



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 02. März 2011 **b e s c h l o s s e n** :

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.11.2010, Az. 423-38-20/2.1, dahin abgeändert, dass der Mehrerlösbetrag in Höhe von € durch einen von der Landesregulierungsbehörde nach Maßgabe der Entscheidungsgründe neu zu berechnenden Betrag ersetzt wird. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen

Auf Antrag der Betroffenen wird die aufschiebende Wirkung der Beschwerde der Betroffenen vom 06.12.2010 gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.11.2010, Az. 423-38-20/2.1, insoweit angeordnet, als der von der Betroffenen bei der jährlichen Mitteilung zur Anpassung der Erlösobergrenzen für die Jahre 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 und 2017 jeweils Erlösobergrenzen mindernd zu berücksichtigende Mehrerlösbetrag von

€ Mehrerlöse aus dem Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 31.08.2007 enthält. Im Übrigen wird der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der der Betroffenen im Beschwerdeverfahren sowie im Eilverfahren entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Landesregulierungsbehörde. Eine Erstattung der notwendigen Auslagen der beteiligten Bundesnetzagentur findet nicht statt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf € festgesetzt. Der Gegenstandswert für das Eilverfahren wird auf € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Antragstellerin wendet sich gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.11.2010, in dem sie Mehrerlöse aus der Zeit vom 30.01.2006 bis 31.08.2007 zur Berücksichtigung bei den Erlösobergrenzen in den Jahren 2011 bis 2017 festgelegt hat.

Die Betroffene betreibt als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen ein regionales Verteilernetz für die Gasversorgung in den Gebieten der Städte B., C. und D. sowie im Gebiet der Gemeinde E..

Mit Schreiben vom 28.01.2006, bei der Landesregulierungsbehörde eingegangen am 30.01.2006, beantragte die Betroffene die Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG für den Zeitraum ab dem 01.08.2006. Wegen der Einzelheiten des Antragsinhalts wird auf die Anlage Ast 3 Bezug genommen. Mit Schreiben vom 14.02.2006 teilte sie der Vollständigkeit halber mit, dass sich die beantragten Netzentgelte zuzgl. Mehrkosten der jeweiligen Konzessionsabgabe verstünden. Die Lan-

desregulierungsbehörde wies mit Schreiben vom 20.02.2006 u.a. darauf hin, dass die Antragsunterlagen unverzüglich auf ihre Vollständigkeit hin überprüft würden und die Frist für eine Genehmigungsfiktion i.S.d. § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG erst mit dem Vorliegen der vollständigen Unterlagen zu laufen beginne. Nachdem die Landesregulierungsbehörde in der Folgezeit keine Unterlagen anforderte, berief sich die Betroffene mit Schreiben vom 31.07.2006 auf die Genehmigungsfiktion des § 23 a Abs. 4 Satz 2 EnWG und brachte ab dem 01.08.2006 die beantragten Netzentgelte zur Anwendung.

Am 31.01.2007 stellte die Betroffene einen weiteren Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte nach § 23 a EnWG für den Zeitraum ab dem 01.08.2007, die sie ab dem 01.08.2007 unter Berufung auf die Genehmigungsfiktion zur Anwendung brachte. Erstmals mit E-Mail-Schreiben vom 14.08.2007 forderte die Landesregulierungsbehörde von der Betroffenen weitere Unterlagen an, und zwar den Jahresabschluss 2004, eine Überleitungsrechnung von der Gassparte auf die Bereiche Gasnetz und Vertrieb für das Jahr 2004 sowie Informationen zu Netzübernahmen und zu Grundstückswerten für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Die Betroffene kam der Aufforderung mit Schreiben vom 19.09.2007 und 11.10.2007 nach. Wegen der Einzelheiten des zwischen den Parteien geführten Schriftverkehrs wird auf die Anlagen Ag 3 bis Ag 6 Bezug genommen.

Mit Bescheid vom 19.11.2007 genehmigte die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen für den Zeitraum vom 01.09.2007 bis zum 31.12.2008 niedrigere als die unter dem 28.01.2006 beantragten Netzentgelte nach § 23a EnWG. Einen Auflagenvorbehalt oder Hinweis zur Mehrerlösabschöpfung enthielt die Genehmigung nicht. Mit Schreiben vom 03.12.2007 nahm die Betroffene ihren zweiten Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte vom 31.01.2007 zurück. Auf weiteren Entgeltantrag der Betroffenen vom 28.09.2007 erteilte die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen mit Bescheid vom 12.03.2008 eine zweite Netzentgeltgenehmigung für den Zeitraum vom 01.04.2008 bis zum 31.12.2008 auf der Basis der Daten des Geschäftsjahres 2006.

Im März 2010 leitete die Landesregulierungsbehörde unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 14.08.2008 (KVR 39/07) das Verfahren zur Durchführung der Mehrerlösabschöpfung gegenüber der Betroffenen ein, wobei die-

se sich für die Durchführung des regulären, statt des alternativ angebotenen vereinfachten, pauschalierten Verfahrens entschied. Die Betroffene übersandte der Landesregulierungsbehörde daraufhin mit E-Mail-Schreiben vom 19.03.2010 die erforderlichen Unterlagen. Dabei ging sie davon aus, dass für die Mehrerlösabschöpfung wegen der ab dem 01.08.2006 eingetretenen Genehmigungsfiktion nur der Zeitraum vom 31.01.2006 bis zum 31.07.2006 relevant sei. Für diesen berechnete sie Mehrerlöse in Höhe von € zuzüglich einer Verzinsung von 1,23 % insgesamt €, die jeweils in Höhe von € bei den Erlösobergrenzen 2011 bis 2017 erlösmindernd zu berücksichtigen seien. Auf Anforderung der Landesregulierungsbehörde, die der Ansicht ist, eine Genehmigungsfiktion sei mangels Vollständigkeit der Genehmigungsunterlagen nicht eingetreten, teilte die Betroffene am 27.09.2010 – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – die Daten zur Mehrerlösabschöpfung für den Zeitraum vom 31.01.2006 bis zum 31.08.2007 mit. Danach ergeben sich Mehrerlöse von €, zuzüglich 1,23 % Verzinsung insgesamt €. Die Betroffene erhielt Gelegenheit, zu der beabsichtigten Festlegung der Mehrerlöse Stellung zu nehmen.

Mit Bescheid vom 19.11.2010 gab die Landesregulierungsbehörde im Rahmen einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG der Betroffenen auf, bei der jährlichen Mitteilung zur Anpassung der Erlösobergrenzen für die Jahre 2011 bis 2017 nach § 4 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 24 Abs. 3 ARegV jeweils Mehrerlöse in Höhe von € erlösobergrenzenmindernd zu berücksichtigen.

Dagegen wendet sich die Betroffene mit ihrer frist- und formgerecht eingelegten Beschwerde. Daneben beantragt sie wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Die Betroffene macht geltend: Mehrerlöse seien ihr in dem Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 31.08.2007 schon deshalb nicht entstanden, da für diesen Zeitraum eine Genehmigung der vereinnahmten Netzentgelte aufgrund der Genehmigungsfiktion gemäß § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG vorgelegen habe, nachdem die gegnerische Landesregulierungsbehörde ihren ersten Antrag vom 28.01.2006 sowie ihren zweiten Antrag vom 31.01.2007 nicht jeweils innerhalb von sechs Monaten beschieden habe. Sie habe die in § 23a Abs. 3 Satz 4 EnWG, § 28 GasNEV aufgeführten Unterlagen schon mit ihrem ersten Antrag vollständig vorgelegt. Die von der gegnerischen Landesregulierungsbehörde nachgeforderten Unterlagen seien ursprünglich nach § 28

GasNEV nicht erforderlich gewesen, wie die spätere Änderung des § 28 GasNEV deutlich mache. Zu einer Vorlage des Jahresabschlusses 2004 sei sie nach § 9a EnWG a.F. nicht verpflichtet gewesen. Dieser diene darüber hinaus auch nicht der Nachvollziehbarkeit der Ermittlung der Netzentgelte, sondern allenfalls deren Nachprüfbarkeit. Das als Ag 7 auszugsweise vorgelegte Schreiben vom 02.10.2007 sei nicht Gegenstand des ersten Genehmigungsbescheids gewesen, sondern auf Anforderung der Landesregulierungsbehörde für den dritten Entgeltantrag vom 28.09.2007 vorgelegt worden. Die Angaben hätten auch keinen Einfluss auf die dem ersten Entgeltantrag zugrunde liegenden Daten des Basisjahres 2004 gehabt.

Da sie innerhalb des für den Eintritt der Genehmigungsfiktion maßgeblichen Zeitraums und auch nach ihrem Hinweisschreiben vom 31.07.2006 nicht aufgefordert worden sei, Unterlagen nachzureichen, habe sie davon ausgehen dürfen, dass die Unterlagen von ihr vollständig i.S.d. § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG eingereicht worden seien. Die Landesregulierungsbehörde sei verpflichtet gewesen, unverzüglich innerhalb von sechs Monaten mitzuteilen, dass und welche weiteren Unterlagen einzureichen seien, andernfalls liefe die eigentlich bezweckte Regelung einer Bearbeitungszeit von sechs Monaten völlig ins Leere. Dies ergebe sich auch aus dem systematischen Zusammenhang mit § 23a Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EnWG, wonach die Genehmigungsfiktion nur dann nicht eingreife, wenn die Regulierungsbehörde dem Antragsteller den Hinderungsgrund vor Fristablauf unter Angabe der Gründe mitteile. Diese Voraussetzung gelte auch für alle anderen Hinderungsgründe. Die am 03.12.2007 erklärte Rücknahme des zweiten Antrags auf Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vom 31.01.2007 stehe der Genehmigungsfiktion nicht entgegen, da diese nur ex nunc wirke und ohnehin nur den Monat August 2007 betreffen könne.

