



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 64/10

Verkündet am:  
30. April 2013  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Mai 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als ihre Beschwerde gegen Nummer 10 des Beschlusses der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 16. Dezember 2008 zurückgewiesen worden ist.

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

Die weitergehende Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird zurückgewiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 6.105.544 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Gasfernleitungs- und ein Gasverteilernetz. Mit Bescheid vom 6. Juni 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.

2 Mit Beschluss vom 16. Dezember 2008 legte die Bundesnetzagentur die einzelnen Erlösbergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 2 ARegV unter anderem mit Kürzungen bei den Kosten für die Beschaffung von Energie zur Deckung des Betriebsverbrauchs einschließlich Verlustenergie. Den Antrag auf Anerkennung eines Härtefalles nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV wegen des Anstiegs dieser Kosten im Zeitraum zwischen den Jahren 2006 und 2009 um 1.526.385,89 € lehnte die Bundesnetzagentur ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

3 Hiergegen richtet sich die - vom Beschwerdegericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

## II.

4 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg.

1. Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösbergrenzen (§ 6 Abs. 2 ARegV)

5 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit keinen Erfolg.

6 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Bundesnetzagentur für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösbergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung zugrunde legen durfte. Dies ergebe sich aus

§ 6 Abs. 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 könnten Plankosten für die Beschaffung der Energie zur Deckung des Betriebsverbrauchs im Jahr 2009 nicht berücksichtigt werden, weil eine solche Anpassung der maßgeblichen Kostenbasis in § 6 Abs. 2 ARegV nicht vorgesehen sei. Die Bundesnetzagentur habe auch zu Recht die von der Betroffenen insoweit (hilfsweise) geltend gemachten Plankosten für das Jahr 2008 nicht anerkannt, weil die Bundesnetzagentur deren Berechtigung im Rahmen der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung mangels Nachweises gesicherter Erkenntnisse verneint habe. Unabhängig davon sei die Regulierungsbehörde zu einer Korrektur des ihr vorgegebenen Ausgangsniveaus ohnehin nicht verpflichtet gewesen.

7                    b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8                    Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat (vgl. nur Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 9 ff. - EnBW Regional AG; Beschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, N&R 2013, 89 Rn. 16 - E.ON Hanse AG), ist allerdings das Ergebnis der nach § 6 Abs. 2 ARegV maßgeblichen Kostenprüfung bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Festlegung der Erlösobergrenzen zu korrigieren, soweit es mit der hierzu in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht. Die Anpassung an später ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung soll verhindern, dass eine rechtswidrige Regulierungspraxis bei der Umstellung der Netzentgeltregulierung auf die Methode der Anreizregulierung fortgeschrieben wird. Eine Anpassung ist

deshalb auch dann geboten, wenn eine gerichtliche Entscheidung, zu der das Ergebnis der Kostenprüfung in Widerspruch steht, erst nach der Festlegung der Erlösobergrenzen ergangen ist oder wenn sich erst im Verfahren zur Überprüfung dieser Festlegung ergibt, dass die der Kostenprüfung zugrundeliegende Regulierungspraxis rechtswidrig war. Entscheidende Voraussetzung ist jedoch stets, dass sich eine der Kostenprüfung zugrundeliegende Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, N&R 2013, 89 Rn. 18 - E.ON Hanse AG).

9 Die Voraussetzungen für eine solche Korrektur sind im Streitfall indes nicht erfüllt.

10 aa) Entgegen der Rechtsbeschwerde sind die Plankosten für die Beschaffung der Energie zur Deckung des Betriebsverbrauchs des Jahres 2009 nicht nachträglich bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 Abs. 2 ARegV zu berücksichtigen.

11 Dies käme - wie oben dargelegt - auf der Grundlage des Senatsbeschlusses vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. - EnBW Regional AG) nur dann in Betracht, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG die Berücksichtigung von solchen Plankosten mit einer Begründung abgelehnt hätte, die mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Betroffene hat Plankosten für das Jahr 2009 nicht in dem letzten kostenbasierten Entgeltgenehmigungsverfahren, sondern - an sich folgerichtig - erstmals im Rahmen der Anreizregulierung geltend gemacht. Für die nachträgliche Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 GasNEV bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung fehlt es aber an einer rechtlichen

Grundlage (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2012 - EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 13 - Gemeindewerke Schutterwald). Insoweit ist, anders als die Rechtsbeschwerde meint, auch nicht § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV in der bis zum 9. September 2010 geltenden Fassung anwendbar. Diese Bestimmung wird - was sich aus dem Wortlaut der Norm und den Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks. 417/07, S. 47) ergibt - für die erste Regulierungsperiode durch § 6 Abs. 2 ARegV als abschließende Sonderregelung verdrängt.

