



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 16/10

Verkündet am:
31. Januar 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Gemeindewerke Schutterwald

ARegV § 6 Abs. 2

Plankosten (hier: für die Beschaffung von Verlustenergie) können bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 2 ARegV nicht nachträglich geltend gemacht werden.

ARegV § 9 in der Fassung des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034)

- a) Die Neufassung des § 9 ARegV ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG gedeckt und auch im Übrigen wirksam. Sie ist rückwirkend auf die gesamte erste Regulierungsperiode anzuwenden.
- b) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist bereits im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Er ist progressiv kumuliert auf einen jeweils konstanten Basiswert anzuwenden.

ARegV § 34 Abs. 1

Die Saldierung von Mehrerlösen, die in der Phase vor der ersten kostenbasierten Entgeltgenehmigung angefallen sind, hat entsprechend § 9 StromNEV periodenübergreifend auch noch nach dem Übergang zur Anreizregulierung zu erfolgen, soweit die Mehrerlöse nicht schon zuvor angesetzt worden sind.

BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 - EnVR 16/10 - OLG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Landesregulierungsbehörde wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. Januar 2010 insoweit aufgehoben, als die Landesregulierungsbehörde verpflichtet worden ist, bei der Neubescheidung der Betroffenen die Mehrerlössaldierung auf $\frac{2}{3}$ der Mehrerlöse der Betroffenen zu beschränken.

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den vorgenannten Beschluss wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Landesregulierungsbehörde die Betroffene auch unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden hat.

Die Kosten und Auslagen des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Die Auslagen der Bundesnetzagentur trägt diese selbst.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf bis zu 410.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene, ein kommunaler Eigenbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit, betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Mit Bescheid vom 29. Mai 2008 erhielt sie eine auf den Daten des Geschäftsjahres 2006 beruhende und bis zum 31. Dezember 2008 befristete Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Für die Folgezeit genehmigte ihr die Landesregulierungsbehörde mit Bescheid vom 10. Januar 2008 antragsgemäß die Teilnahme am vereinfachten Verfahren der Anreizregulierung gemäß § 24 ARegV.
- 2 Mit Bescheid vom 10. Dezember 2008 legte die Landesregulierungsbehörde 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 § 6 Abs. 2 ARegV unter anderem mit Kürzungen bei den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, bei der Fremdkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Ferner zog sie im Rahmen einer Mehrerlössaldierung wegen von der Betroffenen im November und Dezember 2005 erzielter überhöhter Netznutzungsentgelte den von ihr ermittelten Betrag, verteilt auf die fünf Jahre der Regulierungsperiode, ab. Den Antrag auf Anerkennung eines Härtefalls wegen gestiegener Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie lehnte die Landesregulierungsbehörde ab.
- 3 Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht den Bescheid der Landesregulierungsbehörde aufgehoben und diese ver-

pflichtet, einen Festlegungsbescheid mit Wirkung vom 1. Januar 2009 unter Beachtung seiner Rechtsauffassung zu erlassen.

4 Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Landesregulierungsbehörde.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg, die Rechtsbeschwerde der Landesregulierungsbehörde ist begründet.

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

6 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Landesregulierungsbehörde für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung vom 29. Mai 2008 zugrunde legen durfte. Dies ergebe sich aus § 34 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 ARegV, wonach als Ausgangsniveau das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung heranzuziehen sei. Sinn und Zweck dieser Übergangsregelung sei es, eine erneute Kostenprüfung und den damit verbundenen Aufwand nach dem Inkrafttreten der Anreizregulierungsverordnung angesichts des engen zeitlichen Rahmens zu vermeiden. Aufgrund dessen sei für die von der Betroffenen begehrte Anpassung des Ergebnisses der in der letzten Entgeltgenehmigung von der Landesregulierungsbehörde 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 deshalb weder ein Risikozuschlag bei den Fremdkapitalzinsen vorzunehmen noch die Kosten für die Beschaf-

fung von Verlustenergie nach den Plankosten für das Jahr 2008 zu berechnen oder die kalkulatorische Gewerbesteuer anzupassen.

- 7 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Lediglich die Nichtberücksichtigung der Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie für das Jahr 2008 ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.
- 8 Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. - EnBW Regional AG) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 2 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 Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 Abs. 2 ARegV einen Risikozuschlag bei den Fremdkapitalzinsen (siehe hierzu BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 54 ff. - Rheinhessische Energie) berücksichtigen müssen. Dies wird sie nachzuholen haben.
- 10 bb) Ebenso hätte die Landesregulierungsbehörde die kalkulatorische Gewerbesteuer anpassen müssen (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 14 - EnBW Regional AG). Dies gilt auch in Bezug auf die erhöhte Eigenkapitalverzinsung infolge der neuen Eigenkapitalzinssätze nach der Festlegung vom 6. August 2008. Die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV knüpft an die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV an. Nach dem Willen des Verordnungsgebers sollte damit die dem Netzbetrieb sachlich zuzurech-

nende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition anerkannt werden (BR-Drucks. 245/05, S. 36; vgl. hierzu auch Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 82 - Stadtwerke Trier). Aufgrund dieser Anbindung des § 8 StromNEV an die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ist es konsequent, bei einer Veränderung der Bemessungsgrundlage auch die Gewerbesteuer entsprechend anzupassen. Aus § 7 Abs. 6 StromNEV ergibt sich nichts anderes.

