



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht vR. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

auf die mündliche Verhandlung vom b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom - BK8- – wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der gegnerischen Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz im Sinne des § 3 Nr. 3 EnWG in B. Im September 2008 leitete die Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur gegen sie von Amts wegen das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 der ARegV in Verbindung mit § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG ein. Mit Blick darauf hatte die Betroffene bereits zuvor eine zusätzliche Erhöhung der Erlösobergrenze wegen einer unzumutbaren Härte angesichts der gestiegenen Kosten für die Verlustenergiebeschaffung sowie den Ansatz eines pauschalierten Investitionszuschlags und eines Erweiterungsfaktors beantragt. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens übermittelte die Betroffene erforderliche Daten und Informationen; desweiteren hatte sie Gelegenheit, sich u.a. zu der beabsichtigten Entscheidung der Beschlusskammer zu äußern. Der durchgeführte Effizienzvergleich hatte für die Betroffene einen Effizienzwert von 92,8 % ergeben; die Bereinigung dieses für sie ermittelten Effizienzwerts hat die Betroffene mit Schreiben vom begehrt.

Durch den angegriffenen Beschluss hat die Beschlusskammer die Erlösobergrenzen der Betroffenen für die erste Regulierungsperiode wie folgt festgelegt:

...

Die Anträge auf Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors sowie auf Anerkennung eines Härtefalls bezüglich der Kostensteigerung für die Beschaffung von Verlustenergie wie auch hilfsweise für die veränderte Versorgungsaufgabe hat sie abgelehnt. Zu einer Bereinigung des im Rahmen des Effizienzvergleichs ermittel-

ten Effizienzwerts hat sie keinen Anlass gesehen. Des Weiteren hat sie einen Auf-lagenvorbehalt zur Mehrerlösabschöpfung getroffen.

Gegen diese Festlegung wendet sich die form- und fristgerecht eingelegte Be-schwerde.

Die Betroffene meint, die Beschlusskammer habe schon das Ausgangsniveau, also die Kostenbasis, unzutreffend bestimmt. Sie habe bei der erstmaligen Fest-legung der Erlösobergrenze die nach der Entgeltgenehmigung ergangene Recht-sprechung des Bundesgerichtshofs – zu Plankosten bei der Beschaffung von Ver-lustenergie, eines Risikozuschlags beim Fremdkapitalzinssatz und von Anlagen im Bau bei der Eigenkapitalverzinsung - nicht berücksichtigt und berufe sich insoweit auf die Regelung in § 6 Abs. 2 ARegV und den bestandskräftigen Genehmi-gungsbescheid. Diese Vorgehensweise verstoße gegen den Grundsatz der kos-tenorientierten Entgeltbildung gemäß §§ 21 Abs. 2, 21a Abs. 1 EnWG i.V.m. der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 2 ARegV. Im Übrigen habe sie ihr gegenüber unter dem in Bezug auf die Rechtsfragen der BGH-Entscheidungen vom 14. August 2008 eine Zusage abgegeben. Sie habe zuge-sagt, dass sie *„bei Rechtsfragen, welche die zuständigen Gerichte künftig rechts-künftig abweichend von Positionen entscheiden sollten, wie sie die Bundesnetz-agentur im Bescheid eingenommen hat, in künftigen Verfahren auch der C. ge-genüber, wie gegenüber allen anderen Unternehmen, der dann geklärten Rechts-lage verfahren“* werde. Aufgrund dieser Zusage habe sie – die Betroffene - sich unter dem unter der entsprechenden Bedingung zum Verzicht auf die Einle-gung der Beschwerde gegen die Netzentgeltgenehmigung verpflichtet. An ihre Zusage sei die Bundesnetzagentur im Rahmen der Anreizregulierung gebunden. Unabhängig davon stehe jedenfalls die Bestandskraft des Netzentgeltgenehmigungsbescheids einer Berücksichtigung der vom Bundesge-richtshof zwischenzeitlich entschiedenen Rechtsfragen nicht entgegen. Außerdem ergebe sich sowohl aus der Systematik des § 6 ARegV als auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dass die vom Bundesgerichtshof am 14. August 2008 ent-schiedenen Anwendungsfragen auch schon in der ersten Regulierungsperiode berücksichtigt werden müssten. Im Übrigen handele die Bundesnetzagentur inso-weit selbst widersprüchlich, indem sie etwa im Hinblick auf die anzuwendenden

Eigenkapitalzinssätze für Altanlagen die aktualisierten Zinssätze des § 7 Abs. 6 StromNEV zugrundelege. Fehlerhaft unterlasse sie dies bei der kalkulatorischen Gewebesteuerberechnung. Die Berücksichtigung der zwischenzeitlich rechtskräftig vom Bundesgerichtshof entschiedenen Streitfragen – des Fremdkapitalzinssatzes im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung mit Risikozuschlag, der geleisteten Anzahlungen und Anlagen im Bau, der erhöhten Eigenkapitalverzinsung bei der kalkulatorischen Gewerbesteuerberechnung, der Plankosten für Verlustenergie – hätte zur Folge, dass bereits das Kostenausgangsniveau deutlich zu ihren Gunsten nach oben zu korrigieren sei.

Des Weiteren müsse der von der Beschlusskammer im streitbefangenen Beschluss angesetzte Effizienzwert von 92,8 % gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV um einen Aufschlag von 6,97 % erhöht und damit bereinigt werden. Ihr Versorgungsgebiet weise insoweit eine Besonderheit auf, als das Netz ein Verhältnis von über fünf Zählpunkten je Anschlusspunkt aufweise. Der Vergleich von 167 Unternehmen, bei dem einerseits der Parameter Effizienzwert und andererseits das Verhältnis Zählpunkte zu Netzanschlusspunkten berücksichtigt werde, habe mehrere „Ausreißer“ identifiziert. Bei diesen bestehe in ähnlicher Weise ein besonders hohes Verhältnis zwischen Zähl- und Anschlusspunkten. Insgesamt handele es sich um fünf Ausreißer, zu denen auch sie zähle. Ursache für das besonders hohe Verhältnis zwischen Zähl- und Anschlusspunkten sei allein die sehr individuelle Siedlungsstruktur in B., die durch einen sehr großen Bevölkerungsanteil im Netzgebiet bestimmt werde, der in großen, mehrgeschossigen Wohneinheiten wohne. Diese Besonderheit der Versorgungsaufgabe werde im Rahmen des Effizienzvergleichs nicht berücksichtigt, da dort gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 ARegV gerade nur auf die Zahl der Netzanschlusspunkte abgestellt und das Verhältnis von Zählpunkten je Netzanschlusspunkt nicht berücksichtigt werde. Dieses außergewöhnlich ungünstige Verhältnis führe zum einen dazu, dass sie – die Betroffene – eine geringere Effizienz aufweise und zum anderen, dass sie Kostensteigerungen in einem Umfang von 6,97 % habe. Diese Besonderheiten habe sie im Rahmen des Anhörungsschreibens vom nachgewiesen; die Tatsachen als solche seien von der Beschlusskammer nicht beanstandet worden.

Des Weiteren sei die Anwendung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 Abs. 2 ARegV im Rahmen der Regulierungsformel nach § 7 ARegV i.V.m. Anlage 1 zu beanstanden. Die Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfortschritts stehe schon nicht im Einklang mit der Verordnungsermächtigung in § 21a EnWG, der zu einer Korrektur um eine gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung nicht ermächtige. Falsch sei weiterhin, dass die Beschlusskammer dem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor die Bedeutung einer kumulierten positiven Wachstumsrate beimesse. Richtig sei vielmehr, von einer kumulierten negativen Wachstumsrate auszugehen, so dass sich die Kostenbasis jährlich um den generellen sektoralen Produktivitätsfortschritt gemäß § 9 Abs. 2 ARegV reduziere. Die jährliche Verringerung sei prozentual dann im Rahmen der Erlösobergrenzenbildung als Produktivitätsfortschritt zu berücksichtigen. Im rechnerischen Ergebnis falle dabei der jährliche kumulierte Produktivitätsfortschritt prozentual geringer aus als im Falle der von der Beschlusskammer rechnerisch angewandten kumulierten positiven Wachstumsrate.

Schließlich sei die Ablehnung des Antrags auf Berücksichtigung des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV fehlerhaft. Die Auffassung, eine Anpassung der Erlösobergrenze komme im ersten Jahr der Regulierungsperiode nicht in Betracht, sei unzutreffend. Eine solche strenge, allein am Wortlaut haftende Auslegung führe nicht zu überzeugenden Ergebnissen. Lege man § 10 Abs. 1 ARegV streng nach dem Wortlaut aus, würden lediglich Änderungen der Parameter im Sinne des § 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV Berücksichtigung finden, die sich nach dem 1. Januar 2009 verändert hätten. Erweiterungen der Versorgungsaufgabe in den Jahren 2007 und 2008 blieben dagegen unberücksichtigt. Das vertrete selbst die Beschlusskammer nicht. Sie sei der Ansicht, dass ein Antrag auf Anpassung erstmalig zum 30. Juni 2009 gestellt werden könne und lege insoweit bereits selbst erweiternd für die Jahre 2007 und 2008 aus. Darüber hinaus bestätigten auch die Formeln in Anlage 1 und vor allem Anlage 2 zur Anreizregulierungsverordnung die Möglichkeit, den Erweiterungsfaktor auch im ersten Jahr der Regulierungsperiode berücksichtigen zu können. Das von der Beschlusskammer gefundene Ergebnis stünde im Übrigen auch im Widerspruch zu dem mit dem Erweiterungsfaktor intendierten Sinn und Zweck. Zweck des Erweiterungsfaktors im Rahmen der Anreizregulierung sei es, den Einfluss von Änderungen exogener, als nicht vom

Netzbetreiber zu beeinflussender Faktoren auf dessen Kostenstruktur sachgerecht anpassen zu können. Selbst wenn man aber der Auffassung der Beschlusskammer folgen wolle und ein Antrag nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV im ersten Jahr der Regulierungsperiode nicht in Betracht kommen solle, wären zumindest die Strukturdaten zu aktualisieren und im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenze im Tenor zu 1. aus den genannten Gründen zu berücksichtigen. So weiche die Beschlusskammer selbst in anderen Fällen von den Kosten- und Strukturdaten aus dem Basisjahr 2006 ab und verwende aktualisierte Daten.