12           bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, können auch die von der Betroffenen geltend gemachten Plankosten für die Beschaffung der Energie zur Deckung des Betriebsverbrauchs und der Verlustenergie des Jahres 2008 nicht berücksichtigt werden.

13           Im Grundsatz ist - wie hier - von der Datengrundlage des Jahres 2006 oder eines früheren Geschäftsjahres auszugehen (§ 6 Abs. 2 ARegV). Nach der Rechtsprechung des Senats sind bei der Genehmigung der Netzentgelte auf der Grundlage von § 23a EnWG solche Kosten im Fall gesicherter Erkenntnisse auch mit Planwerten im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 GasNEV in Ansatz zu bringen (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 9 ff. - Stadtwerke Trier). Dies ist von der Betroffenen im Rahmen der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG auch geltend gemacht worden, indes von der Bundesnetzagentur mangels Nachweises gesicherter Erkenntnisse nicht anerkannt worden. Dabei hat es zu verbleiben. Insoweit ist es unerheblich, ob die Bundesnetzagentur im Rahmen der Kostenprüfung zu Recht davon ausgegangen ist, die Betroffene habe die geltend gemachten Plankosten nicht hinreichend nachgewiesen. Ob die in § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 GasNEV normierten Voraussetzungen vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalles. Eine unzutreffende Beurteilung dieser Frage begründet für sich gesehen keine Abweichung von höchstrichterlicher

Rechtsprechung. Sie kann deshalb nicht zur Korrektur des nach § 6 Abs. 2 ARegV grundsätzlich heranzuziehenden Ergebnisses der Kostenprüfung führen. Eine umfassende Überprüfung oder Neuvornahme der Kostenprüfung anlässlich der Festlegung der Erlösobergrenzen ist nach dem Zweck der genannten Vorschrift ausgeschlossen (BGH, RdE 2011, 308 Rn. 12 - EnBW Regional AG; N&R 2013, 89 Rn. 20 - E.ON Hanse AG). Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn das Beschwerdegericht oder die Regulierungsbehörde generell - zu der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Widerspruch stehende - überhöhte Anforderungen an den Nachweis gesicherter Erkenntnisse gestellt hätte (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 8 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar). Dies ist hier aber - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - nicht der Fall. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Bescheid vom 6. Juni 2008 bei der Prüfung gesicherter Erkenntnisse die Maßstäbe der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrunde gelegt, die vom Senat (aaO) nachfolgend gebilligt worden sind.

## 2. Härtefallregelung (§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV)

14 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV vorliegend zu Unrecht für unanwendbar gehalten und deshalb zu deren Voraussetzungen keine Feststellungen getroffen. Dies wird es nachzuholen haben.

15 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV eine Auffangregelung darstelle, die grundsätzlich dann eingreifen müsse, wenn die übrigen vom Ordnungsgeber vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten nicht einschlägig oder ausreichend seien, und die Beibehaltung der festgesetzten Erlösobergrenze andernfalls zu einer unzumutbaren Härte führen würde. Dies sei jedoch hier nicht der Fall. Für die Betroffene sei ein Effizienzwert von 95,08% ermittelt worden, so dass sie

zunächst die Anpassung der individuellen Effizienzvorgabe gemäß § 16 Abs. 2 ARegV begehren müsse. Nur wenn und soweit dies nicht ausreichend sein sollte, komme - nachrangig - eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV wegen unzumutbarer Härte in Betracht. Dass dies der Fall sei, könne nicht festgestellt werden. Zwar führe die Betroffene an, dass die Gesamtkosten im Jahr 2009 um insgesamt 3.140.473 € (ca. 7,6%) über denen des Jahres 2006 lägen. Dies besage aber nichts dazu, ob und inwieweit die Steigerung der Gesamtkosten der Betroffenen zuzurechnen sei, ob die Kostensteigerung also durch effizientes Handeln hätte vermieden oder jedenfalls begrenzt werden können.

16                    b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

17                    Das Beschwerdegericht ist zwar im Ausgangspunkt zu Recht davon ausgegangen, dass § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV auch im Rahmen der erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 2 ARegV zumindest entsprechend anwendbar ist (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 69 ff. - EnBW Regional AG). Es hat aber rechtsfehlerhaft angenommen, dass vorliegend § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV hinter die Möglichkeit der Anpassung der Erlösobergrenze über die individuelle Effizienzvorgabe nach § 16 Abs. 2 ARegV zurücktritt.