11 cc) Dagegen sind die Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie des Jahres 2008 nicht nachträglich bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 Abs. 2 ARegV zu berücksichtigen.

12 Dies wäre zwar - wie oben dargelegt - auf der Grundlage des Senatsbeschlusses vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. - EnBW Regional AG) dann der Fall, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG die Berücksichtigung von solchen Plankosten mit der Begründung abgelehnt hätte, dass § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV von § 10 StromNEV verdrängt werde. Denn nach der Rechtsprechung des Senats ist die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV nicht abschließend; vielmehr können Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie im Fall gesicherter Erkenntnisse auch mit Planwerten im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV in Ansatz gebracht werden (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 9 ff. - Stadtwerke Trier).

13 Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Betroffene hat - worauf die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu Recht hinweist - in dem letzten kostenbasierten Entgeltgenehmigungsverfahren keine Plankosten geltend gemacht (siehe Bescheid vom 29. Mai 2008 unter II 1.3.2 und II 2.3.2). Daran muss sie sich festhalten lassen. Für die - von der Betroffenen begehrte - nachträgliche Anwendung des § 3 Abs. 1

Satz 5 Halbs. 2 StromNEV bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung auf ein vor deren Beginn liegendes Jahr fehlt es an einer rechtlichen Grundlage.

2. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

14 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit keinen Erfolg.

15 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass der Ordnungsgeber bei der Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in der Regulierungsformel des § 7 ARegV die ihm in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG eingeräumte Verordnungsbefugnis nicht überschritten habe. Diese Vorschrift räume ihm ausdrücklich die Ermächtigung ein, die Methode der Anreizregulierung und damit auch Art und Weise der Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung näher auszugestalten. Dies beziehe auch die nähere Ausgestaltung der Erlösobergrenzen nach § 21a Abs. 4 EnWG ein. Der Produktivitätsfaktor sei auch der Höhe nach nicht zu beanstanden; der Ordnungsgeber habe den ihm insoweit zukommenden Prognosespielraum nicht überschritten.

16 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

17 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 in Verbindung mit § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG aF nicht dazu ermächtigt hat, einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor - wie in § 9 Abs. 1 ARegV aF vorgegeben - unter Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu ermitteln. Diese Rechtsprechung ist aber 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 nF 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 konkrete Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV und dessen konkrete Berechnung durch die Landesregulierungsbehörde für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode sind - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - ebenfalls nicht zu beanstanden. Im Einzelnen:

- 18 bb) Der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des § 9 ARegV steht nicht entgegen, dass die Norm in der geltenden Fassung vom parlamentarischen Gesetzgeber verabschiedet worden ist. An der einheitlichen Einordnung des Normengefüges als Verordnung ändert dies nichts. Weder die Wahl des zutreffenden Rechtsweges noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab hängen davon ab, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen wurden. Vielmehr ist auch der parlamentarische Gesetzgeber bei der Änderung einer Verordnung an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gebunden. Die Verordnung ist umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen (vgl. BVerfGE 114, 196, 239).
- 19 cc) § 9 Abs. 2 ARegV ist nicht bereits deswegen rechtswidrig, weil § 9 Abs. 1 ARegV nicht in der vom parlamentarischen Gesetzgeber beschlossenen Fassung (BT-Drucks. 17/7984, S. 2 und BT-Plenarprotokoll 17/146, S. 17361B) verkündet worden ist, indem nach den Wörtern "aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts" die Wörter "vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt" fehlen. Hierbei handelt es sich um ein offensichtliches Redaktionsversehen, das bereits im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 17/7632, S. 3) enthalten war und im Wege der Berichtigung behoben werden kann (vgl. nunmehr BGBl. I 2012 S. 131). Aufgrund dessen ist § 9 Abs. 1 ARegV in diesem Sinne auszulegen. Zudem ist für

die erste und zweite Regulierungsperiode als speziellere Regelung ohnehin § 9 Abs. 2 ARegV maßgeblich, der mit zutreffendem Inhalt verkündet worden ist und für dessen Regelungsinhalt ein Rückgriff auf § 9 Abs. 1 ARegV nicht erforderlich ist.

20 dd) Die Rechtsbeschwerde wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen nach § 9 ARegV nF in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber. Dies ist durch die Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG in Verbindung mit § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nF gedeckt.