Die weitergehende Beschwerde betreffend den Auflagenvorbehalt der Mehrerlössaldierung, den pauschalen Investitionszuschlag und den Ansatz der Kosten für die vorgelagerten Netzebenen hat die Betroffene mit Schriftsätzen vom 12. Januar und 2. März 2010 zurückgenommen.

Sie beantragt,

unter Aufhebung des Tenors zu 1. Satz 1 des Beschlusses BK 8 vom die Bundesnetzagentur zu verpflichten,

- 1) dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors zu entsprechen;
- 2) die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Erlösobergrenzen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzulegen,

hilfsweise - betreffend Ziff. 2. - für den Fall, dass die Rechtsprechung zur Berücksichtigung gesicherter Plankosten im Rahmen der Verlustenergie nicht zu berücksichtigen sei,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Tenors zu 12. des Beschlusses BK 8 vom zu verpflichten, dem Härtefallantrag zu entsprechen.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung der maßgeblichen Gründe verteidigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur, die mit Beschluss vom ertheilten Hinweise und das Protokoll der Senatssitzungen vom und Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in den Senatssitzungen eingehend erörterten Gründen des Hinweisbeschlusses keinen Erfolg. Die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode sind im Einklang mit den Vorgaben der ARegV festgelegt. Zu Recht hat die Beschlusskammer auch die Anträge auf Anerkennung eines Härtefalls bezüglich der Kostensteigerung für die Beschaffung von Verlustenergie für das Jahr 2009 und die Gewährung eines Erweiterungsfaktors zurückgewiesen.

Im Einzelnen:

1. Bestimmung des Ausgangsniveaus

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene dagegen, dass die Beschlusskammer als Ausgangsniveau für die Bestimmung ihrer Erlösobergrenze für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung ihrer letzten – bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung vom zugrundegelegt hat, ohne dies in verschiedener Hinsicht anzupassen. Ihre Rüge, die Beschlusskammer hätte das sich aus der Entgeltgenehmigung ergebende Ausgangsniveau auch um die Plankosten des Jahres 2009 wie auch mit Blick auf die Erkenntnisse der einschlägigen BGH-Rechtsprechung zur Berücksichtigungsfähigkeit verschiedener Kostenbestandteile korrigieren müssen, geht fehl. Ebenso wenig war sie verpflichtet, die höhere Eigenkapitalverzinsung auch bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer in Ansatz zu bringen.

1.1. Der Ordnungsgeber sieht in § 6 Abs. 1 ARegV grundsätzlich vor, dass das Ausgangsniveau durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der jeweiligen Netzentgeltverordnung zu ermitteln ist. Diese hat im vorletzten Kalenderjahr vor Beginn der Regulierungsperiode auf der Basis der Daten des (dann) letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs – des Basisjahrs - zu erfolgen. Durch den – im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch geltenden - Verweis auf § 3 Abs. 1 Satz 4 2.HS GasNEV und § 3 Abs. 1 Satz 5 2.HS StromNEV, nach denen gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr in die Kostenartenrechnung einfließen können, hatte der Ordnungsgeber klargestellt, dass insoweit Plandaten berücksichtigt werden können (§ 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV; s. zu der beschlossenen Änderung BR-Drs. 312/10 vom 9. Juli 2010, S. 19, Nr. 24). Vor dem Hintergrund, dass die erste Regulierungsperiode zum 1.01.2009 begonnen hat, hätte daher eine solche Kostenprüfung im Jahre 2007 auf der Basis des Geschäftsjahres 2006 erfolgen müssen. Dieses ist in § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV auch ausdrücklich als Basisjahr festgelegt worden.

Für die erste Regulierungsperiode bestimmt § 6 Abs. 2 ARegV indessen davon abweichend, dass das Ergebnis der Kostenprüfung der „letzten“ Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung heranzuziehen ist. Sinn und Zweck dieser Übergangsregelung ist es ersichtlich, eine (erneute) Kostenprüfung und den damit für rd. 1.500 Netzbetreiber und die Regulierungsbehörden verbundenen Aufwand auch angesichts des Zeitfaktors zu vermeiden. Nach dem Inkrafttreten der Anreizregulierungsverordnung am 6. November 2007 standen den Regulierungsbehörden bis zum Beginn der ersten Regulierungsperiode nur noch 14 Monate für die erstmals durchzuführenden Verfahren zur Festlegung der Erlösobergrenzen und acht Monate für den Effizienzvergleich zur Verfügung. Mit Blick darauf hatte die Bundesnetzagentur schon im Rahmen ihres Berichts nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung angeregt, als Ausgangsniveau für die erste Regulierungsperiode die in der letzten Entgeltprüfung genehmigten Entgelte heranzuziehen, sofern diese sehr zeitnah vor dem Beginn der ersten Regulierungsperiode erfolgt (s. Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, S. 159, Tz 734).

Die „letzte“ Entgeltgenehmigung ist auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses zeitlich dahin präzisiert worden, dass sie „auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 oder eines früheren Geschäftsjahres basiert“ (BR-Drs. 417/07 (Beschluss) vom 21.09.2007, S. 2 f.). Ziel dessen war es, eine möglichst einheitliche Datenbasis und eine geordnete Abwicklung des Effizienzvergleichs sicherzustellen. Vor dem Hintergrund in der Praxis erwogener Möglichkeiten sollte klargestellt werden, dass im Jahre 2008 ggfs. gestellte Entgeltgenehmigungsanträge, die auf dem Geschäftsjahr 2007 basieren, und daraus resultierende Ergebnisse der Kostenprüfung nicht zu berücksichtigen sind (s. zu der entsprechenden Empfehlung Elspas, et 2007 (Heft 6), S. 8, 10). Hatte der Netzbetreiber auf Basis der Kostelage 2006 keinen Antrag auf Genehmigung von Netzentgelten gestellt, sollte eine Kostenprüfung ebenfalls nicht erfolgen, in einem solchen Fall ist das Ergebnis der Kostenprüfung maßgeblich, die der Entgeltgenehmigung mit der letzten verfügbaren Datengrundlage zugrunde lag. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen worden, dass es in der zweiten Netzentgeltgenehmigungsrunde gängige Praxis war, die Netzentgeltbescheide aus der ersten Entgeltgenehmigungsrunde bis zum 31.12.2008 zu verlängern. Entsprechendes sieht § 34 Abs. 3 ARegV für die kleinen Netzbetreiber vor, die am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen. Hatte der Netzbetreiber in der so gen. zweiten Entgeltgenehmigungsrunde u.a. entsprechend § 32 Abs. 5 StromNEV/ § 32 Abs. 6 GasNEV keine Erhöhung der Netzentgelte beantragt, findet § 6 ARegV keine Anwendung. Das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenze ergibt sich vielmehr aus dem Ergebnis der letzten abgeschlossenen Entgeltgenehmigung zuzüglich eines jährlichen Inflationsausgleichs für die Jahre 2005 und 2006.

1.2. Vor diesem Hintergrund ist für die von der Betroffenen begehrte Anpassung des Ergebnisses der in der letzten Entgeltgenehmigung von der Regulierungsbehörde vorgenommenen Kostenprüfung kein Raum. Der Verordnungsgeber hat von einer Überprüfung des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten Entgeltgenehmigung ausdrücklich abgesehen. Im Einzelnen:

1.2.1. Das Ergebnis der in der Entgeltgenehmigung vom vorgenommenen Kostenprüfung ist nicht zu korrigieren, weil die Regulierungsbehörde nach der **Recht-**

sprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2008 zugunsten der Betroffenen weitere Kostenpositionen hätte berücksichtigen müssen. Korrekturen sind weder hinsichtlich der Plankosten für die Verlustenergiebeschaffung des Jahres 2008, für Anlagen im Bau und geleistete Vorauszahlungen in der Verzinsungsbasis, den Ansatz eines Risikozuschlags noch bei der Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals vorzunehmen. Nach der Systematik der ARegV kann die Betroffene nur auf die vom Verordnungsgeber vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten zurückgreifen.

Schon aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 ARegV, der der Regulierungsbehörde vorgibt, dass das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Entgeltgenehmigung heranzuziehen ist, folgt, dass die Regulierungsbehörde dies keiner weiteren Überprüfung unterziehen soll. Dies zeigt auch ein Vergleich der unterschiedlichen Regelungsgehalte der Absätze 1 und 2 des § 6 ARegV, wonach im Falle des § 6 Abs. 1 das zu bestimmende Ausgangsniveau der Erlösbergrenze eine aktive eigene Ermittlung der Regulierungsbehörde erfordert, während im Falle des Abs. 2 auf das Ergebnis der Kostenprüfung im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG zurückzugreifen ist, die auf der Datengrundlage des Basisjahres 2006 oder früher beruht. Auch Systematik sowie Sinn und Zweck der Norm lassen nur dieses Verständnis zu. § 6 Abs. 2 ARegV stellt die Ausnahme zu der Regel dar, dass die Regulierungsbehörde eine Kostenprüfung vornehmen soll und bestimmt näher, aus welcher Entgeltgenehmigung daher das Ergebnis der Kostenprüfung heranzuziehen ist. § 34 ARegV trifft eine entsprechende Regelung für die kleinen Netzbetreiber, welche am vereinfachten Verfahren teilnehmen. Dass in § 34 Abs. 3 Satz 2 ARegV von „Kosten, die im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannt worden sind“ die Rede ist, ändert an der inhaltlichen Vergleichbarkeit der beiden Regelungen nichts. Die anderslautende Formulierung in § 34 ARegV erklärt sich vielmehr aus dem Umstand, dass in den Fällen des § 34 Abs. 3 ARegV aufgrund der Verlängerung oder Erstreckung der ersten Netzentgeltgenehmigung bis zum Beginn der Anreizregulierung im Rahmen dieser zweiten Entgeltgenehmigung keine Kostenprüfung durchgeführt wurde. Vor dem Hintergrund, dass mit diesen Regelungen – wie bereits dargestellt – zum einen eine möglichst einheitliche Datenbasis und die Vermeidung erneuter Kostenprüfungen sichergestellt werden sollte, ist das Ergebnis der Kos-

tenprüfung aus der letzten § 23a EnWG-Genehmigung in unveränderter Form für die Bestimmung der Erlösobergrenze in der ersten Regulierungsperiode zu übernehmen. Damit scheidet eine Aktualisierung der Ergebnisse der Kostenprüfung nach dem Willen des Verordnungsgebers aus. Andernfalls käme es faktisch zu einem nachträglichen (Teil-)Genehmigungsverfahren, womit von einer Grundvoraussetzung, dem einheitlichen Ausgangsniveau, Abstand genommen würde (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, 202 EnWG 3/09, S. 9; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.01.2010, Az. Kart W 7/09, Rn 36 ff., zitiert nach juris; a.A. Rosin RdE 2009, 37, 40).

