entschieden hat, in allen Fällen vorzunehmen, in denen die betreffenden Kosten in einer Regulierungsperiode als Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme und in der darauffolgenden Regulierungsperiode als Kosten im Sinne von § 4 Abs. 1 ARegV zu berücksichtigen sind.

14 a) Schon der Wortlaut der Vorschrift spricht gegen die von der Antragstellerin postulierte Auslegung.

15 Die von der Antragstellerin vertretene Auffassung, § 23 Abs. 2a ARegV greife nur, wenn sich der Genehmigungszeitraum über mehrere Regulierungsperioden erstrecke und ein Teil der Kosten in einer dieser Regulierungsperioden bereits als Kosten für Anlagen im Bau gemäß § 4 Abs. 1 ARegV berücksichtigungsfähig sei, setze voraus, dass als "folgende" Regulierungsperiode eine Regulierungsperiode angesehen wird, die auf den Beginn des Genehmigungszeitraums folgt, sich mit diesem aber zumindest teilweise überschneidet. Der Beginn des Genehmigungszeitraums ist in § 23 Abs. 2a ARegV aber nicht erwähnt. Als einziger Zeitraum, der als Anknüpfungspunkt für einen darauf "folgenden" Zeitpunkt in Betracht kommt, werden vielmehr die letzten drei Jahre der Genehmigungsdauer genannt. Nach dem Wortlaut ist als "folgende" Regulierungsperiode folglich diejenige anzusehen, die sich an das Ende des Genehmigungszeitraums anschließt.

- 16 b) Mit dem Wortlaut vereinbar wäre allenfalls eine Auslegung dahin, dass sich die Worte "der folgenden Regulierungsperiode" in § 23 Abs. 2a ARegV nicht nur auf die Erlösobergrenze beziehen, sondern auch auf die Investitionsmaßnahme. Gegen eine solche Auslegung sprechen indes systematische Erwägungen.
- 17 aa) Die Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme sind als solche definitionsgemäß nur während des Genehmigungszeitraums berücksichtigungsfähig. Würde der Abzug davon abhängig gemacht, dass sie auch in einer daran anschließenden Regulierungsperiode in derselben Weise berücksichtigungsfähig sind, könnte § 23 Abs. 2a ARegV nie zur Anwendung kommen.
- 18 bb) Die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung führt demgegenüber zwar dazu, dass die Voraussetzungen für einen Abzug bei praktisch jeder genehmigten Investitionsmaßnahme erfüllt sind. Dies ergibt sich jedoch nicht schon aus dem Wortlaut von § 23 Abs. 2a ARegV, sondern aus der Genehmigungspraxis der Bundesnetzagentur, die den Genehmigungszeitraum so festlegt, dass die Kosten der Investitionsmaßnahme in vollem Umfang in die Kosten des Basisjahrs einfließen, das für die auf das Ende der Genehmigungsdauer folgende Regulierungsperiode maßgeblich ist. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat diese Auslegung mithin nicht zur Folge, dass einzelne Tatbestandsmerkmale des § 23 Abs. 2a ARegV von vornherein bedeutungslos wären.
- 19 c) Für das vom Beschwerdegericht gefundene Ergebnis spricht auch der Zweck des § 23 Abs. 2a ARegV.
- 20 aa) Schon aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass eine doppelte Berücksichtigung der Kosten vermieden werden soll. In Übereinstimmung damit wird in den Materialien zu der Vorschrift ausgeführt, es solle vermieden

werden, dass Teile der Investitionsmaßnahme von den Netznutzern mehrfach finanziert werden (BR-Drs. 860/11, S. 9).

21 Zu einer mehrfachen Berücksichtigung von Kosten kommt es aufgrund der oben aufgezeigten Unterschiede bei der zeitlichen Anknüpfung und aufgrund der Genehmigungspraxis der Bundesnetzagentur nicht nur in der von der Antragstellerin als allein einschlägig angesehenen Konstellation, dass bestimmte Kosten schon während des Genehmigungszeitraums als Kosten im Bau auch nach § 4 Abs. 1 ARegV berücksichtigungsfähig sind. Eine mehrfache Berücksichtigung von Kosten tritt vielmehr schon dann ein, wenn die Investitionen spätestens zwei Jahre vor dem Ende einer Regulierungsperiode abgeschlossen sind. Unter dieser Voraussetzung fließen die Investitionskosten in den letzten drei Jahren der laufenden Regulierungsperiode in voller Höhe gemäß § 4 Abs. 2 ARegV in die Erlösobergrenze ein. Zugleich sind sie gemäß § 4 Abs. 1 ARegV in der darauffolgenden Regulierungsperiode zu berücksichtigen, weil sie in dem gemäß § 6 Abs. 1 ARegV maßgeblichen Basisjahr bereits in vollem Umfang angefallen sind. Wegen des in § 6 Abs. 1 ARegV vorgesehenen Zeitversatzes führt dies im Ergebnis dazu, dass der Zeitraum, in dem die Kosten in die Erlösobergrenze einfließen, in der Regel drei Jahre länger ist als die tatsächliche Abschreibungs- oder Nutzungsdauer. Damit würden Teile der Investitionsmaßnahme von den Nutzern mehrfach finanziert.