21 (1) Nach der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV nF modifiziert der generelle sektorale Produktivitätsfaktor den nach Maßgabe des § 8 ARegV berechneten Wert für die allgemeine Geldwertentwicklung. Er wird gemäß § 9 Abs. 1 ARegV (in der berichtigten Fassung) aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung ermittelt. Für die ersten beiden Regulierungsperioden hat der Verordnungsgeber die Höhe des Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV selbst festgelegt.

22 (2) Mit dieser Regelung hat der Verordnungsgeber die ihm in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG eingeräumte Verordnungsbefugnis nicht überschritten. Diese Vorschrift räumt ihm ausdrücklich die Ermächtigung ein, die Methode der Anreizregulierung näher auszugestalten. Diese Ermächtigung wird in § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nF dahin näher bestimmt, dass der Verordnungsgeber insbesondere Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft treffen kann. Nichts anderes ist in § 9 Abs.1 ARegV in Verbindung mit Anlage 1 zu § 7 ARegV nF erfolgt. Damit hat der Gesetzgeber zugleich

- was auch § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG nF zeigt - den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor als Korrekturfaktor der allgemeinen Geldentwertung und nicht als Effizienzvorgabe im Sinne des § 21a Abs. 5 EnWG eingeordnet (so auch BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Aufgrund dessen ist es nur konsequent und begegnet keinen Bedenken, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in der Regulierungsformel auch auf andere als beeinflussbare Kosten bezogen wird.

23 ee) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, ist die Neuregelung rückwirkend zum 1. Januar 2009 anwendbar.

24 (1) Die Rückwirkung der Neuregelung ergibt sich aus dem Wortlaut des Änderungsgesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034). Der in dessen Artikel 2 neu gefasste § 9 ARegV soll ersichtlich für die gesamte erste Regulierungsperiode und nicht erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes am 30. Dezember 2011 gelten. Dies folgt insbesondere aus § 9 Abs. 2 ARegV, wonach der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in der ersten Regulierungsperiode jährlich 1,25% beträgt, aber auch aus § 9 Abs. 5 ARegV, der die Einbeziehung des Produktivitätsfaktors in die Erlösobergrenzen durch die "Potenzierung" des Wertes nach Absatz 2 mit dem jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode vorschreibt. Eine Potenzierung setzt jedoch - anders als der Oberbegriff der Multiplikation - voraus, dass die einzelnen Multiplikatoren gleich hoch sind, mithin für die einzelnen Jahre der ersten Regulierungsperiode jeweils ein Wert von 1,25% zugrundegelegt werden soll. Diese vom Gesetzgeber gewollte rückwirkende Anwendung des § 9 ARegV nF hat auch Auswirkung auf den zeitlichen Anwendungsbereich der in Artikel 1 des Änderungsgesetzes neu gefassten Ermächtigungsgrundlage für diese Vorschrift in § 21a EnWG. Denn die Rückwirkung der Ordnungsänderung bedingt zwingend die Rückwirkung der Änderung ihrer Ermächtigungsgrundlage. Dass der Gesetzgeber beides gewollt hat, ergibt sich auch aus den Gesetzgebungsmaterialien. Danach soll der vom Bundesgerichtshof in dem Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regio-

nal AG) festgestellte Mangel in der Verordnungsermächtigung für die Regelung des § 9 ARegV geheilt werden (BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Dass diese Heilung nicht erst ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes, sondern rückwirkend erfolgen sollte, ergibt sich daraus, dass Ziel des Gesetzes die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die laufende Regulierungsperiode ist (BT-Drucks. 17/7632, S. 1). Dass damit in zeitlicher Hinsicht nur einzelne Jahre der ersten Regulierungsperiode umfasst sein sollten, lässt sich den Materialien nicht entnehmen.

- 25 (2) Die rückwirkende Anwendbarkeit des § 9 ARegV nF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Neuregelung hat nur die Rechtslage wiederhergestellt, die bis zu der Senatsentscheidung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) der allgemeinen Handhabung durch die Regierungsbehörden und der Rechtsauffassung der meisten Oberlandesgerichte entsprach (vgl. nur OLG Düsseldorf; RdE 2011, 100, 106 f.; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10. August 2010 - 11 W 4/09, juris Rn. 42 ff.; OLG Jena, Beschluss vom 21. Juli 2010 - 2 Kart 11/09, juris Rn. 50 ff.; OLG München, ZNER 2010, 604, 605 ff.; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. März 2010 - 16 Kart 34/09, juris Rn. 48 ff.; OLG Stuttgart, ZNER 2010, 296, 297 ff.; a.A. OLG Brandenburg, ZNER 2010, 80, 82 f.; OLG Celle, ZNER 2010, 389 ff.; OLG Naumburg, RdE 2010, 150, 154 f.). In der Zeit bis zum Erlass der Neuregelung konnte wegen deren unverzüglicher Ankündigung kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen (vgl. BVerfGE 19, 187, 196; 81, 228, 239). Der Bundesrat hat bereits mit Entschließung vom 8. Juli 2011 die Bundesregierung gebeten, baldmöglichst einen Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vorzulegen, in dem die Verordnungsermächtigung des § 21a EnWG um Regelungen zur Anwendung und Bestimmung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erweitert wird (BR-Drucks. 395/11 (Beschluss)). Dem sind die Regierungsfractionen mit dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom

8. November 2011 (BT-Drucks. 17/7632) nachgekommen, der in der Fassung der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-Drucks. 17/7984) vom Gesetzgeber verabschiedet worden ist. Das Gesetz wurde sodann am 29. Dezember 2011 im Bundesgesetzblatt verkündet.