1.2.2. Aus dem Umstand, dass die Betroffene unter dem den Verzicht auf ein Rechtsmittel gegen die Entgeltgenehmigung angesichts der Gleichbehandlungszusage der Bundesnetzagentur erklärt hat, kann sie nichts anderes herleiten. Die Bundesnetzagentur – wie auch die übrigen Regulierungsbehörden – waren nach der Regelung des § 6 Abs. 2 ARegV verpflichtet, bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Entgeltgenehmigung zugrunde zu legen. Vor diesem Hintergrund kann auch der Gleichbehandlungszusage nur das Verständnis zukommen, dass die Bundesnetzagentur in zukünftigen Verfahren, in denen sie eine eigenständige Prüfung vorzunehmen hat, der dann geklärten Rechtslage entsprechend verfahren werde.

1.2.3. Ebenso wenig war die Beschlusskammer verpflichtet, die kalkulatorische **Gewerbsteuer** mit Blick auf die von ihr zu Gunsten der Betroffenen vorgenommene Anpassung der Eigenkapitalverzinsung zu aktualisieren.

Die Beschlusskammer hat allerdings die der Entgeltgenehmigung vom zugrunde liegende Eigenkapitalverzinsung mit Blick auf den mit Beschluss vom 7. Juli 2008 () entsprechend § 7 Abs. 6 StromNEV festgelegten höheren Zinssatz angepasst, um diese Festlegung nicht leerlaufen zu lassen (ebenso Hummel, in Danner/Theobald, EnWG, Juni 2008, Rdnr. 21 zu § 6 ARegV ; Weyer, RdE 2008, 261, 263; für ein Hinausschieben Böwing/Franz/Sömantri, et 2007 (Heft 6), S. 14, 15 f.). Gem. § 7 Abs. 6 StromNEV hatten die Regulierungsbehörden über die Anwendung der Eigenkapitalzinssätze nach § 21 Abs. 2 EnWG vor Beginn einer Re-

gulierungsperiode nach § 3 ARegV, erstmals zum 1. Januar 2009, durch Festlegung zu entscheiden. Dem Umstand, dass die Regulierungsbehörde dieser Vorgabe entsprochen und den Zinssatz für die Verzinsung des Eigenkapitals für die erste Regulierungsperiode höher als in § 7 Abs. 4 StromNEV festgelegt hat - und zwar ausdrücklich für die Bestimmung der Erlösobergrenze nach § 6 ARegV- , hat sie durch die Anpassung dieses Kostenfaktors an die geänderte Rechtslage Rechnung getragen. Daraus erwächst jedoch kein Anspruch des Netzbetreibers auf Anpassung der Kostenpositionen, die an die Kostenposition Eigenkapitalverzinsung nur als Berechnungsfaktor anknüpfen. Insoweit muss es bei der Vorgabe des § 6 Abs. 2 ARegV bleiben.

2. Bereinigung des Effizienzwerts

Die Beschwerde hat weiterhin keinen Erfolg, soweit die Betroffene rügt, dass der für sie ermittelte Effizienzwert nicht wegen einer Besonderheit ihrer Versorgungsaufgabe bereinigt worden ist. Sie meint, ihr Effizienzwert sei zu erhöhen, weil sie im Verhältnis zu einem durchschnittlichen Netzbetreiber ein wesentlich höheres Verhältnis von Zählpunkten zu Anschlusspunkten aufweise. Bei ihr liege das Verhältnis bei 5,4 : 1, bei einem durchschnittlichen Netzbetreiber betrage es 2,2 : 1, hilfsweise möge es bis zu 3,7 : 1 anzusetzen sein. Ursache sei die außergewöhnliche Siedlungsstruktur, das Netzgebiet sei durch einen außergewöhnlich großen Anteil mehrgeschossiger Wohnbebauung und ein flächenmäßig eher kleines Stromversorgungsnetz gekennzeichnet. Zwangsläufig ergebe sich ein hohes Verhältnis von Zählpunkten pro Anschlusspunkt.

2.1. Gemäß § 15 Abs. 1 ARegV hat die Regulierungsbehörde einen Aufschlag auf den nach §§ 12 – 14 oder § 22 ARegV ermittelten Effizienzwert anzusetzen, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass Besonderheiten seiner Versorgungsaufgabe bestehen, die im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV nicht hinreichend berücksichtigt wurden und dies die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV ermittelten Kosten um mindestens 3 Prozent erhöht.

Mit dieser Regelung will der Ordnungsgeber sicherstellen, dass strukturelle oder sonstige Besonderheiten des Versorgungsgebiets oder der Versorgungsaufgabe des jeweiligen Netzbetreibers, die im Effizienzvergleich nicht hinreichend berücksichtigt wurden, Eingang in die Bestimmung seines bereinigten Effizienzwerts und damit seiner Ineffizienzen finden, so dass die Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der auf der Grundlage der Effizienzwerte zu bestimmenden Effizienzvorgaben gewährleistet wird. Verursachen derartige individuelle Besonderheiten des Netzbetreibers Kosten in erheblichem Ausmaß, sollen sie im Wege einer individuellen Betrachtung bewertet und ein angemessener Aufschlag auf die Effizienzwerte festgesetzt werden. Solche strukturellen Besonderheiten können sich auch aus notwendigen Rückbaumaßnahmen im Netz ergeben – etwa beim Wegfall von Großabnehmern oder im Rahmen von Stadtumbaumaßnahmen aufgrund von Bevölkerungsrückgang im Versorgungsgebiet. Erheblich und damit von der Regulierungsbehörde aufzugreifen ist das Vorbringen des Netzbetreibers nur, wenn sich die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV ermittelten Kosten aufgrund der strukturellen Besonderheiten um mindestens drei Prozent erhöhen. Mit diesem Schwellenwert soll gewährleistet werden, dass die Prüfung struktureller Besonderheiten grundsätzlich nur in wirtschaftlich bedeutsamen Einzelfällen den allgemeinen Effizienzvergleich ergänzt (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 59 f.). Im Verordnungsverfahren ist der ursprünglich mit einem Prozent vorgesehene Schwellenwert auf drei Prozent erhöht worden, da § 15 ARegV nur den Ausnahmefall regeln soll, also solche Besonderheiten, die deutlich höhere Kosten zur Folge haben. Grundsätzlich – so hat der Ordnungsgeber ausgeführt – ist davon auszugehen, dass **jeder** Netzbetreiber bei seiner Versorgungsaufgabe Besonderheiten aufweist, die in den Effizienzvergleich nicht einfließen, weil nicht jedes Detail berücksichtigt werden kann. Sie können sich sowohl Kosten erhöhend als auch Kosten reduzierend auswirken, so dass sich dies im Ergebnis weitestgehend neutral darstellen wird (BR-Drs.417/07 (Beschluss) vom 21.09.2007, S. 11 f.).

2.2. Zu Recht hat die Regulierungsbehörde das Vorbringen der Betroffenen im Verwaltungsverfahren (Schreiben vom 12.11.2008, Bl. 204 ff., 212 f., 218 f. VV) nicht aufgegriffen, um den Effizienzwert zu bereinigen. Auch unter Berücksichtigung ihres Vorbringens im Beschwerdeverfahren besteht dafür kein Anlass.

2.2.1. Allerdings ist es zweifelhaft, ob eine Bereinigung hier – wie die Bundesnetzagentur meint – schon deshalb ausscheiden muss, weil der von der Betroffenen angeführte Gesichtspunkt keine Besonderheit i.S.d. § 15 ARegV darstellt. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur muss sich die Besonderheit auf die Versorgungsaufgabe i.S.d. Definition des § 10 Abs. 2 ARegV beziehen, so dass sie nur dann Bedeutung erlangen könne, wenn dadurch die Fläche des Versorgungsgebiets oder die Anforderungen an die Versorgung von Netzkunden determiniert werden. Des Weiteren liege eine Besonderheit nur dann vor, wenn außergewöhnliche, also nur eine äußerst geringe Anzahl der betrachteten Unternehmen betreffende strukturelle oder sonstige Umstände bestehen.

Gegen dieses enge Verständnis sprechen nach Auffassung des Senats der Wortlaut, die Systematik wie auch Sinn und Zweck einer Bereinigung des Effizienzwerts.