Aus dem Beschluss des BGH vom 14.08.2008 (KVR 39/07) sei zu schließen, dass die Anordnung der Mehrerlössaldierung nur bei tatsächlich vereinnahmten Mehrerlösen rechtmäßig sei. Sie habe aber – unstreitig - erst ab dem 01.10.2007 Durchleitungskunden auf ihrem Gasverteilernetz gehabt. Auf die davor lediglich für den eigenen Vertrieb im integrierten Unternehmen erbrachten Netzleistungen lasse sich die BGH-Rechtsprechung zur Mehrerlössaldierung nicht übertragen, da sie in ihrer Funktion als Netzbetreiberin dem eigenen Vertrieb keine Netzentgelte berechnet habe und dieser daher auch keine (überhöhten) Netzentgelte gezahlt habe. Der bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch sei ausgeschlossen, da es an einem Netz-

nutzer mit einer Rechtspersönlichkeit fehle. Sie könne schon begrifflich keine Mehrerlöse von sich selbst erzielen.

Eine Saldierung der von der Sparte „Vertrieb“ fiktiv vereinnahmten Mehrerlöse komme auch nicht deshalb in Betracht, weil sie sich als rechtlich entflochten behandeln lassen müsse. Nach dem Zweck des § 6a EnWG (2003) und des § 23a Abs. 1 EnWG (2005), den Netzzugang der Durchleitungskunden und dessen Bedingungen zu regeln, könne eine Mehrerlössaldierung nur dann zum Tragen kommen, wenn die Entgelte gegenüber Durchleitungskunden überhöht gewesen seien, da nur insoweit der Gasnetzzugang gefährdet gewesen sei. Die Entgeltregulierung habe aber nicht den Zweck, überhöhte Entgelte gegenüber der Vertriebssparte des eigenen Unternehmens zu korrigieren. Dieses Ergebnis korrespondiere auch damit, dass allein dann, wenn von Durchleitungskunden überhöhte Netzentgelte vereinnahmt würden, diesen ein Schadensersatzanspruch nach § 32 EnWG zustehe und die Regulierungsbehörden die sekundäre Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG nur anordnen dürften, falls ein derartiger Schadenersatzanspruch nicht erhoben werde. Da ein Schadensersatzanspruch im integrierten Unternehmen an der Identität von Gläubiger und Schuldner scheitere, müsse auch die Vorteilsabschöpfung ausscheiden. Auch aus dem Sinn und Zweck der Entflechtungsvorschriften ergebe sich nichts anderes, da diese lediglich eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Durchleitungskunden verhindern und nicht etwa deren Privilegierung eröffnen sollten. Weder § 23 a Abs. 5 Satz 1 EnWG noch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schlossen aus, dass der Netzbetreiber die Mehrerlöse freiwillig an die Netznutzer ausschütte oder - wie vorliegend - den Netznutzern schon von vornherein ausschließlich die genehmigten Entgelte in Rechnung stelle. In dieser Situation seien bei dem Netzbetreiber keine Mehrerlöse mehr vorhanden. Dementsprechend dürfe die Landesregulierungsbehörde auch der Betroffenen gegenüber nicht zwangsweise Mehrerlöse abschöpfen, die ihr lediglich fiktiv gegenüber dem eigenen Vertrieb entstanden wären.

Da die Netzentgeltgenehmigung keine Auflage zur Mehrerlösabschöpfung enthalten habe, habe sie keinesfalls damit rechnen müssen, dass etwaige Mehrerlöse abgeschöpft werden würden, geschweige denn erst viele Jahre später in der ersten Regulierungsperiode der Anreizregulierung. Wenn der BGH Defizite in der Deckungsgleichheit zwischen Begünstigten und Belasteten vor dem Hintergrund des § 10 GasNEV/§ 11 StromNEV als hinnehmbar ansehe, sei die dort vorgesehene Saldie-

rung über die nächsten drei folgenden Geschäftsjahre zugleich die zeitliche Grenze, bis zu der eine fehlende Deckungsgleichheit noch hinnehmbar sei. Diese sei angesichts des Zeitraums von fünf bis elf Jahren zwischen der etwaigen „Vereinnahmung der Erlöse“ von dem eigenen Vertrieb und der Ausschüttung im Wege der Saldierung bei weitem überschritten.

Die Saldierung von preisbedingten Mehrerlösen sei im Rahmen der Festlegung von Erlösobergrenzen gar nicht mehr zulässig, da die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 1 ARegV lediglich auf die Saldierungsregelungen für mengenbedingte Mehr- und Mindererlöse verweise und nicht auf § 9 GasNEV/StromNEV, den der BGH in seinen Beschlüssen vom 14.08.2008 (z.B. KVR 39/07) als Rechtsgrundlage herangezogen habe. Der Landesregulierungsbehörde wäre eine Mehrerlösabschöpfung auf der Grundlage von § 9 GasNEV in der zweiten Entgeltgenehmigung vom 12.03.2008 auch durchaus möglich gewesen. Überdies passe auch die Rechtsfolge des § 10 GasNEV nicht für die von der gegnerischen Landesregulierungsbehörde tenorierte Mehrerlössaldierung, da dieser allein einen erlösseitigen Abgleich und nicht eine nachträgliche Korrektur der Kostenbasis vorsehe. Für eine analoge Anwendung des § 10 GasNEV fehle es offensichtlich bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Eine entsprechende Anwendung des § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV verstoße auch gegen das Analogieverbot in der Eingriffsverwaltung. Der Gesetzgeber müsse selbst Inhalt, Zweck und Ausmaß der Eingriffe festlegen. Da nach § 21a Abs. 1 Satz 1 EnWG ausdrücklich eine Abweichung von der Entgeltbildung gemäß § 21 Abs. 2 bis 4 EnWG vorgesehen sei, habe der Verordnungsgeber der ARegV auch gesetzlich davon absehen können, die vom BGH unter anderen Gesetzesvoraussetzungen entwickelte Analogie in das System der Anreizregulierung zu übernehmen. Mithin könne der Mangel an einer tragfähigen Grundlage in der ARegV nicht durch eine vermeintlich übergeordnete Rechtmäßigkeitserwägung überbrückt werden.

Hilfsweise berufe sie sich darauf, dass die Mehrerlössaldierung für Mehrerlöse aus dem Jahr 2006 verspätet und für Mehrerlöse aus dem Jahr 2007 nur noch in Höhe von 1/3 zulässig sei. Gemäß § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV seien Mehrerlöse entsprechend § 10 GasNEV in der ersten Periode der Anreizregulierung auszugleichen und zwar binnen der drei folgenden Geschäftsjahre (§ 2 Nr. 2 GasNEV). Mehrerlöse aus dem Jahr 2006 hätten daher zu 1/3 im Rahmen der zweiten Netzentgeltgenehmigung und 2/3 der Mehrerlöse in den Jahren 2009 und 2010 verrechnet werden müssen.

Eine Saldierung der Mehrerlöse aus dem Jahr 2006 sei demnach ab dem Jahr 2011 verspätet. Mehrerlöse aus dem Jahr 2007 seien hingegen in den Jahren 2009 bis 2011 zu verrechnen. Da die gegnerische Landesregulierungsbehörde aber eine rechtzeitige Abschöpfung in den Jahren 2009 und 2010 versäumt habe, seien lediglich noch 1/3 der Mehrerlöse aus dem Jahr 2007 verrechenbar. Hierfür spreche im Ansatz auch der Beschluss des OLG Stuttgart vom 21.01.2010, Az. 202 EnWG 3/09.

Die Betroffene beantragt,

1.

den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.11.2010, Az.: 423-38-20/2.1, aufzuheben,

2.

hilfsweise: den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.11.2010, Az.: 423-38-20/2.1, aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu verpflichten, eine Neubescheidung mit Wirkung zum 01.01.2011 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen:

3.

die aufschiebende Wirkung der am 06.12.2010 eingelegten Beschwerde gegen den am 19.11.2010 ergangenen Bescheid der Landesregulierungsbehörde, Az. 423-38-20/2.1. anzuordnen.

Die Landesregulierungsbehörde hat mit Schriftsatz vom 10.12.2010 erklärt, die Vollziehung des angefochtenen Bescheids vom 19.11.2010 bis zur Entscheidung über den gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde auszusetzen.