22 Dass § 23 Abs. 2a ARegV diesem Effekt entgegenwirken soll, ergibt sich auch aus den Materialien zur Neufassung von § 11 Abs. 2 ARegV. Dort wird ausgeführt, der Abzugsbetrag solle gewährleisten, dass Investitionskosten beim Übergang der Investitionsmaßnahme ins Regelverfahren der Anreizregulierung nicht mehrfach in der Erlösobergrenze Berücksichtigung finden (BR-Drs. 860/11, S. 8). Genau diesen Übergangszeitraum betrifft § 23 Abs. 2a ARegV nach der vom Beschwerdegericht vertretenen Auslegung.

- 23 bb) Dass es vor dem Inkrafttreten von § 23 Abs. 2a ARegV bereits zu ähnlichen Effekten kommen konnte und der Verordnungsgeber mit der am 22. März 2012 in Kraft getretenen Vorschrift eine den Netzbetreibern günstigere Regelung schaffen wollte, führt entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht zu einer abweichenden Beurteilung.
- 24 Mit der Änderungsverordnung vom 14. März 2012 (BGBl. I S. 489) sollte im Interesse der Netzbetreiber der bisherige zeitliche Verzug von zwei Jahren und eine damit als nachteilig empfundene Liquiditätslücke geschlossen werden (BR-Drucks. 860/11, S. 5 und 7). Dieses Ziel wurde durch die Änderung des § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV erreicht.
- 25 Davon zu unterscheiden ist die Zielsetzung des § 23 Abs. 2a ARegV. Der dort geregelte Abzugsbetrag soll gewährleisten, dass Investitionskosten beim Übergang der Investitionsmaßnahme ins Regelverfahren der Anreizregulierung nicht mehrfach in der Erlösobergrenze Berücksichtigung finden (vgl. BR-Drucks. 860/11, S. 8). Zugleich hat der Verordnungsgeber mit der Neuregelung die in der früheren Regelung angelegte Ungereimtheit der Mehrfachfinanzierung behoben. Dies lag nahe, weil eine Beibehaltung der bisherigen Regeln unter dem neuen System dazu geführt hätte, dass sich der Zeitraum, für den Kosten doppelt zu berücksichtigen sind, verdreifacht hätte.
- 26 Die Regelung in § 23 Abs. 2a ARegV schränkt die mit § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV verbundenen Vorteile der sofortigen Berücksichtigungsfähigkeit der Kosten zwar in gewissem Umfang wieder ein. Diese Einschränkung hat auf den im Mittelpunkt der Neuregelung stehenden Aspekt der Liquidität aber nur begrenzten Einfluss, weil der Abzug der Kosten - die einen Zeitraum von drei Jahren betreffen - auf einen Zeitraum von zwanzig Jahren verteilt wird. Die in der Rechtsbeschwerdebegründung hierzu angestellte Beispielrechnung gibt, wie die Bundesnetzagentur zu Recht ausführt, diesen Umstand nicht zutreffend wieder, weil sie davon ausgeht, dass der vollständige Betrag in den ersten drei

Jahren der auf das Ende des Genehmigungszeitraums folgenden Regulierungsperiode abgezogen wird.

27 Aus den Ausführungen in den Materialien, wonach § 23 Abs. 2a ARegV "aufgrund des Wechsels auf die sofortige Kostenanerkennung" eingeführt wurde (BR-Drs. 860/11, S. 9), können keine abweichenden Schlussfolgerungen gezogen werden. Aus dieser Passage ergibt sich lediglich, dass der Verordnungsgeber die Neuregelung zum Anlass genommen hat, die in der früheren Regelung angelegte Ungereimtheit zu beheben. Ihr ist hingegen nicht zu entnehmen, dass der Verordnungsgeber den Netzbetreibern zusätzlich zu den aus der Neuregelung resultierenden Liquiditätsvorteilen alle Vorteile der früheren Regelung erhalten wollte.

28 cc) Dass der Verordnungsgeber für Kosten, die in den Jahren 2010 und 2011 angefallen sind, in § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV eine Übergangsregelung vorgesehen hat, führt ebenfalls nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

29 Nach § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV sind Kosten von genehmigten Investitionsbudgets, die in den Jahren 2010 oder 2011 entstanden sind, nach der bis zum 21. März 2012 geltenden Fassung von § 4 Abs. 2 ARegV zu berücksichtigen. Dies hat zur Folge, dass diese Kosten im Rahmen von § 4 Abs. 2 ARegV weiterhin mit einem zeitlichen Versatz von zwei Jahren in die Erlösobergrenze einfließen (BR-Drs. 860/11, S. 11). Selbst wenn daraus zu folgern wäre, dass es insoweit auch bei der nach früherem Recht eröffneten Möglichkeit einer mehrfachen Berücksichtigung der Kosten für ein Jahr verbleibt (so OLG Düsseldorf, RdE 2014, 295, juris Rn. 36 ff.), spräche dies nicht gegen, sondern eher für die vom Beschwerdegericht vertretene Auslegung des § 23 Abs. 2a ARegV.