§ 15 stellt darauf ab, ob Besonderheiten der Versorgungsaufgabe bestehen, die durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 nicht hinreichend berücksichtigt worden sind. Potentielle Vergleichsparameter i.S.d. § 13 Abs. 3 sind zum einen solche zur Bestimmung der Versorgungsaufgabe und zum anderen solche zur Bestimmung der Gebietseigenschaften, insbesondere die geografischen, geologischen oder topografischen Merkmale und strukturellen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe auf Grund demografischen Wandels des versorgten Gebiets. Die Gebietseigenschaften umfassen nach dem Verständnis des Verordnungsgebers sonstige Merkmale des Versorgungsgebiets, die von der Versorgungsaufgabe nicht umfasst, für die Netzgestaltung aber relevant und vom Netzbetreiber nicht beeinflussbar sind. Dazu führt er beispielhaft die Zersiedlung (Stadt/Land-Unterschied), bestehende Beschränkungen (durch einschränkende naturschutz- oder sonstige rechtliche Vorschriften) für die Errichtung von Leitungstrassen/für Standorte für andere Netzanlagen, geographische Merkmale (Ausdehnung), geologische Merkmale (Untergrundbeschaffenheit) und topographische Merkmale (Relief, Hangneigung) an (BR-Drs. 417/07, S. 56). Für den in der ersten Anreizregulierungsperiode durchzuführenden Effizienzvergleich der Stromversorgungsnetze sind in § 13 Abs. 4 ARegV als Mindestparameter nur die sich unmittelbar auf die Versorgungsaufgabe i.S.d. § 10 Abs. 2 ARegV beziehenden Para-

meter Anzahl der Anschlusspunkte, die Fläche des versorgten Gebiets, die Leitungslänge und die zeitgleiche Jahreshöchstlast vorgegeben. Parameter zur Bestimmung der Gebietseigenschaften sind nicht zwingend, sie können nach der Regelung des § 13 Abs. 4 Satz 2 ARegV verwendet werden, die Bundesnetzagentur hat davon abgesehen.

§ 15 spricht zwar von der Besonderheit der Versorgungsaufgabe, diese kann jedoch nicht im eingeschränkten Sinne des § 10 Abs. 2 ARegV („bestimmt sich nach der Fläche des versorgten Gebiets und den von den Netzkunden bestimmten Anforderungen an die Versorgung mit Strom und Gas“) und den dort angeführten Parametern verstanden werden. Der Verordnungsgeber will ausweislich der Begründung zu § 15 ARegV mit dieser Regelung gerade sicherstellen, dass strukturelle oder sonstige Besonderheiten des Versorgungsgebiets oder der Versorgungsaufgabe des jeweiligen Netzbetreibers, die im Effizienzvergleich durch die gewählten Parameter nicht hinreichend berücksichtigt wurden, Eingang in die Bestimmung seines bereinigten Effizienzwerts und damit seiner Ineffizienzen finden, so dass die Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der auf der Grundlage der Effizienzwerte zu bestimmenden Effizienzvorgaben gewährleistet wird. Des Weiteren nimmt er grundsätzlich an, dass jeder Netzbetreiber bei seiner Versorgungsaufgabe Besonderheiten aufweist, die naturgemäß bei einem standardisierten Effizienzvergleich keine Berücksichtigung finden (s.o. hervorgehoben), die Schwelle soll der 3% Wert sein.

Damit trägt er dem Umstand Rechnung, dass nicht alle erdenklichen Größen als Kostentreiber in das Benchmarkingverfahren einbezogen werden können, weil dann die Gefahr besteht, dass seine Durchführung nicht mehr praktikabel ist und die Aussagekraft verwässert würde und daher die Bundesnetzagentur mittels der ihr vorgegebenen Methoden nur die wesentlichen kostentreibenden Parameter identifizieren soll, die voneinander unabhängig, eindeutig definierbar sowie quantitativ messbar sind (§ 13 Abs. 3 ARegV, insbesondere Sätze 2, 3, 7 und 8). Gerade weil es sich dabei um einen sehr komplexen Prozess mit einem weiten Einschätzungs- und Gestaltungsfreiraum für die Regulierungsbehörde handelt, hat der Verordnungsgeber mit § 15 Abs. 1 ARegV eine Korrekturmöglichkeit geschaffen, die den Blick auf unternehmensindividuelle Besonderheiten ermöglichen soll,

die bei der Ermittlung des Effizienzwerts aufgrund des generalisierenden, typisierenden und pauschalisierenden Ansatzes des verwandten Modells außer Betracht bleiben.

2.2.2. Letztlich kommt es darauf nicht an, weil die Betroffene weder im Verwaltungs- noch im Beschwerdeverfahren im Ansatz nachgewiesen hat, dass sich die maßgeblichen – nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ARegV ermittelten - Kosten durch die im Verhältnis zu dem Parameter Anschlusspunkt größere Anzahl von Zählpunkten in ihrem Versorgungsgebiet um mindestens 3 % erhöhen.

Wie die Bundesnetzagentur zutreffend ausführt, muss eine Berechnung des bereinigten Effizienzwerts ohne die - nachzuweisenden – Mehrkosten ermöglicht werden. Von daher unterliegt der Nachweis der Mehrkosten den gleichen Anforderungen wie die Ausgangskostenbasis. Die konkrete Kostenerhöhung ist folglich mit Blick auf die dem Effizienzvergleich als Ausgangsniveau zugrunde gelegten Kosten des Basisjahres 2006 zu beziehen, so dass der betroffene Netzbetreiber im einzelnen darlegen und nachweisen muss, in welcher konkreten Höhe die maßgeblichen (Mehr-)Kosten in diese Gesamtkosten eingeflossen sind. Da die Kostenpositionen in der Überleitungsrechnung stark aggregiert sind, reicht eine Bezugnahme darauf nicht aus, sondern müssen die individuell besonderen Kosten unter Beifügung geeigneter Nachweise erläutert werden.

Einen solchen Nachweis hat die Betroffene nicht erbracht. Im Verwaltungsverfahren hat sie lediglich die Anzahl der über dem Durchschnitt liegenden Zählpunkte – - mit dem ihr genehmigten Abrechnungs-, Messstellenbetriebs- und Messentgelt von € multipliziert und einen Betrag von € errechnet. Dabei handelt es sich indessen nicht um nach den Vorgaben der StromNEV ermittelte Mehrkosten i.S.d. § 15 ARegV. Die Betroffene hätte vielmehr nachweisen müssen, dass die von ihr geltend gemachte Besonderheit kausal zu einer Erhöhung ihrer bereinigten Netzkosten um mindestens 3 % führt.

Der Nachweis ist ihr auch im Beschwerdeverfahren trotz des entsprechenden Hinweises des Senats nicht gelungen, so dass es dahinstehen kann, ob eine solche Ergänzung nach dem behördlichen Entscheidungszeitpunkt aus Rechtsgründen überhaupt noch berücksichtigt werden kann. Auch insoweit knüpft die Betrof-

fene im Schriftsatz vom daran an, dass sie mit – nunmehr – Zählpunkten über dem Durchschnitt im Bundesgebiet liege. Dabei geht sie von einem Durchschnittswert von 2,2 Zählpunkten pro Anschlusspunkt aus, obwohl der von ihr herangezogene Kontrollbenchmark ein Verhältnis von 2,6 : 1 ausweist. Die Mehrkosten errechnet sie danach weiter anhand der im Betriebsabrechnungsbogen vom ausgewiesenen Positionen ‚Abschreibungen in der Messung Niederspannung‘ i.H.v. €, ‚Aufwendungen bezogener Leistungen‘ i.H.v. €, ‚Personalaufwand für die Messung/Messstellenbetrieb‘ i.H.v. € und ‚für die Abrechnung Niederspannung‘ i.H.v. € sowie darauf proportional entfallende kalkulatorische Eigenkapitalzinsen und Gewerbesteuer und setzt die sich so ergebenden Beträge um das Verhältnis der beantragten zu den genehmigten Kosten der maßgeblichen Entgeltgenehmigung herab. Auf diese Weise sind indessen tatsächlich entstandene Mehrkosten nicht nachgewiesen. Dass sich die berücksichtigten anteiligen Kapitalkosten wie auch die operativen Betriebskosten zwangsläufig entsprechend dem Verhältnis der Zähl- zu den Anschlusspunkten proportional erhöhen, ist für den Senat nicht ersichtlich und auch von der Betroffenen nicht dargetan. Sie hätte vielmehr im Einzelnen darlegen und nachweisen müssen, in welcher Höhe konkrete im einzelnen aufgeführte und mit Belegen nachgewiesene Mehrkosten in welche der in Anlage 2 zur Erlösobergrenzenfestlegung aufgeführten aggregierten Kostenpositionen des Jahres 2006, die die Aufwandparameter des Effizienzvergleichs bilden, eingeflossen sind. Die weiteren im Senatstermin vom überreichten Berechnungen stellen ebenfalls keinen Nachweis dar. Die Betroffene variiert hier nur das als Durchschnitt angesetzte Verhältnis von Zähl- zu Anschlusspunkten von 2,2 bis 3,7 als Grundlage ihrer Berechnung () und lässt im weiteren die darauf entfallende kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung wie auch die Gewerbesteuer außer Betracht ().

Das nicht nachgelassene Vorbringen im weiteren Schriftsatz vom rechtfertigt keine abweichende rechtliche Beurteilung und gibt damit auch keinen Grund, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Die Betroffene hat in diesem lediglich noch erläutert, dass sich die die Nebenkostenstelle Messung Niederspannung betreffende Position „Aufwendungen bezogener Leistungen“ aus den größeren Einzelpositionen „durch Dritte erbrachte Betriebsführungskosten“ in Höhe von € und „Sonstiges“, etwa Kosten für Zählerablesung und Sperrung/Entsperrung pp.,

in Höhe von € zusammensetzt. Soweit es die kalkulatorischen Abschreibungen in der Nebenkostenstelle Messung Niederspannung in Höhe von € angeht, bestünden diese aus den Einzelpositionen „Kalk. Abschreibungen Rundsteuer, Fernsteuer-, Fernmelde-, Fernmess-, Automatanlagen, Strom- und Spannungswandler, Netzschutzeinrichtungen“ i.H.v. € und den „kalk. Abschreibungen Zähler, Messeinrichtungen, Uhren, TFR-Empfänger“ i.H.v. €.

3. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene dagegen, dass die Beschlusskammer den sektoralen Produktivitätsfaktor entsprechend §§ 9, 7 ARegV bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen berücksichtigt hat. Auch Art und Weise der Berechnung sind nicht zu beanstanden.

3.1. § 9 ARegV regelt die Bestimmung des in der Regulierungsformel vorgesehenen generellen sektoralen Produktivitätsfaktors.