Die Landesregulierungsbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Landesregulierungsbehörde ist der Ansicht, die Betroffene könne sich nicht auf eine fiktive Genehmigung ab dem 01.08.2006 berufen, da der Antrag unvollständig gewesen sei. Dafür spreche schon, dass sich die Betroffene bereits am 14.02.2010 zu einer Ergänzung veranlasst gesehen habe. Aufgrund ihres Hinweises im Schreiben vom 20.02.2006, dass die Genehmigungsfiktion erst mit dem Vorliegen vollständiger Unterlagen zu laufen beginne, habe ein schutzwürdiges Vertrauen der Betroffenen auf die Vollständigkeit der von ihr vorgelegten Unterlagen schon nicht entstehen können. In der weiteren Prüfung des Antrags habe sich seine Unvollständigkeit bestätigt, was schließlich – zugegebenermaßen spät – zu der Nachforderung von Unterlagen im E-Mail-Schreiben vom 14.08.2007 (Anlage Bf 6/Ast 6) geführt habe, um die Zahlen des Betriebsabrechnungsbogens nachvollziehen zu können. Insoweit seien die mit dem Antrag eingereichten Unterlagen unvollständig gewesen, da § 28 Abs. 1 Satz 3 GasNEV voraussetze, dass die dort bezeichneten Angaben einen sachkundigen Dritten in die Lage versetzen müsse, ohne weitere Informationen die Ermittlung der Netzentgelte vollständig nachzuvollziehen. Der sich aus den Anlagen Ag 3 bis Ag 6 ergebende weitere Verfahrensverlauf mache ebenfalls deutlich, dass von einer anfänglichen Vollständigkeit der Antragsunterlagen nicht ausgegangen werden könne. Tatsächlich sei es ohne Jahresabschluss ausgeschlossen, die mit dem Basisjahr 2004 erstellten Unterlagen sachgerecht zu prüfen. Denn nur mit diesem und einer vollständigen Überleitungsrechnung sei es möglich, die vom Netzbetreiber im Betriebsabrechnungsbogen eingetragenen Daten als weiteren Ausgangspunkt für die Kostenprüfung zu verifizieren. Auch habe sich bei den nachgeforderten Unterlagen gezeigt, dass bei den Daten für das Anlagevermögen (B2-Bogen) keine vollständigen Informationen vorgelegen hätten. Dies ergebe sich insbesondere aus der mit Schreiben der Betroffenen vom 02.10.2007 (Anlage Ag4) übersandten CD zur Netzhistorie (Anlage Ag 7).

Die Mehrerlösabschöpfung müsse auch bei der Betroffenen als vertikal integriertem Unternehmen erfolgen. Die Entgeltregulierung habe den Zweck, überhöhte Entgelte gegenüber allen Energievertrieben zu korrigieren. Insofern sei die Betroffene fingiert als entflochten zu betrachten, weshalb erzielte Mehrerlöse auch insoweit abgeschöpft würden, als sie gegenüber dem eigenen Vertrieb erzielt worden seien. Hierdurch komme es nicht zu einer Begünstigung der dritten Durchleitungskunden, da die

Absenkung der Netzentgelte durch die Mehrerlösabschöpfung wiederum auch dem eigenen Vertrieb des Netzbetreibers zugutekomme. Unschädlich sei, dass die erteilte Netzentgeltgenehmigung vom 19.11.2007 keine Auflage zur Mehrerlösabschöpfung enthalten habe. Außerdem habe schon die am 19.01.2007 der Betroffenen für den Strombereich erteilte Netzentgeltgenehmigung den Hinweis enthalten, dass sie eine Mehrerlösabschöpfung durchführen werde, ohne dass daraus hätte geschlossen werden können, dass Entsprechendes im Gasbereich unterbleiben werde. Denn während dieser Zeit sei die Frage einer möglichen Abschöpfung zuviel erhobener Netzentgelte bereits Gegenstand intensiver Diskussionen in der Fachöffentlichkeit gewesen, die ein entsprechendes schutzwürdiges Vertrauen nicht hätten entstehen lassen können.

Ihre Vorgehensweise zur Mehrerlösabschöpfung stehe auch nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser habe die Mehrerlösabschöpfung als ein Mittel angesehen, ein materiell-rechtlich der Rechtslage entsprechendes Ergebnis (wieder-)herzustellen. Eine Aussage zur Ermächtigungsgrundlage für die die Mehrerlösabschöpfung anordnende Verfügungen der Regulierungsbehörden sei damit nicht verbunden gewesen. Lediglich in verfahrensrechtlicher Sicht habe der Bundesgerichtshof den Weg aufgezeigt, Mehrerlöse als sonstige Erträge i.S.v. § 9 StromNEV bzw. § 9 GasNEV zu betrachten und diese in der Art einer periodenübergreifenden Saldierung nach § 11 StromNEV bzw. § 10 GasNEV entgeltmindernd in Ansatz zu bringen, unabhängig davon, ob diese Regelung nur mengenbedingte Mehrerlöse erfassen soll oder auch preisbedingte. § 9 GasNEV/StromNEV gelte über die Verweisung in § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV in der Anreizregulierung durchaus noch fort.

Die Mehrerlösabschöpfung sei auch nicht verspätet. Gegen die Auffassung der Betroffenen, etwaige Mehrerlöse müssten entsprechend § 10 GasNEV innerhalb der nächsten drei Kalkulationsperioden verrechnet werden, spreche, dass diese Vorschrift nach § 32 Abs. 4 GasNEV nicht mehr anzuwenden sei, sobald die Netzentgelte im Wege der Anreizregulierung bestimmt würden. Ferner sehe die Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV, die für die Mehrerlösabschöpfung nur entsprechend gelten könne, einen Ausgleich von Mehr- und Mindererlösen aus der Periodenübergreifenden Saldierung über die erste Regulierungsperiode verteilt vor. Vor dem Hintergrund, dass das X.-Verfahren noch beim Bundesverfassungsgericht an-

hängig gewesen sei, zahlreiche Netzbetreiber außerdem darum gebeten hätten, das Jahr 2009 nicht auch noch mit der Mehrerlösabschöpfung zu befrachten, habe sie, die Landesregulierungsbehörde, sich entschlossen, die Mehrerlösabschöpfung erst 2010 durchzuführen. Da dafür nur noch zwei Jahre zur Verfügung gestanden hätten, sei auf Wunsch der Netzbetreiber, darunter auch die Betroffene, zugelassen worden, Mehrerlöse auch noch in die zweite Regulierungsperiode zu verteilen.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung könne keinen Erfolg haben, weil sich derzeit keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Aufhebung der Verfügung im Hauptsacheverfahren ergebe. Darüber hinaus bestehe auch kein Bedürfnis dafür, die Betroffene vor der Vollziehung einer aus ihrer Sicht rechtswidrigen Verfügung zu schützen, da wegen der Korrigierbarkeit einer möglicherweise zu Unrecht erfolgten Berücksichtigung der Mehrerlösabschöpfung keine vollendeten Tatsachen geschaffen würden.

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung sei mangels Vortrags der Betroffenen zum Vorliegen der Voraussetzungen bereits unzulässig. Es bestünden in Anbetracht der Tatsache, dass sowohl das OLG Stuttgart als auch das OLG München vergleichbare Bescheide zur Mehrerlösabschöpfung für rechtmäßig befunden hätten, auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Mehrerlösabschöpfung. Mangels entsprechenden Vortrags der Betroffenen sei zudem nicht ersichtlich, dass eine unbillige Härte in der Form bestehe, dass es ihr unzumutbar sei, das Hauptsacheverfahren abzuwarten. Die Landesregulierungsbehörde habe zu Recht § 10 GasNEV i.V.m. § 34 Abs. 1 ARegV als Rechtsgrundlage zur Abschöpfung von Mehrerlösen im Anreizregulierungssystem herangezogen. Die Umsetzung der im August 2008 ergangenen X.-Entscheidung des BGH zur Mehrerlösabschöpfung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 StromNEV/GasNEV sei wegen des Systemwechsels zur Anreizregulierung zum 01.01.2009 nicht mehr möglich gewesen, da die zweite und letzte Entgeltgenehmigungsrunde bereits abgeschlossen gewesen seien. Aus diesem Grunde hätten die Mehrerlöse wegen § 6 Abs. 2 ARegV, der auf das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Entgeltgenehmigung abstelle, auch nicht kostenmindernd im Ausgangsniveau berücksichtigt werden können. Deswegen sei auf die materiell-rechtliche Rechtsgrundlage des § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV in analoger Anwen-

dung abzustellen. Zwar beziehe sich § 10 GasNEV nur auf reine Mengenabweichungen. Insoweit liege aber eine Regelungslücke vor, die aus der Diskrepanz zwischen der materiell-rechtlichen Geltung der Entgeltmaßstäbe der GasNEV ab dem 30.01.2006 auf der einen Seite und dem bloß vorübergehenden Recht, die alten Entgelte zwar beizubehalten, nicht aber endgültig behalten zu dürfen, resultiere. Die analoge Anwendung der Vorschriften über die periodenübergreifenden Saldierung komme der höchstrichterlichen Vorgabe einer periodenübergreifenden in die Zukunft gerichteten Abrechnung im neuen Anreizregulierungssystem am nächsten. Die Rechtsprechung des BGH zur Mehrerlösabschöpfung finde auch auf integrierte Unternehmen Anwendung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Landesregulierungsbehörde, den Hinweisbeschluss vom 28.02.2011 sowie auf das Protokoll der Senatsitzung vom 02.03.2011 verwiesen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen (I.) sowie der zulässige Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung (II.) haben in der Sache teilweise Erfolg.

I.

1. Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist als Anfechtungsbeschwerde grundsätzlich zulässig (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 2 EnWG). Da vorliegend jedoch entgegen der von der Betroffenen gestellten Hauptantrag nur eine Teilaufhebung des angegriffenen Bescheids in Betracht kommt, greift der hilfsweise gestellte Bescheidungsantrag der Betroffenen. Zwar liegen die Voraussetzungen für eine Verpflichtungsbeschwerde und damit auch für eine Bescheidungsbeschwerde analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO nicht vor. Der Hilfsantrag der Betroffenen ist jedoch dahingehend auszulegen, dass die Betroffene nicht lediglich eine Teilaufhebung, sondern eine Änderung des Bescheids entsprechend § 113 Abs.