26 ff) Entgegen der Rechtsbeschwerde ist auch die konkrete Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV nF nicht zu beanstanden.

27 (1) Der Verordnungsgeber war im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 5 EnWG nF berechtigt, den Produktivitätsfaktor für die erste Regulierungsperiode pauschal festzulegen. Der Vorschrift des § 9 Abs. 2 ARegV nF liegt eine Einschätzung des Verordnungsgebers zugrunde, die ersichtlich prognostischen Charakter hat. Aufgrund dessen ist sie gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Hierbei kann auf normative Texte und amtliche Dokumente zurückgegriffen werden (vgl. BVerfGE 101, 1, 38 f.). Im Einzelnen handelt es sich hierbei um den - vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst in Auftrag gegebenen - Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG und die Empfehlung der OECD zur Verwendung des Törnquist-Index bei der Produktivitätsmessung.

28 (2) Der Verordnungsgeber hat seiner Entscheidung - wie in § 112a Abs. 1 EnWG vorgesehen - den nach dieser Vorschrift zu erstellenden Bericht der Bundesnetzagentur zugrunde gelegt (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 48 f.). Der Bericht der Bundesnetzagentur ist entsprechend § 112a Abs. 2 EnWG unter Beteiligung der Länder, der Wissenschaft und der betroffenen Wirtschaftskreise und unter Berücksichtigung der internationalen Erfahrungen erstellt worden. In dem Konsultationsverfahren zu dem Bericht nach § 112a EnWG und in den beiden Berichten vom 26. Januar 2006 und 30. Juni 2006 hat sich die Bundesnetzagentur eingehend mit den einzelnen Kri-

tikpunkten an der wissenschaftlichen Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors befasst. Letztendlich hat die Bundesnetzagentur in dem Bericht die Verwendung des Törnquist-Index als wissenschaftlich anerkannten methodischen Ansatz für die erstmalige Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors vorgeschlagen und - jedenfalls für die ersten beiden Regulierungsperioden - die Verwendung des ebenfalls wissenschaftlich anerkannten und möglicherweise sogar genauere Ergebnisse liefernden Malmquist-Index zurückgestellt, weil dieser aufgrund seiner höheren Datenintensität für die erstmalige Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors nicht empfehlenswert sei. Zur Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen für die Netzbetreiber und unter Berücksichtigung der in anderen europäischen Staaten erfolgten Festsetzung des Produktivitätsfaktors in einer Größenordnung von 1,5% bis 2% hat der Verordnungsgeber von dem von der Bundesnetzagentur ermittelten Wert von 2,54% und dem Vorschlag in deren Bericht, den Produktivitätsfaktor mit 1,5% bis 2% zu bemessen, einen deutlicheren Sicherheitsabschlag vorgenommen und den Produktivitätsfaktor für die erste Regulierungsperiode auf 1,25% festgesetzt.

29 (3) Die hiergegen von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwände haben keinen Erfolg.

30 Der Verordnungsgeber durfte bei seiner Festlegung von dem Törnquist-Index ausgehen. Er hat diesen wie auch den Malmquist-Index als eine international anerkannte Methode angesehen (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 48 f.). Hiergegen ist insbesondere unter Berücksichtigung der Empfehlung der OECD zur Verwendung des Törnquist-Index bei der Produktivitätsmessung (vgl. OECD (2001), *Measuring Productivity: Measurement of Aggregate and Industry-level Productivity Growth*, OECD Manual, S. 87) nichts zu erinnern. Auch die Rechtsbeschwerde legt nicht im Einzelnen dar, weshalb der Verordnungsgeber - insbesondere im Hinblick auf den vorgenommenen Sicherheitsabschlag - ausschließlich den Malmquist-Index hätte verwenden dürfen.