Mit ihm will der Verordnungsgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass die internationalen Erfahrungen mit Anreizregulierungssystemen gezeigt haben, dass in monopolistisch strukturierten Wirtschaftsbereichen wie den Strom- oder Gasnetzen bei der Simulation von Wettbewerb durch Einführung einer Anreizregulierung höhere Produktivitätssteigerungen zu realisieren sind als in wettbewerblich organisierten Märkten. In letzteren zwingen die Marktkräfte die Marktteilnehmer dazu, Produktivitätsfortschritte zu realisieren und die daraus resultierenden Zugewinne in Form von niedrigeren Preisen an die Kunden weiterzugeben. Dort drückt die allgemeine Inflationsrate die Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise und der Rate des generellen Produktivitätswachstums aus. Von daher hat der Verordnungsgeber es als notwendig angesehen, im Rahmen der Anreizregulierung bei der Bestimmung der Erlösobergrenze nicht nur zu berücksichtigen, wie ein Netzbetreiber seine individuelle Effizienz gegenüber anderen Netzbetreibern verbessern kann (individuelle Effizienzvorgabe) sondern auch, wie sich die Produktivität der gesamten Branche abweichend von der Gesamtwirtschaft entwickelt (BR-Drs. 417/07, S. 48; Meinzenbach, Die Anreizregulierung als

Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, 2008, S. 251 f.). Der sektorale Produktivitätsfaktor korrigiert damit den Verbraucherpreisgesamtindex des § 8 ARegV, um eine angemessene Geldwertentwicklung der spezifischen Branche zu erfassen (s.a. Müller-Kirchenbauer in: Danner/Theobald, EnWG, Rdnr. 4 ff. zu § 21a; Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, Rdnr. 29 zu § 21a). Durch den Verbraucherpreisgesamtindex wird nicht nur die allgemeine Geldwertentwicklung abgebildet, sondern auch die inflationsbereinigte gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung berücksichtigt. Daher legt § 9 Absatz 1 ARegV fest, dass der sektorale Produktivitätsfortschritt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung zu ermitteln ist. In Absatz 2 hat der Verordnungsgeber diese prozentuale Abweichung für die erste Regulierungsperiode auf 1,25 % p.a. und für die zweite auf 1,5 % p.a. festgelegt. Ab der dritten Regulierungsperiode wird der Faktor nach Maßgabe des Absatz 3 durch die Regulierungsbehörde berechnet.

3.2. Die grundsätzliche Kritik der Betroffenen an der Implementierung dieses sektoralen Produktivitätsfortschritts in die Methodik der Anreizregulierung geht fehl. Dass der Verordnungsgeber damit die ihm in § 21a Abs.6 Satz 1 Nr. 2 EnWG eingeräumte Verordnungsbefugnis überschritten hat und die Regelung des § 9 ARegV daher nichtig ist, ist weder ersichtlich noch dargetan.

Ohne Erfolg rügt die Betroffene, die Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in der Regulierungsformel verstoße gegen die gesetzgeberischen Vorgaben in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG und § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG.

Der Verordnungsgeber übt ihm gesetzlich übertragene Rechtssetzungsbefugnis aus. Ihm steht schon von daher Gestaltungsfreiheit zu. Bei seiner verordnungsgeberischen Entscheidung handelt es sich um ein sachverständiges Urteil mit prognostischer Tendenz und Elementen des Wertens, Bewertens und Abwägens (vgl. nur: BVerfGE 40, 352, 355; BVerwGE 18, 336; 60, 25, 45; 56, 31, 47; BayVerfGH VerwRspr. 1981, 257, 264 f.). Der Verordnungsgeber entscheidet grundsätzlich frei nicht nur über das ob und wann, sondern auch über den Inhalt der Verordnung. Seine Gestaltungsfreiheit ist in formeller Hinsicht nur durch die gesetzgeber-

rischen Vorabentscheidungen eingegrenzt (Art. 80 Abs. 1 GG). In materieller Hinsicht darf er von der eingeräumten Gestaltungsfreiheit nur zweckentsprechend Gebrauch machen und muss sich in den Grenzen bewegen, die ihm durch das höherrangige Recht, insbesondere das Verfassungsrecht gezogen sind. Nur darauf kann sich auch die gerichtliche Kontrolle erstrecken, ihre Reichweite richtet sich nach Art und Umfang der verordnungsgeberischen Gestaltungsfreiheit.

Hier hat der Gesetzgeber die Bundesregierung in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG ermächtigt, die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung nach den Absätzen 1 bis 5 und ihrer Durchführung durch Rechtsverordnung zu regeln. Schon die Natur der zu regelnden Materie, die Entwicklung einer Regulierungsmethode, bringt es mit sich, dass dem Verordnungsgeber ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt ist. Daher gibt § 21a in den Absätzen 2 – 5 EnWG auch nur die inhaltlichen Grundlagen für die Anreizregulierung vor. Sie bilden lediglich die wesentlichen Eckpfeiler des Anreizregulierungskonzepts ab, sind aber zugleich methodenoffen, da die Regulierungsbehörde das Anreizregulierungsmodell entwickeln soll (BT-Drs. 15/5268). In § 112a EnWG hat der Gesetzgeber die Bundesnetzagentur dementsprechend verpflichtet, unter Beteiligung der Länder, der Wissenschaft sowie der betroffenen Wirtschaftskreise einen „Bericht zur Einführung der Anreizregulierung“ vorzulegen, der den Verordnungsgeber erst in die Lage versetzen sollte, die Methodik der Anreizregulierung durch Rechtsverordnung näher zu bestimmen. Entsprechend sieht § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG lediglich vor, dass die Regulierungsbehörde zu Beginn der Regulierungsperiode Vorgaben für die festzulegenden Obergrenzen setzen soll, konkret nennt der Gesetzgeber nur dabei zu berücksichtigende Effizienz- und Qualitätsvorgaben. § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG legt weiter fest, dass die Vorgaben für die Entwicklung oder Festlegung der Obergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung vorsehen müssen. Die Verordnungsermächtigung führt daher auch konkret an, dass die Verordnung insbesondere Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate treffen kann (§ 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG). Zu den individuellen Effizienzvorgaben gibt § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG lediglich vor, dass diese durch die Bestimmung unternehmensindividueller oder gruppenspezifischer Effizienzziele auf Grundlage eines Effizienzvergleichs *unter Berücksichtigung insbesondere* der bestehenden Effizienz des jeweiligen Netzbe-

triebs, objektiver struktureller Unterschiede, *der inflationsbereinigten gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung*, der Versorgungsqualität und auf dieser bezogener Qualitätsvorgaben sowie gesetzlicher Regelungen bestimmt werden sollen. § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG bestimmt weiter, dass die individuellen Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen sind, weil sie nach § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG mit möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichbar und übertreffbar sein müssen.

Mit der konkreten Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors hat der Ordnungsgeber den ihm eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht überschritten. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG räumt ihm ausdrücklich die Ermächtigung ein, die Methode der Anreizregulierung und damit auch – Art und Weise - der Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung näher auszugestalten. § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG sieht zwingend vor, dass die Vorgaben für die Entwicklung oder Festlegung der Obergrenze den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung vorsehen müssen. Regelungen zum Verfahren der Berücksichtigung der Inflationsrate sind daher im Katalog des § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG ausdrücklich aufgeführt (Nr. 5).

Von dieser Ermächtigung hat der Ordnungsgeber - sachgerecht - Gebrauch gemacht. Regelungen zum - generellen sektoralen oder gesamtwirtschaftlichen - Produktivitätsfortschritt sind letztlich solche der allgemeinen Geldwertentwicklung (ebenso OLG Stuttgart, Beschlüsse vom 21.01.2010, Az. Kart W 4/09, S. 12 f.; Kart W 7/09, S. 14 f.; a.A. OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 12.01.2010, Az. Kart W 1/09, S. 10 f.; Kart W 3/09, S. 14 f.; Kart W 4/09, S. 12 f.; Kart W 7/09, S. 14 f.). Mit der allgemeinen sektoralen Produktivitätssteigerungsrate hat der Ordnungsgeber lediglich die im Verbraucherpreisindex abgebildete gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung korrigiert und auf diese Weise den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung sachgerecht ausgestaltet. Diese Korrektur war aus seiner Sicht notwendig, um der durch nationale und internationale Analysen und Erfahrungen belegten Produktivitätsentwicklung auf monopolistischen Märkten nach Einführung eines Anreizregulierungssystems Rechnung zu tragen (s. dazu eingehend: Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung

einer Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, S. 21 f.; 166 ff.; Meinzenbach, S. 260 ff.).

Ein Verstoß gegen § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG, nach dem die individuellen Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen sind, oder gegen § 21a Abs. 5 Satz 1, der die Bestimmung der individuellen Effizienzvorgabe näher regelt, lässt sich damit nicht feststellen. Der Verbraucherpreisindex, mit dem die allgemeine Geldentwertung auszugleichen ist, ist mit § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG als zu berücksichtigender Parameter im Rahmen der Vorgaben für die Erlösobergrenze vorgesehen. Da der allgemeine sektorale Produktivitätsfaktor diesen nur korrigiert, ist auch er zulässiger Bestandteil der Vorgaben für die Erlösobergrenzen und nicht Teil der individuellen Effizienzvorgabe. Die Vorgaben des § 21a Abs. 5 Satz 1 und § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG finden auf ihn schon keine Anwendung (ebenso OLG Stuttgart, a.a.O.; Az. 202 EnWG 3/09, S. 31; 202 EnWG 19/09, S. 14; a.A. OLG Naumburg, Beschluss vom 5.11.2009, Az. 1 W 6/09 (EnWG), zitiert nach juris, Rn 52, 58 ff.).