2 Satz 2 VwGO begehrt, da die Landesregulierungsbehörde den Mehrerlösbetrag für den Zeitraum 30.01.2006 bis 31.07.2006 zunächst noch ermitteln muss.

2. In der Sache hat die Beschwerde nur teilweise Erfolg. Die Anordnung der Mehrerlössaldierung ist grundsätzlich rechtmäßig, allerdings nur für den Zeitraum vom 30.01.2006 bis zum 31.07.2006.

2.1 Die Landesregulierungsbehörde hat die Anordnung der Berücksichtigung der Mehrerlöse, die dadurch entstanden sind, dass die Erlöse der Betroffenen in der Zeit ab Antragstellung bis zur Geltung der ersten Netzentgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG nicht den materiellen Entgeltmaßstäben der GasNEV entsprochen haben, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mehrerlösabschöpfung (Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07) auf § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV analog gestützt. Diese Vorgehensweise ist nicht zu beanstanden.

2.1.1. Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsgrund für eine Mehrerlösabschöpfung darin gesehen, dass die Netzbetreiber nach §§ 21, 23a Abs. 5 EnWG und § 32 Abs. 2 StromNEV spätestens ab dem für sie maßgeblichen Zeitpunkt nach § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG a.F. – in dem vom BGH entschiedenen Fall eines Elektrizitätsübertragungsnetzbetreibers ab dem 29.10.2005 – verpflichtet waren, ihre Netzentgelte auf der Grundlage der StromNEV zu bestimmen. § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, wonach bis zur Entscheidung über den neuen Genehmigungsantrag die bis dahin genehmigten Entgelte beibehalten werden können, lasse sich nicht entnehmen, dass der Netzbetreiber die bis zur Entscheidung über den Antrag vereinnahmten Entgelte auch insoweit endgültig behalten dürfe, als sie über die entsprechend den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung genehmigten Höchstpreise hinausgingen. Dies folge schon aus der Normsystematik. Regelungsgegenstand des § 23a Abs. 5 Satz 2 EnWG sei es, die Rechtsbeziehungen zwischen Netzbetreibern und Netznutzern für die Übergangszeit zwischen Antragstellung und Genehmigung auf eine sichere Grundlage und außer Streit zu stellen. Angesichts dessen würde es jedoch einen systematischen Bruch bedeuten, wolle man Satz 1 der Norm so verstehen, dass nicht nur eine vorübergehende Regelung, sondern ein endgültiges Behaltendürfen begründet werden solle. Zudem käme in diesem Fall der Rechtzeitigkeit der Antragstellung eine Bedeutung zu, die ihr nach wertender Betrachtung nicht zukommen

dürfe. Auch der Wortlaut des § 23 a Abs. 5 Satz 1 EnWG spreche gegen ein Behaltendürfen. Ferner käme der Norm des § 32 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, wonach Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen ihre Netzentgelte spätestens ab dem für sie maßgeblichen Zeitpunkt nach § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG auf der Grundlage der StromNEV zu bestimmen haben, bei einer gegenteiligen Auslegung kein nennenswerter Anwendungsbereich mehr zu und die enthaltene Verpflichtung der Entgeltgestaltung hätte lediglich Appellcharakter. Da § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG eine Rückabwicklung des Mehrerlöses in der Beziehung zu den Netznutzern ausschliesse, habe der erforderliche Ausgleich dadurch zu geschehen, dass die Mehrerlöse entsprechend § 9 StromNEV behandelt und periodenübergreifend in der nächsten Genehmigungsperiode entgeltmindernd in Ansatz gebracht würden. Dies könne zwar im Einzelfall zu Ungleichgewichten führen, weil die Lieferbeziehungen zu den einzelnen Netznutzern nicht in demselben Umfang auch in der nächsten Planperiode fortbestehen müssten. Diese Unterschiede seien aber hinzunehmen, insoweit unterscheide sich die Fallgestaltung nicht maßgeblich von anderen Abweichungen, die nach § 11 StromNEV periodenübergreifend auszugleichen seien.

2.1.2. Die vom Bundesgerichtshof getroffenen Erwägungen gelten grundsätzlich auch im System der Anreizregulierung fort (OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, 202 EnWG 3/09, S. 25ff; OLG München, Beschluss vom 25.11.2010, Kart 17/09, S. 31). Der Übergang von der kostenbasierten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG zur Anreizregulierung vermag nichts daran zu ändern, dass die von den Netzbetreibern in der Übergangsphase zwischen Antragstellung und erster Netzentgeltgenehmigung durch die Beibehaltung der bisherigen Netzentgelte erzielten Mehrerlöse nicht im Einklang mit der GasNEV/StromNEV erzielt worden sind und diesen daher auch nicht dauerhaft verbleiben dürfen. Dies ergibt sich nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofs aus §§ 21, 23a Abs. 5, 118 Abs. 1b EnWG a.F. und § 32 Abs. 2 StromNEV/GasNEV. Der Systemwechsel zur Anreizregulierung hat auch nichts daran geändert, dass der Ausgleich des entstandenen rechtsgrundlosen Mehrerlöses, den der Netzbetreiber nicht behalten darf, nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs periodenübergreifend zu erfolgen hat. Allerdings ist der vom Bundesgerichtshof aufgezeigte Weg, die Mehrerlöse wie sonstige Erlöse zu behandeln und entsprechend der Regelung des § 9 GasNEV/StromNEV sowie ergänzend nach § 10 GasNEV/§ 11 StromNEV in der nächsten Genehmigungsperiode entgelt-

mindernd in Ansatz zu bringen, im System der Anreizregulierung nicht mehr uneingeschränkt gangbar. Denn unter der ARegV werden Netzentgelte der einzelnen Netzbetreiber nicht mehr genehmigt, sondern die Regulierungsbehörde bestimmt individuell für jedes Jahr einer Regulierungsperiode eine Erlösobergrenze für den einzelnen Netzbetreiber. Die Mehrerlösabschöpfung ist jedoch in der Anreizregulierung nach § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV möglich und zulässig. Im Einzelnen gilt folgendes:

2.1.2.1. Grundsätzlich ist die vom Bundesgerichtshof entsprechend angewandte Vorschrift des § 9 StromNEV/GasNEV auch unter dem Regime der ARegV weiterhin anwendbar. Nach § 6 Abs. 1 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der GasNEV/StromNEV, wozu auch § 9 GasNEV/StromNEV gehört. Für die erste Regulierungsperiode bestimmt § 6 Abs. 2 ARegV jedoch abweichend, dass für das Ausgangsniveau auf das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung abzustellen ist. Dies ist vorliegend die zweite Netzentgeltgenehmigung aus dem Jahr 2008, welche auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 beruht und die erzielten Mehrerlöse im Hinblick auf die erst später ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade nicht berücksichtigt. Frühestens möglich wäre eine analoge Anwendung des § 9 StromNEV daher in der zweiten Regulierungsperiode ab 2013 (Gas) bzw. 2014 (Strom). Dies wiederum bedeutete einen erheblichen Zeitversatz zwischen der Vereinnahmung der Mehrerlöse in den Jahren 2006/2007 und ihrer Abschöpfung, welcher mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Einklang stünde. Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs sind die Mehrerlöse periodenübergreifend „in der nächsten Genehmigungsperiode“ (BGH a.a.O., S. 11) bzw. „in der nächsten Kalkulationsperiode“ (BGH a.a.O., S.12) in Ansatz zu bringen.

2.1.2.2. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, für die Mehrerlösabschöpfung auf die §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV analog abzustellen. Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der die Mehrerlösabschöpfung ebenfalls zumindest ergänzend auf § 11 StromNEV analog gestützt hat (a.A. Missling in Danner/Theobald, Energierecht, Losebl., Stand August 2009, EnWG I § 23a RN 200). Dies ergibt sich daraus, dass der Bundesgerichtshof auf eine perio-

denübergreifende Abrechnung abgestellt hat (BGH, a.a.O., S. 10, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 27/07, S. 14; Beschluss vom 21.07.2009, EnVR 12/08 – juris RN 8) und nur §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV eine periodenübergreifende Abrechnung ermöglichen. § 9 GasNEV/StromNEV sieht hingegen die Berücksichtigung von Erlösen aus der Kalkulationsperiode, die der Genehmigung zugrunde liegt, vor. Dies ergibt sich schon aus §§ 9 Abs. 1 Satz 1 GasNEV/StromNEV, wonach die Erlöse der netzbezogenen Gewinn- und Verlustrechnung zu entnehmen sind. Nach §§ 4 Abs. 2, 3 GasNEV/StromNEV ist dies die Gewinn- und Verlustrechnung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres. Dies folgt auch aus den § 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV/§ 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV, wonach die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte auf der Basis der Daten des abgelaufenen Geschäftsjahres erfolgt, wobei gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr berücksichtigt werden können. Der Mehrerlös, der vor der ersten Entgeltgenehmigung vom 19.11.2007 erzielt worden ist, hat seine Grundlage in der Kalkulationsperiode, die der Genehmigung zugrunde liegt (vgl. BGH, a.a.O., S. 13, RN 30). Bei unmittelbarer Anwendung der §§ 9 GasNEV/StromNEV hätten die Mehrerlöse daher schon in der ersten Entgeltgenehmigung berücksichtigt werden müssen. Davon, dass der Bundesgerichtshof die Mehrerlösabschöpfung nicht nur auf § 9 StromNEV, sondern auch auf § 11 StromNEV gestützt hat, ist auch das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 21.12.2009, 1 BvR 2738/08, S. 12, 13, 14, 15) ausgegangen.

