



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVR 94/10

vom

23. Juli 2012

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Juli 2012 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. August 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 17. Dezember 2008 in der Fassung des Beschlusses vom 7. Januar 2009 hinsichtlich der Kürzungen bei der Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer zurückgewiesen worden ist und in Bezug auf die Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV Erfolg gehabt hat, und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 17. Dezember 2008 in der Fassung des Beschlusses vom 7. Januar 2009 mit Ausnahme der Ablehnung des Antrags auf Gewährung eines pauschalierten Investitionszuschlags aufgehoben.

Die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Im Übrigen werden die Beschwerde und die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zurückgewiesen.

Die Kosten und Auslagen des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden der Betroffenen zu 91% und der Bundesnetzagentur zu 9% auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 491.080 €. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird unter Abänderung des Beschlusses des Beschwerdegerichts vom 19. August 2010 auf 496.080 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Mit Bescheid vom 7. März 2007 erhielt sie eine auf den Daten des Geschäftsjahres 2004 beruhende und später bis zum 31. Dezember 2008 verlängerte Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Für die Folgezeit wurde der Betroffenen die Teilnahme am vereinfachten Verfahren der Anreizregulierung gemäß § 24 ARegV genehmigt. Sie beantragte ferner die Einbeziehung eines pauschalierten Investitionszuschlags.
- 2 Mit Beschluss vom 17. Dezember 2008 in der Fassung des Beschlusses vom 7. Januar 2009 legte die Bundesnetzagentur die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2013 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 34 Abs. 3 ARegV unter anderem mit Kürzungen bei der Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Den Antrag auf Berücksichtigung des pauschalierten Investitionszuschlags lehnte die Bundesnetzagentur ab. Auf die hiergegen gerichtete Be-

schwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht den Beschluss mit Ausnahme der Ablehnung des Antrags auf Gewährung eines pauschalierten Investitionszuschlags aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Erlösobergrenzen unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung neu zu bestimmen. Die weitergehende Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

3                   Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur. Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

## II.

4                   Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg, die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet.

### 1. Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen (§ 34 Abs. 3 ARegV)

5                   Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit Erfolg.

6                   a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Bundesnetzagentur für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung zugrunde legen durfte. Dies ergebe sich aus § 34 Abs. 3 Satz 2 ARegV, wonach sich das Ausgangsniveau aus den im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannten Kosten ergebe. Sinn und Zweck dieser Übergangsregelung sei es, eine einheitliche Datenbasis sicherzustellen und eine erneute Kostenprüfung mit dem damit verbundenen Aufwand nach dem Inkrafttreten der Anreizregulierungsverordnung zu vermeiden. Aufgrund dessen sei für die von der Betroffenen begehrte Anpassung des Ergebnisses der in der letzten

Entgeltgenehmigung vorgenommenen Kostenprüfung kein Raum. Dies gelte insbesondere auch für solche Kostenpositionen, die nach der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an sich korrekturbedürftig seien. Dementsprechend seien weder ein Risikozuschlag bei den Fremdkapitalzinsen vorzunehmen noch die kalkulatorische Gewerbesteuer anzupassen.

7                   b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8                   Wie der Senat mit Beschluss vom 18. Oktober 2011 (EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 7 f. - PVU Energienetze GmbH) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 34 Abs. 3 ARegV die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung zu berücksichtigen. Die unveränderte Übernahme des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung ist rechtsfehlerhaft, soweit diese zu jener Rechtsprechung in Widerspruch steht.

9                   aa) Aufgrund dessen hätte die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 34 Abs. 3 ARegV in Bezug auf die Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals (sog. EK II) bei den dafür maßgeblichen Fremdkapitalzinsen einen Risikozuschlag (siehe hierzu BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 54 ff. - Rhein Hessische Energie) berücksichtigen müssen. Dies wird sie nachzuholen haben.

10                  bb) Ebenso hätte die Bundesnetzagentur die kalkulatorische Gewerbesteuer anpassen müssen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 14 - EnBW Regional AG und vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 14 - PVU Energienetze GmbH).

11                   2. Pauschalierter Investitionszuschlag (§ 25 ARegV)

12                   Dagegen hat die Rechtsbeschwerde der Betroffenen keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht aus Rechtsgründen verneinte Einbeziehung des pauschalierten Investitionszuschlags nach § 25 ARegV wendet.