Letztlich kommt dies auch in der Regulierungsformel zum Ausdruck, mit der die Erlösobergrenze ermittelt wird. Die ermittelten Gesamtkosten des Netzbetreibers werden auf die drei verschiedenen Kostenanteile – dauerhaft nicht beeinflussbare, vorübergehend nicht beeinflussbare und beeinflussbare – verteilt und sodann unterschiedlichen Einflussfaktoren ausgesetzt, von denen es abhängt, in welcher Höhe sie in die Erlösobergrenze eingehen. Die **dauerhaft nicht beeinflussbaren** Kostenanteile unterliegen keinen weiteren Senkungsvorgaben oder Beeinflussungen, sondern werden in ihrer Höhe übernommen. Die verbleibenden Kosten werden durch den individuell ermittelten Effizienzwert auf beeinflussbare und vorübergehend **nicht beeinflussbare** Kostenanteile aufgeteilt. Letztere werden ermittelt, indem die nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile verbliebenen Kosten mit dem bereinigten Effizienzwert multipliziert werden (§§ 11 Abs. 3, 15 ARegV). Die verbleibenden Kosten stellen die **beeinflussbaren** Kostenanteile dar (§ 11 Abs. 4 ARegV). Nur sie unterliegen entsprechend der Vorgabe des § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG der individuellen Effizienzvorgabe und werden mit dem Verteilungsfaktor für die Ineffizienzen $(1-V_t)$ multipliziert, da sie innerhalb der

Regulierungsperioden abgebaut werden sollen (§ 16 Abs. 1 ARegV). Weitere Faktoren beziehen sich sowohl auf die beeinflussbaren als auch auf die vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile. Sie werden zunächst mit dem Ergebnis der Division des Verbraucherpreisindex des jeweiligen Jahres (VPI_t) durch den Verbraucherpreisindex des Basisjahres (VPI₀) abzüglich des generellen sektoralen Produktivitätsfortschritts (PF_t) multipliziert (§§ 8, 9 ARegV). Des Weiteren können sie mit dem Erweiterungsfaktor multipliziert werden (EF_t; § 10 ARegV) und Zu- oder Abschläge zur Gewährleistung der Netzzuverlässigkeit und –leistungsfähigkeit vorgenommen werden (Qt; §§ 18 – 21 ARegV).

Die konkrete Höhe des sektoralen Produktivitätsfortschritts ist ebenso wenig zu beanstanden. Die Einschätzung des Ordnungsgebers, inwieweit in Strom- oder Gasnetzen als monopolistisch strukturierten Wirtschaftsbereichen bei der Simulation von Wettbewerb durch Einführung einer Anreizregulierung höhere Produktivitätssteigerungen zu realisieren sind als in wettbewerblich organisierten Märkten, ist angesichts ihres prognostischen Charakters gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Dass der Ordnungsgeber unsachgemäße Erwägungen angestellt hat, ist nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des von ihr erstellten Berichts nach § 112a EnWG zur Einführung einer Anreizregulierung nach § 21a EnWG die Verwendung des so gen. Törnquist-Index als wissenschaftlich anerkannten methodischen Ansatz für die erstmalige Ermittlung des Xgen-Faktors vorgeschlagen. Der – ebenfalls wissenschaftlich anerkannte - so gen. Malmquist-Index liefere zwar genauere Ergebnisse, sei jedoch sehr datenintensiv und daher für die erstmalige Ermittlung nicht empfehlenswert (S. 168). Vor dem Hintergrund, dass der von ihr auf diese Weise ermittelte Wert von 2,54 % p.a. mit Unsicherheitsfaktoren – etwa durch fehlende sektorspezifische Daten, angesichts der untersuchten Zeitintervalle einschließlich deren Gewichtung - behaftet ist, andererseits aber nationale und internationale Studien belegen, dass regelmäßig von einem positiven allgemeinen X-Wert im Energiebereich auszugehen ist und in anderen europäischen Staaten überdies Faktoren in einer Größenordnung von 1,5 % und 2 % festgesetzt worden sind, hat der Ordnungsgeber einen Sicherheitsabschlag vorgenommen und den Produktivitätsfortschritt für die erste Regulierungsperiode auf 1,25 % und für die zweite auf 1,5 % p.a. festgesetzt. Der Einwand,

das aus § 21a Abs. 5 Satz 5 abgeleitete Erfordernis der Methodenrobustheit sei bei der Festlegung der in § 9 Abs. 2 ARegV normierten Werte nicht eingehalten worden, geht schon deshalb ins Leere, weil auch Satz 5 sich nach seiner systematischen Stellung ausschließlich auf Effizienzvorgaben bezieht (ebenso OLG Stuttgart, a.a.O., Az. 202 EnWG 3/09, S. 32 BA; 202 EnWG 19/09, S. 14 BA).

Im Übrigen ist durch die Anpassungsmöglichkeiten der ARegV sichergestellt, dass der Netzbetreiber nur Vorgaben erhält, die er unter Nutzung ihm möglicher und zumutbarer Maßnahmen auch erreichen und übertreffen kann. Für die Betroffene als zu 92,8% effizienter Netzbetreiber wird dies durch die Härtefallregelung des § 16 Abs. 2 ARegV entsprechend § 21a Abs. Abs. 5 Satz 4 EnWG garantiert.

3.3. Auch die konkrete Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist nicht zu beanstanden.

Zu Recht hat die Beschlusskammer den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor als Korrekturterm der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung auch schon für das erste Jahr der Regulierungsperiode und die PFT-Werte der einzelnen Jahre der Regulierungsperiode durch Multiplikation berücksichtigt. Gem. § 9 Abs. 2 ARegV beträgt der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in der ersten Regulierungsperiode jährlich 1,25 %. Er ist folglich als Wachstumsrate für jedes einzelne Jahr im Verhältnis zum vorangegangenen Zeitraum und damit auch für das erste Jahr der Regulierungsperiode anzusetzen. Anlage 1 zu § 7 ARegV sieht weiter vor, dass er „in Analogie zu dem Term $VPIt/VPIo$ dabei durch Multiplikation der einzelnen Jahreswerte einer Regulierungsperiode zu bilden“ und von dem kumulierten Effekt der Inflationsrate abzuziehen ist.

Die konkrete Berechnungsweise der Beschlusskammer steht im Einklang mit diesen Vorgaben. Der Ordnungsgeber hat sich – wie dem nachträglich insoweit noch aufgenommenen Zusatz zu entnehmen ist – bewusst für eine Multiplikation der einzelnen Jahreswerte entschieden. Er hat dabei klargestellt, dass der PFT nicht durch bloße Addition der einzelnen Jahreswerte, sondern durch ihre Multiplikation zu bilden ist, weil dieser Wert in unmittelbarer Korrespondenz zu dem Term

VPIt/VPI0 steht. Der kumulierte Effekt der Inflation, der als Inflationsrate die Erlösobergrenze erhöht, muss durch den - ebenfalls - kumulierten Effekt des generellen sektoralen Inflationsfaktors korrigiert werden. Letzterer bewirkt also keine Absenkung, sondern nur einen schwächeren Anstieg der allgemeinen Geldwertentwicklung. Für das Jahr 2011 wäre daher – nach dem in der Verordnungs Begründung angeführten Beispiel - als Produktivitätsfaktor rd. 3,8 % $[(1,0125 \% \times 1,0125 \% \times 1,0125 \%) - 1 = 0,03797 \%$] anzusetzen (BR-Drs. 24/08 vom 15.02.2008, S. 9). Weil es sich in der Sache um einen Korrekturterm handelt, muss dieser (positive) Produktivitätsfaktor von der Inflationsrate abgezogen werden (VPIt/VPI0)-Pft). Mit diesen Berechnungsvorgaben stimmt die von der Beschlusskammer vorgenommene Berechnung überein. Da der Berechnung des generellen Produktivitätsfaktors eine positive und nicht eine negative Wachstumsrate zugrunde liegt, ist der angewandte Algorithmus $(1 + 0,0125)^t$ nicht unzutreffend. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wirkt nur insoweit erlösmindernd, als er die allgemeine Geldwertentwicklung korrigiert.

4. Erweiterungsfaktor

Zu Recht hat die Beschlusskammer auch die von der Betroffenen unter dem beantragte Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors für das Jahr 2009 abgelehnt, die diese darauf gestützt hat, dass sich ihre Versorgungsaufgabe gegenüber dem Basisjahr 2006 nachhaltig verändert habe. Ihrem Vorbringen zufolge hat sich die Last in ihrem Stromversorgungsgebiet durch im Jahre 2007 erfolgten industrielle Ansiedlungen gegenüber 2006 um insgesamt MW erhöht, im Jahre 2008 habe sich dieser Zuwachs weiter fortgesetzt, so dass sie diese jährliche Leistungssteigerung für die Jahre 2007 – 2009 zugrundegelegt habe. Da die Leistungssteigerung bei der Umspannung von Hoch- auf Mittelspannung anfalle, bestehe dort ein Erweiterungsfaktor von .

Dieser Umstand kann nicht zu einem Erweiterungsfaktor bei der Berechnung der Erlösobergrenze des ersten Jahrs der Anreizregulierungsperiode nach § 10 ARegV führen. Berücksichtigungsfähig sind nur Änderungen der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode, die zum maßgeblichen Antragszeitpunkt bereits eingetreten sind (ebenso OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.01.2010,

Kart W 2/09, Rn 58 ff., zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.01.2010, 202 EnWG 38/09, Rn 24 ff., zitiert nach juris; Beschluss vom 25.03.2010, 202 EnWG 20/09, S. 54 ff. BA; s.a. zu der entsprechenden klarstellenden Empfehlung des Wirtschaftsausschusses, BR-Drs. 312/1/10 vom 28.06.2010, S. 24 Nr. 34 und zu dem entsprechenden Beschluss BR-Drs. 312/10 vom 9.07.2010, S. 19 Nr. 25).

4.1. Gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV kann durch einen Erweiterungsfaktor (EF) bei der Bestimmung der Erlösobergrenze berücksichtigt werden, dass sich die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers während der Regulierungsperiode nachhaltig ändert. Unter welchen Voraussetzungen eine solche nachhaltige Änderung anzunehmen ist, hat der Verordnungsgeber in § 10 Abs. 2 näher konkretisiert. Mit Blick darauf, dass Betreiber von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen Investitionsbudgets beantragen können, finden die Absätze 1-3 des § 10 ARegV auf sie keine Anwendung, so dass allein Verteilernetzbetreiber den Erweiterungsfaktor beanspruchen können.