Zwar sind §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV mit Beginn der Anreizregulierung nicht mehr anwendbar (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 74 zu § 34). Für ab dem 1. Januar 2009 entstehende Abweichungen zwischen den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlösen sowie bei den Differenzen zwischen den für das Kalenderjahr tatsächlich entstandenen Kosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 8 ARegV und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Ansätzen ist nunmehr der Ausgleich über das Regulierungskonto (§ 5 ARegV) vorgesehen. § 34 Abs. 1 ARegV enthält aber für „Altfälle“ eine Übergangsvorschrift. Danach werden Mehr- oder Mindererlöse nach § 10 GasNEV oder § 11 StromNEV, die vor Beginn der ersten Anreizregulierungsperiode angefallen und noch nicht ausgeglichen sind, in der ersten Regulierungsperiode als – dauerhaft nicht beeinflussbare - Kosten oder Erlöse nach § 11 Abs. 2 ARegV behandelt und entsprechend §§ 10 GasNEV, 11

StromNEV über die erste Regulierungsperiode verteilt ausgeglichen. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 1 ARegV erfasst zwar unmittelbar nur mengenbedingte Abweichungen, die im Zeitraum zwischen dem Wirksamwerden der ersten Netzentgeltgenehmigungen und dem 31.12.2008 angefallen und noch nicht ausgeglichen sind (Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, Losebl., Stand Juni 2008, EnPR III § 34 RN 18) . Dies folgt aus dem mit der Saldierung nach §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV verfolgten Zweck, den für den Netzbetreiber bestehenden Anreiz, die Prognosemenge systematisch zu unterschätzen, dadurch auszuschalten, dass prognosebedingte Fehleinschätzungen der Absatzmengen nachträglich - zu Gunsten oder zu Lasten des Netzbetreibers - korrigiert werden (BR-Drs. 247/05, S. 31 zu § 10 GasNEV, BR-Drs. 245/05, S.37 zu § 11 StromNEV). Die abzuschöpfenden Mehrerlöse aus dem Übergangszeitraum vor der ersten Netzentgeltgenehmigung beziehen sich demgegenüber darauf, dass der Netzbetreiber im Übergangszeitraum vor Eingreifen der Netzentgeltgenehmigungen nach § 23 a EnWG höhere als die nach den materiellen Entgeltmaßstäben zulässigen Entgelte erhoben hat. Insoweit ist § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV/§ 11 StromNEV jedoch für die Mehrerlösabschöpfung analog anzuwenden.

2.1.2.3. Ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG ist nicht gegeben (a.A. Chatzinerantzis in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 70 RN 35, 39; Missling in Danner/Theobald, a.a.O., EnWG I B 1 § 23a RN 200). So hat das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 21.12.2009, 1 BvR 2738/08) schon die analoge Anwendung der §§ 9, 11 StromNEV für die Mehrerlösabschöpfung für zulässig gehalten und einen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes verneint. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes kein Verbot für den Richter folge, gegebenenfalls vorhandene gesetzliche Lücken im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu schließen. Indem der Bundesgerichtshof insbesondere den §§ 21, 23a Abs. 5 EnWG und § 32 Abs. 2 StromNEV entnehme, dass die Netzbetreiber auch im Übergangszeitraum an die materiellen Entgeltgrundsätze des § 21 EnWG gebunden seien und darüber hinausgehende Mehrerlöse nach §§ 9, 11 StromNEV zu saldieren hätten, habe der Bundesgerichtshof einen rechtlichen Ansatz entwickelt, der im Energiewirtschaftsgesetz angelegt sei.(vgl. BVerfG a.a.O., S. 11ff). Die analoge Anwendung des § 34 Abs. 1 ARegV zur Abschöpfung der Mehrerlöse

aus der Übergangszeit vor der Geltung der Netzentgeltgenehmigungen ist auch vorliegend gerechtfertigt.

Da die Anreizregulierungsverordnung im allgemeinen und die Überleitungsvorschrift des § 34 ARegV im besonderen eine ausdrückliche Regelung für die Behandlung der hier streitgegenständlichen Mehrerlöse nicht vorsieht, die Mehrerlöse aber nicht beim Netzbetreiber verbleiben dürfen, besteht eine planwidrige Regelungslücke (ebenso Zeidler RdE 2010, 122, 123). Für den Verordnungsgeber war bei Erlass der ARegV im Jahr 2007 nicht erkennbar, dass es einer entsprechenden Übergangsregelung bedurfte, da die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst danach im Jahr 2008 ergangen und erst Ende 2009 vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden ist. Dass er eine entsprechende Ergänzung bei der letzten Änderung der ARegV vom 03.09.2010 nicht vorgenommen hat, lässt nicht zwingend den Schluss auf das Fehlen einer Regelungslücke zu, sondern kann auch darin begründet gewesen sein, dass die überwiegende Zahl der Netzbetreiber sich dem vereinfachten Mehrerlösverfahren angeschlossen haben (vgl. Weyer in: Baur/ Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 82 RN 28) und infolgedessen die ohnehin nur für einen Übergangszeitraum bestehende Problematik in der Praxis zunehmend an Relevanz verloren hat. Eine Regelungslücke kann auch nicht mit Blick auf §§ 30, 32 EnWG verneint werden. Die in § 30 EnWG vorgesehene Vorteilsabschöpfung stellt keine Alternative für die Mehrerlösabschöpfung dar (Litpher/Richter, BerIKommEnR, 2. Aufl., § 23a EnWG RN 45; Zeidler, a.a.O. S. 123; Jacob RdE 2009, 42, 46). Zum einen setzt diese ein Verschulden voraus, zum anderen erfolgt die Abschöpfung des vorschriftswidrig erlangten Vorteils durch die Zahlung des entsprechenden Betrags an die Staatskasse. Letzteres ist aber mit dem vom Bundesgerichtshof aufgezeigten Weg eines periodenübergreifenden Ausgleichs zugunsten der Netznutzer nicht vereinbar (Zeidler, a.a.O., S. 123). Auch eine Abstellungsverfügung gemäß § 30 Abs. 2 Satz 1 EnWG oder eine Anordnungsverfügung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 EnWG kommt nicht in Betracht (a.A. Missling in Danner/Theobald, a.a.O., EnWG I § 23a RN 204; Zeidler, a.a.O., S. 124; Jacob, a.a.O., S. 46). Danach kann die Regulierungsbehörde einem Betreiber von Energieversorgungsnetzen, der seine Marktstellung missbräuchlich ausnutzt, verpflichten, eine Zuwiderhandlung abzustellen und ihm alle dazu erforderlichen Maßnahmen aufgeben. Insbesondere kann sie Änderungen verlangen, soweit die gebildeten Entgelte von den hierfür bestehenden gesetzlichen Vor-

gaben abweichen. Wie schon der Wortlaut „soweit die... Entgelte...abweichen“ impliziert, setzt eine solche Maßnahme eine gegenwärtige Zuwiderhandlung voraus. Ist das missbräuchliche Verhalten des Netzbetreibers – wie vorliegend - beendet, kommt eine Anwendung des § 30 EnWG nicht in Betracht (Schütte in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, a.a.O., Kap.94 RN 51). Schließlich steht der Annahme einer Regelungslücke auch nicht entgegen, dass die Landesregulierungsbehörde die Mehrerlösabschöpfung nicht schon im zweiten Genehmigungsbescheid vom 12.03.2008 für den Zeitraum 01.04. bis 31.12.2008 durchgeführt hat. Zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung hatte der Senat (Beschluss vom 09.05.2007, Az. VI-3 Kart 289/06 (V)) in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (KVR 39/07) zugrunde liegenden Fall die Rechtmäßigkeit der Mehrerlösaufgabe verneint. Vor diesem Hintergrund war es interessengerecht und sinnvoll, dass die Landesregulierungsbehörde von der Anordnung der Mehrerlösabschöpfung zunächst absah und die Klärung der Rechtsfrage durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs abwartete, um die Netzbetreiber nicht möglicherweise unnötig in die Beschwerde zu zwingen.

Darüber hinaus besteht auch eine vergleichbare Interessenlage zum periodenübergreifenden Ausgleich von Mehr- bzw. Mindererlösen aufgrund von Mengenabweichungen. Beide beziehen sich auf Erlösdifferenzen – die Mehrerlösabschöpfung auf preisbedingte Erlösabweichungen - und werden zukunftsgerichtet über die Netzentgelte an die Netznutzer ausgekehrt (Zeidler, a.a.O., S.124; Ortlieb, N & R 2006, 145, 148). Wie bereits ausgeführt, hat auch der Bundesgerichtshof die Mehrerlösabschöpfung ergänzend auf eine entsprechende Anwendung des § 11 StromNEV gestützt.