13                   a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV keine Anwendung finde. Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits geltenden Neufassung des § 24 Abs. 3 ARegV. Eine andere Beurteilung sei auch nicht deswegen geboten, weil sich bei der Betroffenen ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine zuvor bestehende - anderweitige - Rechtslage gebildet habe. Dies sei nicht der Fall. Die am 12. April 2008 in Kraft getretene Neufassung des § 24 Abs. 3 ARegV habe keine Änderung der Rechtslage herbeigeführt, sondern lediglich die Nichtanwendung des § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren klargestellt. Dies folge unter anderem daraus, dass der pauschalierte Investitionszuschlag gemäß § 25 Abs. 2 und 3 ARegV in Abhängigkeit von den nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV bestimmten Kapitalkosten zu ermitteln sei, diese Vorschrift jedoch im vereinfachten Verfahren nicht anwendbar sei. Das vereinfachte Verfahren nach § 24 ARegV solle die sogenannten kleinen Netzbetreiber unter anderem von einem unverhältnismäßigen Regulierungsaufwand insbesondere im Zusammenhang mit dem an sich durchzuführenden Effizienzvergleich entlasten. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn zwar die Regelungen für den bundesweiten Effizienzvergleich nach §§ 12 bis 14 ARegV keine Anwendung finden würden, gleichwohl aber bei einer Einbeziehung des pauschalierten Investitionszuschlags maßgeblich wären.

14                   b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Anwendbarkeit des § 25 ARegV im Rahmen des vereinfachten

Verfahrens nach § 24 ARegV verneint. Wie der Senat mit Beschluss vom 18. Oktober 2011 (EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 18 ff. - PVU Energienetze GmbH) entschieden und im Einzelnen begründet hat, hat sich die Nichtanwendung des § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren bereits vor der Klarstellung in § 24 Abs. 3 ARegV aus § 24 Abs. 1 ARegV ergeben. Dagegen bringt die Rechtsbeschwerde nichts Erhebliches vor.

15                   3. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

16                   Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat Erfolg.

17                   a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen zu Unrecht den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV berücksichtigt, obwohl es hierfür an einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung fehle. Insbesondere sei § 9 ARegV nicht von § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 bzw. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG gedeckt.

18                   b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis nicht stand. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV zu Recht berücksichtigt.

19                   aa) Der Senat hat zwar mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regional AG) entschieden, dass § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG a.F. nicht dazu ermächtigt hat, einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor - wie in § 9 Abs. 1 ARegV a.F. vorgegeben - unter Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu ermitteln. Diese Rechtsprechung ist aber - wie der Senat mit Beschluss vom 31. Januar 2012

(EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 17 ff. - Gemeindewerke Schutterwald) im Einzelnen begründet hat - durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) gegenstandslos geworden, weil der Gesetzgeber darin mit § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG n.F. mit Rückwirkung zum 1. Januar 2009 eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in die Erlösobergrenzen geschaffen und § 9 ARegV neu erlassen hat. Die von der Rechtsbeschwerdeerwiderung insbesondere gegen die Rückwirkung angeführten Argumente hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet.

20           bb) Die konkrete Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV und dessen konkrete Berechnung durch die Bundesnetzagentur für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode sind - wie der Senat ebenfalls mit Beschluss vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 26 ff. - Gemeindewerke Schutterwald) im Einzelnen begründet hat - ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch insoweit bringt die Rechtsbeschwerdeerwiderung keine Argumente vor, die dem Senat Anlass für eine Änderung seiner Rechtsprechung geben könnten.

### III.

21           Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen des angefochtenen Bescheids vom 17. Dezember 2008 in der Fassung des Bescheids vom 7. Januar 2009 können durch die Regulierungsbehörde in dem neu eröffneten Verwaltungsverfahren entschieden werden. Für die Neubewertung ist der rechtliche Rahmen durch die Entscheidung des Senats vorgegeben.

IV.

22 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

23 Der Streitwert des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtet sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG i.V.m. § 3 ZPO nach dem wirtschaftlichen Interesse der Betroffenen an einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Dies bemisst sich grundsätzlich nach der Differenz zwischen den nach der - im Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Betroffenen anzusetzenden Erlösobergrenzen und den von der Regulierungsbehörde festgesetzten Erlösobergrenzen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 45 - PVU Energienetze GmbH). Soweit die Betroffene insoweit nur einen Jahresbetrag ansetzen will, fehlt es hierfür an einer Grundlage. Aufgrund dessen betragen der Wert des Beschwerdeverfahrens unter

Berücksichtigung des nicht mehr weiterverfolgten Angriffs gegen den Auflagenvorbehalt zur Mehrerlössaldierung 496.080 € und der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens 491.080 €.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Celle, Entscheidung vom 19.08.2010 - 13 VA 25/09 -