Einen Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10 ARegV kann der Netzbetreiber § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 ARegV einmal jährlich zum 30. Juni des Jahres stellen. Eine solche Anpassung erfolgt dann zum 1. Januar des Folgejahres und berechtigt den Netzbetreiber zur Anpassung seiner Netzentgelte (§ 17 Abs. 2 Satz 2 ARegV).

4.2. Vor diesem Hintergrund kommt eine Berücksichtigung des Erweiterungsfaktors für das Jahr 2009 als erstes Jahr der Anreizregulierungsperiode nicht in Betracht. Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung lassen ein solches Verständnis nicht zu (ebenso: OLG Brandenburg, a.a.O.; OLG Stuttgart, a.a.O.).

Aus § 10 ARegV lässt sich eine Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors im Rahmen der erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenzen nicht herleiten. Mit dieser Regelung hat der Verordnungsgeber der Vorgabe des § 21a Abs. 3 Satz 3 EnWG Rechnung getragen. Danach bleiben die zu Beginn der Anreizregulierungsperiode bestimmten Erlösobergrenzen grundsätzlich unverändert, sofern nicht Änderungen staatlich veran-

lasster Mehrbelastungen auf Grund von Abgaben oder der Abnahme- oder Vergütungspflichten nach dem EEG oder dem KWKG oder anderer, nicht vom Netzbetreiber zu vertretender Umstände eintreten. § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 4 EnWG sieht dem entsprechend ausdrücklich vor, dass in der Rechtsverordnung – der Anreizregulierungsverordnung – Regelungen getroffen werden können, unter welchen Voraussetzungen die Obergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode auf Antrag des betroffenen Netzbetreibers von der Regulierungsbehörde abweichend vom Entwicklungspfad angepasst werden kann. § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 8 EnWG ermächtigt weiter zu Regelungen, die eine Begünstigung von Investitionen vorsehen, die unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 zur Verbesserung der Versorgungssicherheit dienen. § 10 ARegV soll dabei nach dem Willen des Verordnungsgebers sicherstellen, dass Kosten für Erweiterungsinvestitionen, die sich bei einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers im Laufe der Regulierungsperiode ergeben, bei der Bestimmung der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. In einem solchen Fall kann der Netzbetreiber einen Antrag auf Anpassung nach § 4 Abs. 4 Satz 1 ARegV stellen (s. BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 49). Dass es sich insoweit nur um eine nachträgliche Anpassung handeln kann, folgt auch aus § 4 Abs. 2 ARegV, der zunächst festlegt, dass die Erlösobergrenze für jedes Jahr der Regulierungsperiode zu bestimmen ist und sodann klar stellt, dass eine Änderung dieser ausschließlich während der Regulierungsperiode, also frühestens zum 1. Januar 2010, nach Maßgabe der Abs. 3 – 5 erfolgt (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 44; BR-Drs. 24/08 vom 15.02.2008, S. 7). In Abs. 3 ist die Anpassung durch den Netzbetreiber bei einer Änderung des Verbraucherpreisindex oder von nicht beeinflussbaren Kostenanteilen geregelt. Da diese Anpassung ohne erneute Festlegung durch die Regulierungsbehörde erfolgt, hat der Verordnungsgeber nachträglich Anlass für die mit Satz 3 vorgenommene Klarstellung gesehen, dass eine solche Änderung nicht im ersten Jahr der jeweiligen Regulierungsperiode erfolgt. Die ursprüngliche Formulierung ließ nach seinem Verständnis auch die Auslegung zu, dass Netzbetreiber bereits zum 1. Januar 2009 eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 ARegV vornehmen können (BR-Drs. 24/08 (Beschluss) vom 15.02.2008, S. 7). Der Verordnungsgeber hat in diesem Zusammenhang noch einmal deutlich hervorgehoben, dass eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 2 Satz 2 ARegV nur während der Regulierungsperiode, also frühestens zum 1. Januar 2010 erfolgen

kann (BR-Drs. 24/08 (Beschluss) vom 15.02.2008, S. 7; a.A. Hummel in: Danner/Theobald, EnWG, 60. Erglief. Jan. 2008, Rn 33 zu § 4; Weyer, RdE 2008, 261, 264 f.; Misling, IR 2008, 126, 128; Streb/Müller/Ketterer, et 2008 (Heft 10), 8, 9; Scharf IR 2008, 258, 259). Für die in Abs. 4 vorgesehene auf Antrag vorzunehmende Anpassung bedurfte es einer solchen Klarstellung nicht. Hier ergibt sich schon aus der zeitlichen Vorgabe des § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV, nach der ein solcher Antrag nur einmal jährlich zum 30. Juni des Kalenderjahres mit Wirkung zum 1. Januar des Folgejahres gestellt werden kann, dass eine Anpassung erstmals zum 1.1.2010 erfolgen kann. Auch mit dieser Regelung wollte der Verordnungsgeber ganz offensichtlich den Verwaltungsaufwand für Netzbetreiber und Regulierungsbehörde beschränken. Aus dem Umstand, dass § 10 ARegV auf erhebliche Veränderungen im Übergangszeitraum keine Anwendung findet, folgt entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht, dass sie überhaupt nicht berücksichtigungsfähig wären. Hat dies zur Folge, dass die Betroffene die sich aus dem Effizienzwert ergebende individuelle Effizienzvorgabe unter Nutzung aller ihr möglichen und zumutbaren Maßnahmen nicht erreichen und übertreffen kann, hat die Regulierungsbehörde diese abweichend zu bestimmen (§ 16 Abs. 2 ARegV). Der Nachweis obliegt dem Netzbetreiber.

5. Gestiegene Beschaffungskosten für Verlustenergie als unzumutbare Härte

Schließlich wendet sich die Betroffene auch ohne Erfolg dagegen, dass die Beschlusskammer die gestiegenen Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie nicht als Härtefall i.S.d. § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV anerkannt hat.

5.1. Eine Anpassung der bestimmten Erlösobergrenze kann auf Antrag des Netzbetreibers nachträglich erfolgen, wenn ihre Beibehaltung durch den Eintritt eines unvorhersehbaren Ereignisses für ihn eine nicht zumutbare Härte bedeuten würde. Als Beispiel für ein solches unvorhersehbares Ereignis hat der Verordnungsgeber in der Verordnungsbegründung Naturkatastrophen und Terroranschläge angeführt (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.07, S. 45). Ein solcher Antrag kann seiner Zielsetzung entsprechend jederzeit gestellt werden, die zeitlichen Vorgaben für den Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 gelten hier nicht.

5.2. Nach Auffassung des Senats stellt die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV eine Auffangregelung dar, die jedoch erst dann eingreifen kann und muss, wenn die übrigen vom Verordnungsgeber vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten nicht einschlägig oder ausreichend sind, und die Beibehaltung der festgesetzten Erlösobergrenze andernfalls zu einer unzumutbaren Härte führen würde (a.A. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.01.2010, Az. Kart W 2/09, S. 8 f.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, Az. 202 EnWG 3/09, S. 17; OLG Naumburg, Beschluss vom 5.11.2009, Az. 1 W 1/09 (EnWG), S. 17). In einem solchen Fall lässt § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund einer von der Regulierungsbehörde zu treffenden Ermessensentscheidung zu.

Der Senat hat dazu in seinen Beschlüssen vom 24. März 2010 - VI-3 Kart 166/09 (V) und VI-3 Kart 200/09 (V) – folgendes ausgeführt:

„Härtefallregelungen stellen eine gesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar (vgl. nur: BVerfGK 7, 465; 477). Sie sollen gewährleisten, dass auch in Ausnahmefällen, die wegen ihrer atypischen Ausgestaltung nicht im Einzelnen vorhersehbar sind und sich deshalb nicht mit abstrakten Merkmalen erfassen lassen, ein Ergebnis erzielt wird, das dem Normergebnis in seiner grundsätzlichen Zielrichtung gleichwertig ist (BVerwGE 90, 202, 208; zu einer ungeschriebenen Härtefallregelung BGH, Beschluss des Kartellsenats vom 14.08.2008, KVR 35/07 „Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße“, Rn 51 ff.). Die Regelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV knüpft daher auch an ein unvorhersehbares Ereignis an. Da es entscheidend darauf ankommt, welche Perspektive man für maßgeblich erachtet, ist dieser Begriff allerdings mehrdeutig. Versteht man ihn – wie die Bundesnetzagentur - objektiv, so ist die Regelung restriktiv zu handhaben. Stellt man indessen auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten der Regulierungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung ab, gelangt man zu einer weiten Auslegung der Regelung. In einem solchen Fall reichen auch solche zu Mehrkosten führenden Umstände aus, die in gewissem Sinne zwar vorhersehbar waren, von der Regulierungsbehörde indessen im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt nicht anerkannt wurden bzw. werden konnten (so auch Missling, IR 2008, 201, 202; Schneider, IR 2009, 194; Hummel, a.a.O., Rn 37 zu § 4).

Dafür, dass ihr ein solches Verständnis zukommen soll, spricht schon der – allerdings in anderem Zusammenhang geäußerte - Wille des Verordnungsgebers. Im Zuge des Erlasses der Verordnung zum Erlass von Regelungen über Messstelleneinrichtungen im Strom- und Gasbereich (MessZV) hat er den

Härtefallantrag nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV als Anpassungsmöglichkeit für den Fall in Betracht gezogen, dass einem Netzbetreiber während einer Regulierungsperiode erhebliche Mehrkosten entstehen sollten, für die eine Verbuchung auf dem Regulierungskonto mit Ausgleich in der nächsten Regulierungsperiode entsprechend § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV nicht hinreichend erschiene (BR-Drs. 568/08 vom 8.08.2008, S. 33; s.a. Missling, a.a.O.). Ähnlich hatte der Wirtschaftsausschuss eine entsprechende Ergänzung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV um „wesentliche Änderungen der nicht beeinflussbaren Kosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 sowie den Sätzen 2 und 3“ angeregt, mit der er dem Umstand Rechnung tragen wollte, dass ein massiver Anstieg wirtschaftlich bedeutender Kosten u.U. zu Liquiditätsproblemen und damit zu einer nicht zumutbaren Härte führen könne (Empfehlung vom 7.09.2007, BR-Drs. 417/1/07, S. 2). Ein solches Verständnis hatte im Übrigen auch die Bundesnetzagentur ihrem Arbeitsentwurf eines Eckpunktepapiers der Beschlusskammern 6 und 8 „zur Berücksichtigung von Kostensteigerungen bei den Verteilnetzbetreibern im Rahmen der ersten Regulierungsperiode der Anreizregulierung“ vom 23. Juni 2008 zugrunde gelegt.