18                    Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat (vgl. nur Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 80 - EnBW Regional AG), greift § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV für durch spezielle Anpassungs- und Korrekturregelungen der Anreizregulierungsverordnung nicht erfasste Fälle stets ein, und zwar - anders als das Beschwerdegericht meint - unabhängig davon, welchen Effizienzwert der jeweilige Netzbetreiber aufweist. Denn andernfalls wäre die von § 21 Abs. 1 und 2 EnWG geforderte

angemessene Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals nicht gewährleistet, wenn diese Verzinsung auf unabsehbare Zeit durch Kostensteigerungen aufgezehrt würde, die für den Netzbetreiber nicht vorhersehbar waren, ihm nicht zu-rechenbar sind und für ihn nicht, oder - wie die Kosten für die Beschaffung von Energie zur Deckung des Betriebsverbrauchs einschließlich Verlustenergie - je-denfalls zum größten Teil nicht vermeidbar waren. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist die von ihm als vorrangig angesehene Korrekturre-gelung des § 16 Abs. 2 ARegV hier nicht anwendbar, weil diese nicht den Fall gestiegener Beschaffungskosten, sondern einen anderen Sachverhalt regelt.

19 c) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich mangels ausrei-chender Feststellungen auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren zugrundezulegenden Vorbringen der Be-troffenen zu den Voraussetzungen einer unzumutbaren Härte erscheint deren Annahme nicht von vornherein ausgeschlossen.

20 aa) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 16. Dezember 2008 ist das Tatbestandsmerkmal des unvorhergesehenen Ereignisses im Sinne des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht auf außerge-wöhnliche Ereignisse, wie zum Beispiel Naturkatastrophen oder Terroranschlä-ge, begrenzt. Vielmehr kommt nach der Rechtsprechung des Senats als unvor-hersehbares Ereignis auch ein Umstand in Betracht, der im Genehmigungsver-fahren, ohne dass es auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten der Regulie-rungsbehörde oder des betroffenen Netzbetreibers im Zeitpunkt der Behör-denentscheidung ankäme, wegen des Zeitversatzes zu dem maßgeblichen Ba-sisjahr nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften nicht berücksichtigungsfähig war (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 74 - EnBW Regional AG). Bei Kostensteigerungen für die Beschaffung von Verlus-tenenergie hat der Senat dies bei Preissteigerungen ab 50% bejaht (Senatsbe-

schluss aaO Rn. 75). Eine solche Kostensteigerung ist hier nach dem Vorbringen der Betroffenen, die diese mit 87% beziffert, gegeben.

21           bb) Anders als die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint, kann das Vorliegen einer unzumutbaren Härte auch nicht bereits deshalb verneint werden, weil nach dem Vorbringen der Betroffenen in der Rechtsbeschwerde die Kostensteigerung beim Betriebsverbrauch in den Jahren 2009 und 2010 lediglich 15% bzw. 16% der regulatorisch zugestandenen Eigenkapitalverzinsung aufgezehrt habe. Denn nach der Senatsrechtsprechung (vgl. nur Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 83 f. - EnBW Regional AG) darf zur Beantwortung der Frage, ob für den Netzbetreiber durch den Eintritt des unvorhersehbaren Ereignisses eine nicht zumutbare Härte entstanden ist, nicht nur die einzelne gestiegene Kostenposition in den Blick genommen werden; vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenssituation des Netzbetreibers anzustellen. Daran fehlt es hier. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung unterliegt einem Missverständnis, soweit sie sich auf die Senatsbeschlüsse vom 18. Oktober 2011 (EnVR 13/10, RdE 2012, 389 - PVU Energienetze GmbH) und 31. Januar 2012 (EnVR 16/10, RdE 2012, 203 - Gemeindewerke Schutterwald) beruft; dort hat der Senat (aaO Rn. 37 und Rn. 46) das Vorbringen des Netzbetreibers, die Kostenerhöhung für die Beschaffung von Verlustenergie führe bei der Eigenkapitalverzinsung zu einer Einbuße von 36% und 39%, zur Darlegung einer unzumutbaren Härte als nicht ausreichend angesehen. Diese Ausführungen besagen indessen nur, dass im Rahmen des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht auf eine einzelne Kostenposition abgestellt werden darf, sondern die gesamte Kosten- und Vermögenssituation des Netzbetreibers in den Blick genommen werden muss, die allerdings in den damaligen Verfahren nicht substantiiert dargelegt worden war.

III.

- 22 Die Sache ist demnach an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu übertragen ist.

IV.

- 23 Der Streitwert des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtet sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG in Verbindung mit § 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 Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Betroffenen anzusetzenden Erlösbergrenzen und den von der

Regulierungsbehörde festgesetzten Erlösobergrenzen für die gesamte Regulierungsperiode (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, RdE 2012, 389 Rn. 45 - PVU Energienetze GmbH). Aufgrund dessen beträgt der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens 6.105.544 €.

Bornkamm

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.05.2010 - VI-3 Kart 65/09 (V) -