30 Mit dem Wechsel von einer um zwei Jahre zeitversetzten zu einer sofortigen Berücksichtigungsfähigkeit ist die Frage aufgeworfen worden, wie mit Kosten aus den Jahren zu verfahren ist, die nach dem früheren Recht erst in späte-

ren Jahren berücksichtigungsfähig gewesen wären, nach dem neuen Recht hingegen schon in der Vergangenheit hätten berücksichtigt werden müssen. Dass der Verordnungsgeber hierfür eine Übergangsregelung vorsieht, ist folgerichtig. Gerade weil die Übergangsregelung eine besondere Konstellation betrifft, kann sie jedoch nicht auf Sachverhalte angewendet werden, die diese Besonderheit nicht aufweisen.

31 dd) Der Umstand, dass in den Abzug nach § 23 Abs. 2a ARegV auch die Betriebskosten einzubeziehen sind, vermag eine abweichende Beurteilung ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

32 Dabei kann dahingestellt bleiben, welches Gewicht den Betriebskosten im Vergleich zu den Kapitalkosten typischerweise zukommt. Die Einbeziehung der Betriebskosten in den Abzug ist jedenfalls schon deshalb folgerichtig, weil der nach dem Ende des Genehmigungszeitraums eintretende Übergang von einer sofortigen zu einer zeitversetzten Berücksichtigung auch hinsichtlich dieser Kosten dazu führen kann, dass der Zeitraum, für den sie angesetzt werden können, den tatsächlichen Nutzungszeitraum um drei Jahre übersteigt.

33 ee) Keine ausschlaggebende Bedeutung kommt ferner dem Umstand zu, dass nach § 4 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 ARegV nicht die Kosten der letzten drei Jahre des Genehmigungszeitraums, sondern nur die Kosten des Basisjahrs, im vorliegenden Zusammenhang also des drittletzten Jahrs des Genehmigungszeitraums in die Erlösobergrenze einfließen.

34 Die in § 6 Abs. 1 ARegV vorgesehene Anknüpfung an das Basisjahr führt zwar dazu, dass die in den beiden nachfolgenden Jahren angefallenen Investitionskosten für die Berechnung nach § 4 Abs. 1 ARegV nicht herangezogen werden. Diese Kosten fließen wirtschaftlich gesehen dennoch in die Erlösobergrenze ein, weil die Kosten des Basisjahres für jedes einzelne Jahr der Regulierungsperiode herangezogen werden, für die ersten drei Jahre der Regulie-

rungsperiode also dreifach berücksichtigt werden. Im vorliegenden Zusammenhang führt dies im Vergleich zu einer an die einzelnen Jahreswerte anknüpfenden Betrachtung sogar zu einem Vorteil für den Netzbetreiber, weil die Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme nach Fertigstellung der Maßnahme von Jahr zu Jahr geringer werden. Die kalkulatorischen Abschreibungen sind zwar für jedes Jahr gleich, weil sie gemäß § 6 Abs. 4 ARegV nach der linearen Abschreibungsmethode vorzunehmen sind. Die auf die Investitionsmaßnahme entfallenden Kapitalkosten und die anteilige Gewerbesteuer werden jedoch von Jahr zu Jahr geringer, weil die dafür maßgebliche Berechnungsgrundlage aufgrund der Abschreibungen kleiner wird.

35 Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht in der von ihm angestellten Beispielsrechnung von jährlich sinkenden Kosten ausgegangen ist. Auf die im Einzelnen angesetzten Beträge kommt es in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht an, weil das Beschwerdegericht die Berechnung nur zur Verdeutlichung des § 23 Abs. 2a ARegV zugrunde liegenden Regelungsprinzips herangezogen und ihr - zu Recht - keinen darüber hinausgehenden Erkenntniswert beigemessen hat.

36 3. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verstößt § 23 Abs. 2a ARegV mit diesem Inhalt nicht gegen höherrangiges Recht.

37 Sowohl nach europäischem Recht als auch nach § 21 EnWG müssen die festgelegten Netzentgelte die tatsächlichen Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers widerspiegeln und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen. Diesen Anforderungen wird § 23 Abs. 2a ARegV gerecht. Die Regelung verhindert lediglich, dass die angesetzten Kosten die tatsächlich entstandenen Kosten übersteigen. Dem stehen weder die von der Rechtsbeschwerde angeführten Vorschriften noch sonstiges höherrangiges Recht entgegen.

38 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 GKG und § 3 ZPO.

Raum	Strohn	Grüneberg
	Bacher	Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.12.2013 - VI-3 Kart 249/12 (V) -