- Die Systematik der Anreizregulierung sowie die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht gebieten ebenfalls dieses Verständnis.

Als Regulierungsmethode ist es der Anreizregulierung systemimmanent, dass sie bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen von generalisierenden, typisierenden und pauschalisierenden Vorgaben ausgeht. Sie stellt eine komplexe Methode mit einer Reihe von Faktoren dar, die in die – für den Netzbetreiber entscheidende - Erlösobergrenze einfließen. Dass die Anreizregulierung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das sich aus § 21 Abs. 1 und 2 EnWG ergebende Gebot angemessener Entgelte und daher auch die in § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG gezogene Grenze der Erreich- und Übertreffbarkeit achtet, soll durch verschiedene Anpassungs- und Korrekturmechanismen sichergestellt werden.

Die Anpassungsmechanismen des § 4 ARegV beziehen sich indessen nur auf Veränderungen während der Regulierungsperiode. § 4 Abs. 3 ARegV berücksichtigt Änderungen des Verbraucherpreisgesamtindex nach § 8, von enumerativ aufgeführten nicht beeinflussbaren Kostenanteilen des § 11 Abs. 2 ARegV und gemäß den Qualitätsvorgaben nach Maßgabe des § 19 ARegV. Die Erlösobergrenze kann gem. § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV weiter angepasst werden im Falle einer nachhaltigen und somit langfristigen Veränderung der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode. Durch diesen Erweiterungsfaktor (§ 10 ARegV) wird berücksichtigt, dass sich die tatsächlichen Umstände, welche die Versorgungsaufgabe prägen, im Laufe der Regulierungsperiode ändern können. Davon zu unterscheiden ist der Ausgleich kurzfristiger, prognosebedingter Mengenabweichungen, der durch das Regulierungskonto des § 5 ARegV erfasst wird.

Mit diesen erst auf Veränderungen während der Regulierungsperiode reagierenden Anpassungsmöglichkeiten können indessen nicht solche Kostensteigerungen und eine aus ihnen resultierende Härte kompensiert werden, die darauf beruhen, dass sich der Verordnungsgeber angesichts des engen Zeit-

fensters im Zusammenhang mit der Einführung der Anreizregulierung dafür entschieden hat, in generalisierender, typisierender und pauschalisierender Weise an eine bereits erfolgte Kostenprüfung anzuknüpfen. So wird das Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze gem. § 6 Abs. 2 ARegV durch die letzte Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG bestimmt, die auf der Datengrundlage des Geschäftsjahrs 2006 oder früher beruht. Sofern in dieser Entgeltgenehmigung nicht Plankosten des Jahres 2008 Berücksichtigung gefunden haben, führt dies zu einem Zeitversatz von mindestens drei Jahren, nämlich zwischen dem Jahr, dem die der Kostenprüfung zugrunde liegenden Daten entstammen und 2009 als dem ersten Jahr der Regulierungsperiode. Daraus resultiert auch deshalb eine Beeinträchtigung der Aktualität der Daten, weil nach der Vorgabe des § 6 Abs. 2 ARegV für die erste Anreizregulierungsperiode - anders als § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV es für die zweite Regulierungsperiode vorsieht - Planwerte keine Berücksichtigung finden können. In tatsächlicher Hinsicht kommt hier noch hinzu, dass die in der zweiten Entgeltgenehmigungsrunde erlassenen Bescheide der Regulierungsbehörden in materieller Hinsicht verschiedene Kostenpositionen nicht berücksichtigt haben, die nach den Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 14.08.2008 hätten Berücksichtigung finden müssen.

Die Korrektur einzelner, in die Erlösobergrenze einfließender Faktoren ist weiter in § 15 und § 16 Abs. 2 ARegV vorgesehen. Der Schutz des einzelnen Netzbetreibers vor einer Überforderung durch die Anreizregulierung wird ganz wesentlich durch § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG geleistet. Danach muss jeder Netzbetreiber die individuelle Effizienzvorgabe unter Nutzung ihm möglicher und zumutbarer Maßnahmen erreichen und übertreffen können. Die Vereinbarkeit mit dieser Vorgabe sichert die – allein - auf die Effizienzvorgabe bezogene Härtefallregelung des § 16 Abs. 2 Satz 1 ARegV, wonach die Regulierungsbehörde die Effizienzvorgabe abweichend festlegen kann, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass er die für ihn festgelegte individuelle Effizienzvorgabe unter Nutzung aller ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen nicht erreichen und übertreffen kann. Eine weitere Anpassungsmöglichkeit enthält § 15 ARegV, wonach der Effizienzwert zu bereinigen ist, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass strukturelle Besonderheiten seiner Versorgungsaufgabe durch den – naturgemäß pauschalisierenden, typisierenden und generalisierenden - Effizienzvergleich nicht hinreichend berücksichtigt worden sind.

Diese Anpassungsmöglichkeiten, insbesondere die des Härtefalls des § 16 Abs. 2 Satz 1 ARegV versagen indessen dann, wenn der durchgeführte Effizienzvergleich eine 100%ige Effizienz für den Netzbetreiber ergibt. Ebenso wenig wie für ihn ein Aufschlag auf den Effizienzwert (§ 15 Abs. 1 ARegV) in Betracht kommt, können für ihn abzubauenen Ineffizienzen ermittelt werden, so dass eine abweichende Bestimmung der individuellen Effizienzvorgabe ausscheidet (§ 16 ARegV).

Für den Netzbetreiber, dessen Erlösobergrenze ausgehend von einer 100 %igen Effizienz ermittelt worden ist, können daher Mehrkosten, welche die Regulierungsbehörde bei ihrer die Ausgangsbasis bildenden Entgeltentscheidung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht berücksichtigt

hat, im Rahmen des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV zu einer Anpassung der Erlösobergrenze führen, wenn und soweit deren Beibehaltung andernfalls zu einer unzumutbaren Härte führen würde.“

Ein solcher Fall liegt hier indessen nicht vor. Für die Betroffene ist ein Effizienzwert von 92,8 % ermittelt worden, so dass sie zunächst die Anpassung der individuellen Effizienzvorgabe gem. § 16 Abs. 2 ARegV und auf diesem Wege die der festgesetzten Erlösobergrenzen begehren muss, wenn sie angesichts der gestiegenen Kosten für die Verlustenergie schon die Effizienzvorgabe unter Nutzung aller ihr möglichen und zumutbaren Maßnahmen nicht erreichen und übertreffen kann. Mit dieser Härteklausel wird die Umsetzung der höherrangigen Vorgabe des § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG sichergestellt, sie soll den Netzbetreiber vor einer generellen Überforderung schützen. Die individuelle Effizienzvorgabe des § 16 Abs. 1 ARegV gibt dem Netzbetreiber auf, die mittels des Effizienzvergleichs ermittelten Ineffizienzen unter Anwendung des Verteilungsfaktors rechnerisch innerhalb einer oder mehrerer Regulierungsperioden abzubauen, dies fließt erlösmindernd in die Erlösobergrenzen ein. Lässt sich schon dieser Abbau des beeinflussbaren Kostenanteils, zu welchem die Kosten für die Beschaffung der Verlustenergie zählen, trotz aller möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Effizienzsteigerung nicht realisieren, hat die Regulierungsbehörde die Effizienzvorgabe abweichend zu bestimmen. Dabei hat eine Gesamtbetrachtung der Kostensituation zu erfolgen, weil selbst eine unvermeidbare Steigerung einer einzelnen Kostenart durch – dem Netzbetreiber mögliche und zumutbare - kostensenkende Effekte im Übrigen ausgeglichen oder relativiert werden kann. Von daher kann dem Umstand, dass die individuelle Effizienzvorgabe hier eine Verpflichtung der Betroffenen zum Abbau eines Kostenanteils in Höhe von € innerhalb der ersten Regulierungsperiode beinhaltet, sie indessen allein für das Jahr 2009 eine Steigerung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie in Höhe von € geltend macht, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Nur wenn und soweit dies – bei der gebotenen Gesamtkostenbetrachtung – dazu führen sollte, dass die Möglichkeit der Anpassung der Erlösobergrenze über ihre individuelle Effizienzvorgabe nicht ausreichend sein sollte, kommt – nachrangig - eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV wegen unzumutbarer Härte in Betracht.

Solange Feststellungen dazu fehlen, ist die Härtefallregelung des § 16 Abs. 2 ARegV vorrangig. Da § 16 Abs. 2 ARegV von dem Netzbetreiber den Nachweis fordert, dass er die festgelegte individuelle Effizienzvorgabe nicht erreichen oder übertreffen kann und die maßgeblichen Erkenntnisse sich naturgemäß nur aus seinem Netzbetrieb ergeben können, liegt es an ihm, ein entsprechendes in seinem Interesse liegendes Verfahren zu initiieren, auch wenn § 16 Abs. 2 ARegV nicht ausdrücklich einen Antrag vorschreibt. Für ein solches Begehren hat die Betroffene gegenüber der Bundesnetzagentur bislang nichts vorgetragen. Sollte sich in einem solchen Verfahren herausstellen, dass die Anpassung der Erlösobergrenze über die der individuellen Effizienzvorgabe nicht ausreichen sollte, besteht die Möglichkeit, sie nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV anzupassen.

C.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der gegnerischen Bundesnetzagentur die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an einer höheren Festsetzung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode bemisst der Senat ihren Angaben entsprechend auf €, wobei sich die Positionen, für welche die Betroffene die Anpassung des Ausgangsniveaus begehrt, auf die Erlösobergrenzen der gesamten Regulierungsperiode beziehen.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

L.**vR.****A.**