2.1.2.4. Der Zulässigkeit der Mehrerlössaldierung in der Anreizregulierung steht vorliegend auch nicht die infolge des Zeitablaufs eingeschränkte Deckungsgleichheit zwischen Begünstigten und Belasteten entgegen. Der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, S. 11, RN 23) hat dazu ausgeführt, dass die Unterschiede in der Netznutzerstruktur hinzunehmen seien und sich der Fall der Mehrerlössaldierung nicht von anderen Abweichungen, die nach § 11 StromNEV (§ 10 GasNEV) periodenübergreifend auszugleichen seien, unterscheiden. Unvermeidliche Defizite in der Deckungsgleichheit von Belasteten und Begünstigten habe der Verordnungsgeber durch die Regelungen in §§ 9, 11 StromNEV in Kauf genommen. Dass der Bundesgerichtshof damit gleichzeitig bestimmen wollte, dass der perioden-

übergreifende Ausgleich der Mehrererlöse binnen der in § 10 Satz 4 GasNEV/§ 11 Satz 4 StromNEV vorgesehenen drei Jahre abgewickelt sein muss, lässt sich seinen Ausführungen nicht entnehmen. Zumindest hat der Verordnungsgeber der ARegV durch die Übergangsregelung in § 34 ARegV eine längere Ausgleichsperiode bestimmt. Nach § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV erfolgt der Ausgleich der (mengenbedingten) Mehr- oder Mindererlöse entsprechend § 10 GasNEV, § 11 StromNEV über die erste Regulierungsperiode verteilt. Je nachdem, wann die erste Netzentgeltgenehmigung erteilt wurde, beispielsweise noch im Jahr 2006, ergibt sich zwischen der Vereinbarung der Mehrererlöse und deren Berücksichtigung bei den Erlösobergrenzen ein längerer Zeitraum als drei Jahre, unabhängig davon, ob man von einer Abschöpfungsphase von drei Jahren oder einer solchen über die gesamte Regulierungsperiode ausgeht (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 2.3.) oder ob sich § 34 Abs. 1 ARegV, wie die Betroffene meint, nur auf den vorher nicht saldierten „Rest“ bezieht. Auch dieser wird in der Anreizregulierung über mehrere Jahre einer Regulierungsperiode saldiert.

2.1.2.5. Die Mehrerlösabschöpfung ist auch nicht aufgrund einer internen Ausgleichsmöglichkeit der Betroffenen ausgeschlossen. Der Einwand der Betroffenen, die Mehrerlösabschöpfung komme nur als ultima ratio in Betracht und schließe die Möglichkeit einer individuellen Rückabwicklung nicht aus, geht fehl. Für eine individuelle Rückabwicklung im Verhältnis zwischen Netzbetreibern und Netznutzern ist nach dem Willen des Gesetzgebers kein Raum. Insofern schließt § 23 a Abs. 5 Satz 1 EnWG die individuelle Rückabwicklung aus. Die Vorschrift regelt das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer, indem es die Netzbetreiber berechtigt, den Netznutzern gegenüber die bisherigen Netzentgelte in Ansatz zu bringen. Aus diesem Grund hat die Rückabwicklung zwingend durch einen periodenübergreifenden Ausgleich zu erfolgen. (BGH, Beschlüsse vom 14.08.2008, KVR 39/07, RN 21; KVR 27/07, RN 33; Beschluss vom 21.07.2009, EnVR 12/08, juris RN 8; Zeidler, a.a.O. S. 126; a.A. Jacob a.a.O., S. 47; Schlack/Boos, ZNER 2008, 323, 324).

2.1.3. Dass sich die Landesregulierungsbehörde die Mehrerlösabschöpfung nicht im Genehmigungsbescheid vom 19.11.2007 vorbehalten hat, ist unerheblich. Auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes kann die Betroffene sich in diesem Zusammenhang nicht berufen. Da die Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes und der Gasnetzentgeltverordnung/Stromnetzentgeltverordnung zum Zeitpunkt der Mehrerer-

löseinnahmen bereits galten, hätte die Betroffene wissen können, dass ihre zunächst nach altem Recht weiter berechneten Entgelte letztlich keine Bestand haben würden. Insoweit konnte sie auch nicht davon ausgehen, dass sie die höheren, nach altem Recht ermittelten Entgelte würde behalten dürfen (BGH, a.a.O., S. 11 RN 24 – X.; BVerfG a.a.O., S. 19; OLG Stuttgart, a.a.O. S. 26; a.A.: Litpher/Richter in: BerlKommEnR, a.a.O. § 23a EnWG RN 49; vgl. dazu auch: Ruge N & R 2008, S. 211, 214). Etwas anderes gilt lediglich bezüglich der ab dem 01.08.2006 und 01.08.2007 entsprechend ihrer Entgeltanträge vereinnahmten Entgelte, da diesbezüglich zu ihren Gunsten die Genehmigungsfiktion nach § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG eingreift. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 2.2. verwiesen.

2.1.4. Der Einwand der Betroffenen, bei ihr könnten schon deswegen keine Mehrerlöse entstanden sein, weil sie als vertikal integriertes Unternehmen zum maßgeblichen Zeitpunkt keine Durchleitungskunden gehabt habe, geht ebenfalls fehl. Insofern ist die Betroffene bei der Kalkulation der Netzentgelte fingiert als entflochten zu behandeln. Denn auch der verbundene Vertrieb hat, ebenso wie jeder andere Netznutzer, Anspruch auf eine NEV-konforme Preisbildung (ebenso Jacob, RdE 2009, 42, 45). Die §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichten vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu einer diskriminierungsfreien Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebes. Dies beinhaltet nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 EnWG auch das Verbot, ungünstigere Entgelte zu fordern. Dass die Betroffene in ihrer Funktion als Netzbetreiberin die Mehrerlöse gemäß § 10 Abs. 3 EnWG nur buchhalterisch und damit fiktiv ihrem Vertrieb in Rechnung gestellt hat, rechtfertigt keine andere Bewertung. Die Mehrerlöse sind ihr jedenfalls dadurch tatsächlich zugeflossen, dass ihr Vertrieb das unberechtigte Netzentgelt als Bestandteil des Strompreises weitergegeben hat (OLG Stuttgart, a.a.O., S. 26). Auch dies führt zu Wettbewerbsverzerrungen, die durch die Entgeltbildung nach dem EnWG und den NEVen gerade verhindert werden sollen. Hinzu kommt, dass überhöhte Entgelte innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens geeignet sind, auch potentielle dritte Wettbewerber „abzuschrecken“ und so zu diskriminieren. Die Berücksichtigung der Mehrerlöse bei den Erlösobergrenzen kommt schließlich auch der Vertriebspartei der Betroffenen zugute. Dass zusätzlich auch andere Netznutzer an der Abschöpfung partizipieren, ist

unvermeidliche Folge der periodenübergreifenden Abrechnung und – wie bereits ausgeführt – hinzunehmen.

2.2. Für den Zeitraum der Mehrerlösabschöpfung ist die Übergangsphase zwischen dem ersten Genehmigungsantrag und der ersten Entgeltgenehmigung maßgeblich. Der Antrag der Betroffenen auf Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang vom 28.01.2006 ist am 30.01.2006 bei der Landesregulierungsbehörde eingegangen. Die erste Netzentgeltgenehmigung ist am 19.11.2007 mit Wirkung ab dem 01.09.2007 ergangen. Mit der Rückwirkung hat sich die Betroffene ausweislich des Gesprächs- bzw. Ergebnisprotokolls vom 19.09.2007 (Anlage Ag 3, S. 2) einverstanden erklärt, so dass diese zulässig war (vgl. BGH Beschluss vom 21.07.2009, EnVR 12/08 juris RN 8f). Die Betroffene kann sich jedoch für den Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 31.08.2007 auf die Genehmigungsfiktion gemäß § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG berufen. Maßgeblicher Zeitraum für die Mehrerlösabschöpfung ist daher nicht der von der Landesregulierungsbehörde im angegriffenen Bescheid zugrunde gelegte Zeitraum vom 30.01.2006 bis zum 31.08.2007, sondern vom 30.01.2006 bis zum 31.07.2006. Die Landesregulierungsbehörde hat daher den Mehrerlösbetrag für diesen Zeitraum neu zu berechnen.

2.2.1. Die Genehmigungsfiktion gemäß § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG setzt voraus, dass die Regulierungsbehörde innerhalb von sechs Monaten nach Vorliegen der „vollständigen Unterlagen nach Absatz 3“ keine Entscheidung getroffen hat. Zugunsten des Antragstellers wird eine Genehmigung mit der Folge fingiert, dass die beantragten Entgelte unter dem Vorbehalt des Widerrufs für einen Zeitraum von einem Jahr als bewilligt gelten. Sinn und Zweck der Genehmigungsfiktion ist es, einen Ausgleich zu finden zwischen einem hinreichenden Prüfungszeitraum für die Regulierungsbehörde und dem Bedürfnis des Netzbetreibers nach Planungs- und Rechtssicherheit. (Chatzinerantzis in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, a.a.O., Kap 70 RN 16; Litpher/Richter in: BerlKommEnR, a.a.O. § 23 a EnWG RN 51; Missling in: Danner/Theobald, a.a.O. EnWG I B 1 § 23a RN 154). Unerlässliche Voraussetzung für den Eintritt der Genehmigungsfiktion ist nach dem Wortlaut des § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG die Vollständigkeit der Unterlagen. „Unterlagen nach Absatz 3“ sind „die für eine Prüfung erforderlichen Unterlagen“ (s. § 23a Abs. 3 S.2 EnWG) Dazu gehören von Gesetzes wegen die Unterlagen gemäß § 23a Abs. 4 Satz 4 Nrn. 1 – 3 EnWG. Außerdem hat der Gesetzgeber das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und

die Regulierungsbehörden ermächtigt, zusätzliche Unterlagen von den Netzbetreibern zu fordern (§ 23a Abs. 3 Sätze 6, 7 EnWG). Für die Vollständigkeit der Unterlagen i.S.v. § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG ist insoweit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Antragstellung maßgebend. Ein ursprünglich allen Anforderungen genügender Antrag kann nicht dadurch „unvollständig“ werden, dass die Regulierungsbehörde bis dahin nicht geforderte Unterlagen nachverlangt, mag sie hierfür auch ein berechtigtes Informationsinteresse haben. (Senat, Beschluss vom 24.08.2006, VI-3 Kart 289/06 (V), S. 6 = ZNER 2006, 258ff), so dass der Eintritt der Genehmigungsfiktion durch die Nachforderung nicht verhindert werden kann (vgl. auch: Missling in: Danner/Theobald, a.a.O., EnWG I B 1 § 23a RN 161ff; Greinacher, Helmes, NVwZ 2008, 12, 14; Ruge IR 2007, 2, 5; ders. in N & R 2006 150, 151ff).