- 31 Soweit sich die Rechtsbeschwerde auch der Höhe nach gegen den von der Bundesnetzagentur nach dem Törnquist-Index ermittelten Produktivitätsfaktor von 2,54% wendet, hat sie auch insoweit eine Überschreitung der dem Verordnungsgeber einzuräumenden Einschätzungsprärogative nicht dargetan. Entsprechendes gilt in Bezug auf die von der Rechtsbeschwerde gerügte Gewichtung der historischen Daten und den Rückgriff auf Daten der gesamten Energiewirtschaft. Mit den von ihr in Bezug genommenen Einwänden hat sich bereits der Bericht der Bundesnetzagentur im Einzelnen auseinandergesetzt. Den dort diskutierten Bedenken gegen die Verlässlichkeit des ermittelten Wertes von 2,54% hat der Verordnungsgeber durch den Sicherheitsabschlag in ausreichendem Maße Rechnung getragen.
- 32 gg) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist bereits im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Dies war bereits - auch auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) - nach der vor dem 30. Dezember 2011 geltenden Fassung des § 9 ARegV der Fall und ist durch das Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) bestätigt worden.
- 33 Die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im ersten Jahr der Regulierungsperiode ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 ARegV, wonach in der ersten Regulierungsperiode der Produktivitätsfaktor "jährlich" anzusetzen ist. Insoweit geht der Produktivitätsfaktor auch in die Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV ein. Dieses Ergebnis wird durch die Begründung der Änderung der Anlage 1 zu § 7 ARegV durch die Verordnung zur Änderung der Gasnetzzugangsverordnung, der Gasnetzentgeltverordnung, der Anreizregulierungsverordnung und der Stromnetzentgeltverordnung vom 8. April 2008 (BGBl. I S. 693) bestätigt. Das darin enthaltene Berechnungsbeispiel für den Produktivitätsfaktor des Jahres 2011 schließt den Produktivitätsfaktor für das Jahr 2009 ein (BR-

Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9). Entsprechendes ergibt sich aus der Begründung zur Einfügung von Absatz 5 in § 9 ARegV (BT-Drucks. 17/7632, S. 5).

34 Auch der Normzweck des § 9 ARegV spricht für dieses Auslegungsergebnis. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor dient der genaueren Berechnung des Parameters der allgemeinen Geldentwertung für den Bereich der Netzwirtschaft (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9 und BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Da der Inflationsausgleich nach der Regulierungsformel schon für das erste Jahr durchzuführen ist, muss hierbei auch der Produktivitätsfaktor einbezogen werden. Der für den Verbraucherpreisindex maßgebliche Grundwert VPI_0 ist auf das Basisjahr bezogen, für die erste Regulierungsperiode mithin gemäß § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV auf das Jahr 2006. Der für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode heranzuziehende Indexwert VPI_t ist nach § 8 Satz 2 ARegV anhand des vorletzten Kalenderjahres vor dem Jahr, für das die Erlösobergrenze gilt, zu bestimmen. Für das Jahr 2009 fließt mithin der Anstieg des Verbraucherpreisindex zwischen den Jahren 2006 und 2007 in die Berechnung ein. Konsequenterweise muss auch für diesen Zeitraum bereits die Korrektur anhand des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erfolgen.

35 hh) Nach Anlage 1 zu § 7 ARegV ist der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in Analogie zu dem Quotienten aus dem Verbraucherpreisgesamtindex für das jeweilige Jahr der Regulierungsperiode (VPI_t) und dem Verbraucherpreisgesamtindex für das Basisjahr (VPI_0) durch Multiplikation der einzelnen Jahreswerte einer Regulierungsperiode zu bilden. Dabei ist der Produktivitätsfaktor progressiv kumuliert auf einen jeweils konstanten Basiswert anzuwenden und nicht degressiv auf das jeweilige regulatorisch abgesenkte Vorjahresniveau zu beziehen. Auch dies war bereits - auch auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) - nach der vor dem 30. Dezember 2011 geltenden Fassung des § 9 ARegV bzw. der Anlage 1 zu § 7 ARegV der Fall und ist durch das Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034)

mit der Einfügung von Absatz 5 in § 9 ARegV lediglich klargestellt worden (vgl. BT-Drucks. 17/7632, S. 5).

36 Diese Berechnungsweise ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Anlage 1 zu § 7 ARegV aF. Danach hat die Berechnung des Produktivitätsfaktors entsprechend dem Term VPI_t/VPI_0 zu erfolgen. Dieser Term wird jedoch auf der Grundlage eines Basisjahrs errechnet, so dass er progressiv kumuliert gebildet wird. Da der Produktivitätsfaktor der Anpassung dieses Terms an die Besonderheiten der Netzwirtschaft dient, muss auch er progressiv kumuliert gebildet werden. Diese Berechnungsweise steht auch mit dem Willen des Verordnungsgebers in Einklang, wie das konkrete Rechenbeispiel in der Begründung des Bundesrates zu seinen im weiteren Gesetzgebungsverfahren umgesetzten Vorschlägen zur Änderung der Anlage 1 zu § 7 ARegV durch die Verordnung zur Änderung der Gasnetzzugangsverordnung, der Gasnetzentgeltverordnung, der Anreizregulierungsverordnung und der Stromnetzentgeltverordnung vom 8. April 2008 zeigt (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9; so auch BT-Drucks. 17/7632, S. 5).

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

37 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat das Vorliegen eines Härtefalls rechts- und verfahrensfehlerfrei verneint.

38 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV für das erste Jahr der ersten Regulierungsperiode nicht anwendbar sei. Darüber hinaus seien aber auch die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht gegeben. Gestiegene Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie stellten kein unvorhersehbares Ereignis dar, weil mit Preissteigerungen grundsätzlich zu rechnen sei. Zudem liege darin auch keine unzumutbare Härte für die Betroffene.

Zum einen sei es ihr nicht verwehrt gewesen, die Kostensteigerungen über § 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV als Plankosten geltend zu machen, was jedoch unterblieben sei. Zum anderen habe sie sich auf die Darstellung dieses punktuellen Kostenausschnitts beschränkt und - trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises - nicht ihre Gesamtkostensituation dargestellt.

39 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

40 aa) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist allerdings, wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 69 ff. - EnBW Regional AG) entschieden und im Einzelnen begründet hat, § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV im Rahmen der erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 2 ARegV zumindest entsprechend anwendbar. Für das vereinfachte Verfahren sieht § 24 Abs. 3 ARegV insoweit nichts anderes vor.

41 bb) Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Beschwerdegericht das Tatbestandsmerkmal des unvorhergesehenen Ereignisses im Sinne des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV auf außergewöhnliche Ereignisse, wie zum Beispiel Naturkatastrophen oder Terroranschläge, begrenzt. Vielmehr kommt nach der Rechtsprechung des Senats als unvorhersehbares Ereignis auch ein Umstand in Betracht, der im Genehmigungsverfahren, ohne dass es auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten der Regulierungsbehörde oder des betroffenen Netzbetreibers im Zeitpunkt der Behördenentscheidung ankäme, wegen des Zeitversatzes zu dem maßgeblichen Basisjahr 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 Verlustenergie hat der Senat dies bei Preissteigerungen von 50% bzw. 100% bejaht (Senatsbeschluss aaO Rn. 75). Eine solche Kostensteigerung ist hier nach dem Vorbringen der Betroffenen, die diese mit 120% beziffert, gegeben.

42 cc) Dagegen hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wendet, die Betroffene habe eine unzumutbare Härte nicht dargelegt.

43 (1) Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 83 f. - EnBW Regional AG) des Weiteren entschieden und im Einzelnen begründet hat, darf zur Beantwortung der Frage, ob für den Netzbetreiber durch den Eintritt des unvorhersehbaren Ereignisses eine nicht zumutbare Härte entstanden ist, nicht nur die gestiegene einzelne Kostenposition in den Blick genommen werden. Es ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenssituation des Netzbetreibers anzustellen. Die Unzumutbarkeit setzt voraus, dass die Entgeltbildung nach den Maßgaben der Anreizregulierungsverordnung zu einem für den Netzbetreiber wirtschaftlich untragbaren Ergebnis führt. Insbesondere muss dem Netzbetreiber eine angemessene und wettbewerbsfähige Verzinsung seines Eigenkapitals verbleiben. Eine "gesetzlich garantierte" Eigenkapitalverzinsung in einer bestimmten Höhe wird damit nicht gefordert. Treten die Kostensteigerungen von vornherein nur für einen begrenzten Zeitraum auf, ist dem Netzbetreiber eher zuzumuten, vorübergehend eine geringere Verzinsung seines Eigenkapitals hinzunehmen, als dies bei dauerhaften, für einen erheblichen Teil der Regulierungsperiode zu erwartenden Kostensteigerungen der Fall ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Netzbetreiber die durch eine einzelne Kostensteigerung verursachte Gesamtbelastung seiner Kosten- und Vermögenssituation durch wirtschaftlich vertretbare Rationalisierungsmaßnahmen zumindest teilweise auffangen kann. Der Netzbetreiber hat daher - bezogen auf das gesamte Netz - darzulegen, wie sich die gestiegenen Kosten - hier: für die Beschaffung von Verlustenergie - unter Berücksichtigung aller sonstiger Veränderungen in der Kosten- und Vermögenssituation auf die - kalkulatorische - Eigenkapitalverzinsung auswirken. Insoweit wird die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde (§ 68 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 ARegV) durch die Mitwirkungslast des Netzbetreibers begrenzt, der bei der Ermittlung des Sachverhalts mithelfen und ins-

besondere die ihm bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben soll (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 86 mwN - EnBW Regional AG).

44 (2) Nach diesen Maßgaben ist die Feststellung des Beschwerdegerichts, die Betroffene habe einen Härtefall nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht dargelegt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

45 Das Beschwerdegericht hat in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung nicht die einzelne Kostenposition für die Beschaffung der Verlustenergie in den Blick genommen, sondern eine Gesamtschau aller Kosten vorgenommen. Dagegen bringt die Rechtsbeschwerde nichts Erhebliches vor. Insbesondere hat das Beschwerdegericht - im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats - die Betroffene für verpflichtet gehalten, die für das Vorliegen einer unzumutbaren Härte maßgeblichen Umstände darzutun.