2.2.2. Nach diesen Voraussetzungen war der Antrag vom 28.01.2006 vollständig, so dass die Genehmigungsfiktion mit Wirkung ab dem 01.08.2006 bis zum 31.07.2007 eintrat. Insoweit hält der Senat nach der eingehenden Erörterung dieser Frage mit den Beteiligten im Senatstermin vom 02.03.2011 an der im Hinweisbeschluss vom 28.02.2011 vorläufig geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr fest. Zwar waren dem Antrag unstreitig kein Jahresabschluss für das dem Antrag zugrunde liegende Basisjahr 2004 sowie keine Überleitungsrechnung von der Gassparte auf die Bereiche Gasnetz und Vertrieb beigefügt. Nach der zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Rechtslage war jedoch nicht eindeutig, ob deren Vorlage von Gesetzes wegen zwingend erforderlich war. Nach § 23a Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 EnWG müssen die Unterlagen eine Gegenüberstellung der bisherigen Entgelte sowie der beantragten Entgelte und ihrer jeweiligen Kalkulation enthalten. Nach § 23a Abs. 3 Satz 4 Nr. 2. EnWG i.V.m. § 28 Abs. 1 GasNEV hat der Netzbetreiber einen Bericht über die Ermittlung der Netzentgelte zu erstellen, der u.a. nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 GasNEV die Kosten- und Erlöslage der abgeschlossenen Kalkulationsperiode darlegt, wobei die Angaben einen sachkundigen Dritten in die Lage versetzen müssen, ohne weitere Informationen die Ermittlung der Netzentgelte vollständig nachzuvollziehen. Diesen Anforderungen genügt der dem Entgeltantrag der Betroffenen vom 28.01.2006 als Anlage 1 beigefügte Bericht. Dort finden sich unter Ziffer 1 die Darlegung der Kosten und Erlöslage des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres. Insbesondere in der Tabelle 1 (S. 6 des Berichts) sowie in der Tabelle 5 (S. 14 des Berichts) sind die Kosten und Erlöse des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres sowie ihre Her-

kunft im Einzelnen aufgeführt. Die in der Tabelle 1 dargestellten Kosten beinhalten zwar auch die Kosten des Vertriebs, diese sind nach den Angaben der Betroffenen im Bericht jedoch nicht in der Kalkulation der Netzentgelte berücksichtigt und im Erhebungsbogen (Betriebsabrechnungsbogen) in der Spalte F gesondert ausgewiesen worden. Unter Ziffer 2. des Berichts sind die Daten der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung der Betroffenen (Gesamtunternehmen) sowie die Daten der handelsrechtlichen Spartenrechnung Gas aufgelistet. Dass neben der „Darlegung“ der Kosten- und Erlöslage zusätzlich auch die den Angaben zugrunde liegenden Unterlagen in Form des Jahresabschlusses und der Gewinn- und Verlustrechnung/Überleitungsrechnung der Gassparte beigefügt werden müssen, lässt sich dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 GasNEV nicht entnehmen. Der nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV zu erstellende Anhang sieht die Vorlage des Jahresabschlussberichts sowie der Gewinn- und Verlustrechnung oder Überleitungsrechnung für die Gassparte ebenfalls nicht vor. Die nunmehrige Nr. 5 des § 28 Abs. 1 Satz 2 GasNEV ist erst durch die Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts vom 03.09.2010 (BGBl. I Nr. 47, 1261, 1280) eingefügt worden. Dieser bezieht sich nur auf die Vorlage des vollständigen Prüfungsberichts des Wirtschaftsprüfers zum Jahresabschluss nebst allen zugehörigen Ergänzungsbänden und nicht auf den geprüften Jahresabschluss als solchen. Der Gesetzgeber hat dessen Vorlage vielmehr nach § 10 Abs. 5 EnWG vorausgesetzt (vgl. BR-Drs. 312/10 vom 09.07.2010 (Beschluss) S. 11f.). § 10 Abs. 5 EnWG enthält eine ausdrückliche Anordnung zur Vorlage des geprüften Jahresabschlusses nebst Gewinn- und Verlustrechnung. Nach der Überleitungsvorschrift des § 114 EnWG findet § 10 EnWG auf die Rechnungslegung und interne Buchführung erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG (2005) und damit ab dem 13.07.2005 Anwendung. Bis dahin waren die §§ 9 und 9a des EnWG (1998) weiter anzuwenden. Die Übergangsregelung war erforderlich, um die betroffenen Unternehmen nicht während eines laufenden Geschäftsjahres zur Umstellung ihres Rechnungswesens zu zwingen (BT-Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, S. 76). Für die Betroffene war § 10 EnWG daher erstmals für den Jahresabschluss des Geschäftsjahres 2006 relevant. Zwar bezieht sich die Überleitungsvorschrift des § 114 S. 1 EnWG ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nach nur auf die Buchführung und die Rechnungslegung und damit nicht auf die Vorlageverpflichtung in § 10 Abs. 5 EnWG. Allerdings knüpft § 10 Abs. 5 EnWG inhaltlich an die Vor-

gaben der vorhergehenden Absätze an. Auch die zeitliche Vorgabe, wonach der Auftraggeber der Prüfung des Jahresabschlusses zur unverzüglichen Übersendung einer Ausfertigung des geprüften Jahresabschlusses an die Regulierungsbehörde verpflichtet ist, legt nahe, dass sich § 10 Abs. 5 EnWG nicht auf den Jahresabschluss 2004 bezieht. § 9a EnWG (1998) sah für den Jahresabschluss lediglich eine Pflicht zur Offenlegung nach §§ 325 bis 329 HGB bzw. zur Bereitstellung zur Einsichtnahme in der Hauptverwaltung vor. Ferner waren integrierte Gasversorgungsunternehmen verpflichtet, in ihrer internen Buchführung jeweils ein von den Gashandels- und –vertriebsaktivitäten getrenntes Konto für die Bereiche Fernleitung, Verteilung, Speicherung sowie gegebenenfalls für Aktivitäten außerhalb des Erdgassektors zu führen und intern für jeden Bereich eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen. Eine Vorlagepflicht an die Regulierungsbehörde war nicht normiert. Nach §§ 3 Abs. 1 Satz 4, 4 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GasNEV ist Ausgangspunkt für die Ermittlung der Kosten und Netzentgelte die Gewinn- und Verlustrechnung für die Gasversorgung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres nach § 10 Abs. 3 EnWG bzw. bis zu deren erstmaligen Erstellung eine auf den Tätigkeitsbereich Gasfernleitung und Gasverteilung beschränkte und nach handelsrechtlichen Grundsätzen ermittelte Gewinn- und Verlustrechnung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres. Dies legt nahe, dass diese auch dem Netzentgeltantrag beigelegt werden müssen, um diesen nachvollziehen zu können. Allerdings heißt es im Wortlaut des § 4 GasNEV lediglich „ausgehend von...“ (Abs. 2 Satz 1 GasNEV) bzw. „...ist... zu Grunde zu legen“ (Abs. 3 Satz 1 GasNEV). Vor diesem Hintergrund war für die Betroffene nicht zweifelsfrei erkennbar, dass dem Entgeltantrag der Jahresabschluss 2004 sowie die Gewinn- und Verlustrechnung/Überleitungsrechnung für die jeweilige Sparte beizufügen war. Dafür spricht auch, dass nach dem Vortrag der Landesregulierungsbehörde im Senatstermin vom 02.03.2011, die meisten Netzbetreiber den Jahresabschluss - nebst Prüfbericht - dem Entgeltantrag nicht beigelegt hatten, sondern die Landesregulierungsbehörde diese nachfordern musste. Mit Blick auf den durch die Einführung der Ex-ante-Genehmigung nach § 23 a EnWG und der Regelung über die Genehmigungsfiktion nach § 23 a Abs. 4 Satz 2 EnWG verfolgten Zweck, mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen (BT-Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, S. 85f.), können diese Zweifel nicht zu Lasten der Netzbetreiber gehen.

Die weiteren angeforderten Unterlagen haben auf die Vollständigkeit des Antrags vom 28.01.2006 ebenfalls keinen Einfluss. Die im Schreiben vom 14.02.2006 nachgeforderten Angaben zur Konzessionsabgabe enthielten eine Klarstellung des Antrages selbst, nicht hingegen eine Vervollständigung der Unterlagen. Die nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV anzugebende Höhe der Konzessionsabgaben hatte die Betroffene ausweislich der Anlage Ast 3 (dort S. 32 des Berichts zur Netzentgeltkalkulation) schon im Antragszeitpunkt dargelegt. Der Betroffenen kann auch nicht angelastet werden, Informationen über etwaige Netzübernahmen und Grundstückswerte nicht vollständig vorgebracht zu haben, nachdem die Landesregulierungsbehörde diese in dem vorzulegenden Betriebsabrechnungsbogen des Netzbetriebs nicht abgefragt und damit die Angaben der Betroffenen in eine bestimmte Richtung gelenkt hat. Die nachgeforderten Daten zur Netzhistorie und die vorgenommenen Umbuchungen/Umgruppierungen bezogen sich nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Betroffenen auf ihren dritten Entgeltantrag vom 28.09.2007 und haben in der Netzentgeltgenehmigung vom 19.11.2007 keine Rolle gespielt. Die Vorlage des Prüfberichts, die die Landesregulierungsbehörde im Senatstermin vom 02.03.2011 als erforderlich angesehen hat, konnte von der Betroffenen ohnehin nicht gefordert werden. Eine entsprechende Verpflichtung des Netzbetreibers sieht § 28 Abs. 1 Nr. 5 GasNEV vor, der jedoch erst durch die Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts vom 03.09.2010 angefügt worden ist. Im Übrigen ist der Prüfbericht von der Landesregulierungsbehörde im Entgeltgenehmigungsverfahren von der Betroffenen auch nicht angefordert worden.

2.2.3. Aufgrund des zweiten Entgeltantrags der Betroffenen vom 31.01.2007 trat sodann ab dem 01.08.2007 erneut die Genehmigungsfiktion nach § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG ein. Dem Antrag lagen die Daten des Geschäftsjahres 2005 zugrunde. Dieser war vollständig i.S.v. § 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG. Das Fehlen des Jahresabschlusses für das Jahr 2005 sowie der Gewinn- und Verlustrechnung für die Gassparte standen der Vollständigkeit der Genehmigung nicht entgegen. § 10 EnWG galt für das Geschäftsjahr 2005 noch nicht. Die Regelungen des § 23a Abs. 3 EnWG, § 28 GasNEV sowie § 4 Abs. 3 Satz 1 GasNEV sahen eine Vorlagepflicht nicht bzw. nicht zweifelsfrei vor. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. Aus

dem vorgelegten Schriftverkehr (Anlage Ag3 bis Ag6) ergibt sich auch nicht, dass die Landesregulierungsbehörde diese Unterlagen überhaupt nachgefordert hat.

Dem Eintritt der Genehmigungsfiktion steht nicht entgegen, dass die Betroffene den zweiten Entgeltantrag am 03.12.2007 zurückgenommen hat. Denn die Rücknahme wirkte nur ex nunc und damit für die Zukunft. Die Genehmigungsfiktion endete jedoch mit Wirksamwerden der ersten Entgeltgenehmigung vom 19.11.2007 zum 31.08.2007. Insoweit kann dahinstehen, ob in der Genehmigung ein Widerruf der fiktiven Genehmigung lag, denn jedenfalls haben sich die Parteien ausweislich des vorgelegten Schriftverkehrs einverständlich darauf geeinigt, dass die Genehmigung rückwirkend gelten soll. Dass ab dem 01.09.2007 die Genehmigung und nicht die Genehmigungsfiktion gilt, hat die Betroffene ausdrücklich in der Antragsbegründung vom 06.12.2010 (Bl.14 GA) sowie in der Beschwerdebegründung vom 06.01.2011 (Bl.62 GA) unstreitig gestellt.

2.3. Nicht zu beanstanden ist auch der von der Landesregulierungsbehörde gewählte Saldierungszeitraum. In entsprechender Anwendung des § 34 Abs. 1 Satz 2 ARegV hat der Ausgleich der Mehrerlöse entsprechend §§ 10 GasNEV, 11 StromNEV über die erste Regulierungsperiode verteilt zu erfolgen. Nach § 10 Satz 4 GasNEV (§ 11 Satz 4 StromNEV) erfolgt die Saldierung jeweils über die drei folgenden Kalkulationsperioden. Aufgrund des Zusammenspiels dieser Vorschriften ist der Mehrerlös demnach in der ersten Regulierungsperiode innerhalb von drei Jahren aufzulösen (ebenso: Weyer RdE 2008, 261, 266; Zeidler, a.a.O., S. 125; ähnlich: OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, Az. 202 EnWG 3/09, S. 27, welches die Saldierung jedoch schon vor Geltung der Überleitungsvorschrift in der letzten Entgeltgenehmigung vornehmen will; a.A. OLG Naumburg, Beschluss vom 05.11.2009, 1 W 1/09 (EnWG), S. 15, welches von einer gleichmäßigen Verteilung über die Regulierungsperiode ausgeht). Dies entspricht im Übrigen auch dem Vorgehen der beteiligten Bundesnetzagentur in den Fällen der mengenbedingten Mehrerlössaldierung. Einer Mehrerlösabschöpfung bereits im Jahr 2009 stand aber entgegen, dass der X.-Beschluss des Bundesgerichtshofs erst am 14.08.2008 erging. Die Zeit für die Durchführung eines Mehrerlösabschöpfungsverfahrens noch im Jahr 2008 für die Erlösobergrenzenfestsetzung ab dem Jahr 2009 war daher äußerst knapp bemessen, wenngleich sie – wie die Betroffene zutreffend ausführt - grundsätzlich noch möglich gewesen wäre. Den Beginn der Mehrerlösabschöpfung in das Jahr 2010 zu verle-

gen, entsprach aber nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Landesregulierungsbehörde dem Wunsch zahlreicher Netzbetreiber, das mit dem Beginn der Anreizregulierung belastete Jahr 2009 nicht noch zusätzlich mit der Mehrerlösabschöpfung zu befrachten. In Betracht kam damit nur eine Mehrerlösabschöpfung in den Jahren 2010 bis 2012. Dass die Landesregulierungsbehörde die Mehrerlösabschöpfung zusätzlich auf die zweite Regulierungsperiode ausgeweitet hat, erfolgte ebenfalls zugunsten der Netzbetreiber, um eine gleichmäßigere und dadurch gemäßigtere Verteilung der Erlösobergrenzenminderung zu erreichen. Diese Vorgehensweise entsprach auch dem – hilfsweise geäußerten - Wunsch der Betroffenen.

2.4. Die formelle Festlegungsbefugnis der Landesregulierungsbehörde ergibt sich aus § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG. Danach kann die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke Entscheidungen durch Festlegungen zu den Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV, insbesondere zur Bestimmung der Höhe nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV und zur Anpassung nach § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV treffen. Die in analoger Anwendung des § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV vorzunehmende Mehrerlössaldierung führt zu einer Anpassung der Erlösobergrenzen. Zwar fehlt in § 34 Abs. 1 ARegV ein Verweis auf § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV, wonach der Netzbetreiber die Erlösobergrenze selbständig bei Veränderung der dort genannten dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten anzupassen hat. Da § 34 Abs.1 Satz 1 ARegV ausdrücklich die Behandlung der Mehrerlöse als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten nach § 11 Abs. 2 ARegV vorsieht, ist die Anpassung entsprechend § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV vorzunehmen.

II.

Der Senat entscheidet trotz der Entscheidung über die Hauptsache auch über den Eilantrag, da die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren gelten soll.

1. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist nach § 77 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 EnWG statthaft. Die gegen die Festlegung der Mehrerlösabschöpfung im Bescheid vom 19.11.2010 erhobene Beschwerde der Betroffenen hat

gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung. Nicht erforderlich ist, dass die Betroffene gemäß § 77 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EnWG darlegt und glaubhaft macht, dass die Vollziehung für sie eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Denn nach § 77 Abs. 3 Satz 4 EnWG stehen die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 und 3 EnWG im Verhältnis der Alternativität, wie die Formulierung „oder“ zeigt. Vorliegend hat die Betroffene sich jedoch darauf beschränkt, die Rechtswidrigkeit des Bescheids geltend zu machen.

2. Der Eilantrag ist teilweise begründet.

Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4 i.V. Satz 1 Nr. 2 EnWG kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ernstliche Zweifel bestehen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Dabei steht dem Beschwerdegericht trotz des Wortlauts ein Ermessen nicht zu. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung können in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht gegeben sein. Sie sind dann zu bejahen, wenn nach der Einschätzung des Gerichts die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist. Nach den Ausführungen unter Ziffer I.2. ist die Auflage im Bescheid vom 19.11.2010, Mehrerlöse bei der jährlichen Mitteilung zur Anpassung der Erlösobergrenzen für die Jahre 2011 bis 2017 zu berücksichtigen, insofern rechtswidrig, als die Landesregulierungsbehörde bei der Berechnung des jährlichen Mehrerlösbetrages auch den Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 31.08.2007 in Ansatz gebracht hat. Diesbezüglich war daher die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen.

C.

I.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerde und der Eilantrag der Betroffenen überwiegend erfolgreich sind, entspricht es der Billigkeit, dass die Landesregulierungsbehörde die Verfahrenskosten einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen zu tragen hat, wobei für das Eilverfahren - bis-

lang - keine Gerichtsgebühren anfallen. Die beteiligte Bundesnetzagentur hat die ihr entstandenen notwendigen Auslagen selbst zu tragen.

II.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Eilverfahren und das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Hinsichtlich des Eilverfahrens hat der Senat den Gegenstandswert mit der Hälfte des Hauptsachenstreitwerts bemessen.

D.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Landesregulierungsbehörde vom 15.03.2011 und der nicht nachgelassene Schriftsatz der Betroffenen vom 28.03.2011 geben dem Senat keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO, § 156 ZPO.

E.

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).