46 Soweit das Vorbringen der Rechtsbeschwerde als Verfahrensrüge in Bezug auf die Verletzung einer gerichtlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht zu verstehen ist, hat dies ebenfalls keinen Erfolg. Die Rechtsbeschwerdebegründung enthält keine in ordnungsgemäßer Form erhobene Verfahrensrüge, mit der eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch das Beschwerdegericht geltend gemacht und aufgezeigt wird, welche konkreten Ermittlungen das Beschwerdegericht unterlassen haben soll und zu welchem Ergebnis diese geführt hätten. Hierzu hätte es - auf Grundlage der ihr obliegenden Mitwirkungspflichten - insbesondere der substantiierten Darlegung der Gesamtkostensituation der Betroffenen und der Auswirkung der Kostensteigerungen bei der Beschaffung von Verlustenergie auf die Eigenkapitalverzinsung bedurft. Das Vorbringen der Betroffenen, die Kostenerhöhung für die Beschaffung von Verlustenergie führe bei der Eigenkapitalverzinsung zu einer Einbuße von 39%, genügt zur Darlegung einer unzumutbaren Härte nicht.

4. Mehrerlössaldierung (§ 34 Abs. 1 ARegV)

47 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ist insoweit unbegründet. Dagegen hat die Rechtsbeschwerde der Landesregulierungsbehörde Erfolg.

48 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, Rechtsgrundlage für die von der Landesregulierungsbehörde vorgenommene Mehrerlössaldierung sei § 34 Abs. 1 ARegV in Verbindung mit § 11 StromNEV. Diese Übergangsvorschrift erlaube eine periodenübergreifende Mehrerlössaldierung bei Übergang von der kostenbasierten Entgeltregulierung zur Anreizregulierung. Hierdurch werde sichergestellt, dass die in der Phase vor der ersten Entgeltgenehmigung angefallenen Mehrerlöse nicht - entgegen § 23a Abs. 5 EnWG - beim Netzbetreiber verbleiben würden. Allerdings hätte die Landesregulierungsbehörde ein Drittel der Mehrerlöse bereits mit Bescheid vom 29. Mai 2008 in der Kalkulationsperiode 2008 saldieren müssen, so dass sie über die Kalenderjahre 2009 bis 2013 nur noch zwei Drittel des festgestellten Mehrerlöses abschöpfen dürfe.

49 b) Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde der Betroffenen stand. Die Mehrerlössaldierung ist zu Recht erfolgt.

50 aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 8 ff. - Vattenfall) entschieden und im Einzelnen begründet hat, darf ein Netzbetreiber die von ihm in der Übergangsphase zwischen dem ersten Genehmigungsantrag und der ersten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vereinnahmten Netzentgelte insoweit nicht behalten, als sie nach den materiellen Entgeltmaßstäben der Stromnetzentgeltverordnung überhöht waren. Insbesondere schafft § 23a Abs. 5 EnWG keinen Rechtsgrund dafür, dass der Netzbetreiber zu viel erhobene Entgelte endgültig behalten darf. Vielmehr sind die entstandenen (rechtsgrundlosen) Mehrerlöse wie sonstige Erlöse zu behandeln und deshalb vom Netzbetreiber entsprechend

der Regelung des § 9 StromNEV in der nächsten Genehmigungsperiode entgeltmindernd in Ansatz zu bringen. Soweit dies im Einzelfall zu Ungleichgewichten führt, weil die Lieferbeziehungen zu den einzelnen Netznutzern nicht in demselben Umfang auch in der nächsten Planperiode fortbestehen, ist dies - wie der Senat weiter ausgeführt hat (aaO Rn. 23) - hinzunehmen. Denn insoweit besteht kein Unterschied zu anderen Abweichungen, die nach § 11 StromNEV periodenübergreifend auszugleichen sind. Unvermeidliche Defizite in der Deckungsgleichheit von Belasteten und Begünstigten hat der Verordnungsgeber durch die Regelungen in §§ 9, 11 StromNEV in Kauf genommen. Das ist - wie das Bundesverfassungsgericht (RdE 2010, 92) bestätigt hat - verfassungsrechtlich unbedenklich.

51 bb) Diese Grundsätze haben auch in der Übergangsphase von der kostenbasierten Entgeltregulierung zur Anreizregulierung Geltung. § 9 StromNEV ist auch hier entsprechend anwendbar.

52 § 6 Abs. 1 ARegV nimmt auf die Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Stromnetzentgeltverordnung Bezug, mithin auch auf § 9 StromNEV. Soweit § 34 Abs. 1 ARegV eine Übergangsvorschrift zu § 11 StromNEV enthält, ist dies dem Umstand geschuldet, dass § 11 StromNEV die periodenübergreifende Saldierung betrifft und es deshalb wegen des Übergangs von der kostenbasierten Entgeltregulierung zur Anreizregulierung und der damit einhergehenden Verlängerung der Regulierungsperiode (§ 3 Abs. 2 ARegV) einer Regelung zur Verteilung der Mehr- oder Mindererlöse auf die Regulierungsperiode bedurfte (vgl. einerseits § 11 Satz 4 StromNEV und andererseits § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV). Aus dieser Vorschrift kann aber entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Betroffenen nicht der (Umkehr-) Schluss gezogen werden, dass § 9 StromNEV nicht anwendbar ist.

53 Nichts anderes ergibt sich aus den Sonderregelungen zur Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode in § 6

Abs. 2, § 34 Abs. 3 ARegV. Wie bereits oben im Einzelnen dargelegt worden ist, ist bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 2 ARegV - wie nach § 34 Abs. 3 ARegV - die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung zu berücksichtigen. Dies gilt auch für die Mehrerlössaldierung entsprechend § 9 StromNEV.

54 Die Rechtsbeschwerde hat auch mit ihrem Einwand keinen Erfolg, dass die entsprechende Anwendung des § 9 StromNEV wegen des Zeitversatzes von drei bis acht Jahren zwischen der Erlangung der Mehrerlöse und deren Saldierung auszuscheiden habe. Ein solcher zeitlicher Abstand ist dieser Norm - wie ihr Absatz 2 zeigt - nicht fremd. Zudem beruht dies auf der entsprechenden Anwendung des § 11 ARegV in Verbindung mit § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV, wonach der Ausgleich der Mehrerlöse - im Interesse der Netzbetreiber - über die erste Regulierungsperiode verteilt zu erfolgen hat. Darüber hinaus kommt hinzu, dass die Einstellung der Mehrerlöse in die Entgeltberechnung gemäß § 23a Abs. 3 Satz 1 EnWG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Satz 1 StromNEV dem Netzbetreiber obliegen hat (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 30 - Vattenfall). Es wäre daher seine Aufgabe gewesen, die Mehrerlössaldierung möglichst zeitnah vorzunehmen. Hat er dies unterlassen, muss er die Saldierung baldmöglichst nachholen. Eine dadurch bedingte zeitliche Verzögerung hat er hinzunehmen.

55 Die Betroffene kann auch nicht damit gehört werden, dass ihr durch die Mehrerlössaldierung die Möglichkeit genommen werde, die Mehrerlöse individuell an die Durchleitungskunden auszukehren. Nach der Rechtsprechung des Senats gewährt die Regelung des § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG dem Netzbetreiber ein gewisses Maß an Vertrauensschutz und verhindert, dass sämtliche Rechtsbeziehungen des Netzbetreibers mit den Netznutzern auf der Grundlage der später genehmigten Preise korrigiert werden müssen (vgl. Beschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 27/07, RdE 2008, 334 Rn. 32 - Stadtwerke Engen und KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 21 - Vat-

tenfall). Aufgrund dessen muss die Betroffene individuelle Rückforderungsansprüche einzelner Netznutzer nicht befürchten. Dass sie solche Zahlungen freiwillig erbracht hat, hat sie nicht dargelegt.

56 Schließlich steht der Mehrerlössaldierung nicht entgegen, dass es sich bei der Betroffenen um ein vertikal integriertes Unternehmen handelt und sie in ihrer Funktion als Netzbetreiberin sich in ihrer Eigenschaft als Energieversorgerin keine Netzentgelte berechnet hat. Diesem Umstand kommt nach den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes und dem Sinn und Zweck der Entflechtungsvorschriften der §§ 6 ff. EnWG keine Bedeutung zu. Vielmehr ist der Netzbetrieb isoliert zu betrachten. Die Mehrerlössaldierung kommt der Gesamtheit der Netznutzer des konkreten Netzbetreibers zugute.

57 cc) Die Saldierung der Mehrerlöse hat danach auch in voller Höhe zu erfolgen. Für eine Beschränkung auf zwei Drittel - wie dies das Beschwerdegericht zu Unrecht angenommen hat - besteht keine Grundlage. Wie oben dargelegt ist die Einstellung der Mehrerlöse in die Entgeltberechnung Aufgabe des Netzbetreibers. Er muss die Mehrerlössaldierung möglichst zeitnah vornehmen. Hat er dies unterlassen, muss er die Saldierung baldmöglichst und ungeschmälert nachholen. Dabei ist der Mehrerlös entsprechend § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV über die erste Regulierungsperiode verteilt zu saldieren. Dies ist in dem angefochtenen Bescheid der Landesregulierungsbehörde zutreffend erfolgt. Aufgrund dessen hat die Rechtsbeschwerde der Landesregulierungsbehörde Erfolg.

III.

58 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Meier-Beck

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 21.01.2010 - 202 EnWG 3/09 -