

VI-5 Kart 2/15 [V]



**Verkündet am: 04.05.2016**

Schröter, Justizsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## **Oberlandesgericht Düsseldorf**

### **Beschluss**

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

**Stadtwerke F. GmbH, ,**

Betroffene und Beschwerdeführerin,

g e g e n

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen als **Landesregulierungsbehörde**, vertreten durch seinen Minister Garrelt Duin, Berger Allee 25, 40213 Düsseldorf,

Beschwerdegegnerin,

weiter beteiligt:

**Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas und Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**, vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 7. April 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht van Rossum, die Richterin am Oberlandesgericht Adam und die Richterin am Oberlandesgericht Kampshoff

**b e s c h l o s s e n :**

Die Beschwerde der Betroffenen vom 20.02.2015 gegen die Festlegung der Landesregulierungsbehörde vom 20.01.2015 – VB4-38-20/2.1 – wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 550.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Beschwerdeführerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in F., wo sie u.a. das regionale Stromnetz betreibt. Für die zweite Regulierungsperiode nimmt sie am vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV und damit nicht am Regelverfahren teil. Mit Bescheid vom 17.11.2015 hat die Landesregulierungsbehörde für die Betroffene die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Strom (2014 – 2018) festgesetzt. Dabei sind Verlustenergiekosten nach einer Verlustenergiemenge von xx MWh und einem – variierenden - Referenzpreis entsprechend der Festlegung der Landesregulierungsbehörde vom 20.01.2015 zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten als volatile Kosten für die zweite Regulierungsperiode berücksichtigt worden.

Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen diese Festlegung. Das Festlegungsverfahren war bereits am 02.08.2013 eingeleitet und die Konsultation eröffnet worden. Schon zuvor hatte die Landesregulierungsbehörde nach dem Inkrafttreten der Ordnungsänderung zum 09.09.2010 für die restlichen drei Jahre der ersten

Regulierungsperiode eine entsprechende Festlegung getroffen (Bekm. vom 27.04.2012, V B 4 – 38-20/2.2, MBl. NRW. 2012, S. 369).

Durch die Festlegung werden alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Zuständigkeitsbereich der Landesregulierungsbehörde für die am 01.01.2014 beginnende Dauer der zweiten Regulierungsperiode verpflichtet, die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV derart vorzunehmen, dass als volatile Kosten die Differenz der Verlustenergiekosten zwischen dem Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode [=2011] ( $VK^0$ ) und den ansatzfähigen Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethode kalenderjährlich ergeben ( $VK_t$ ), berücksichtigt wird (Ziffer 1). Dabei sollen sich die ansatzfähigen Verlustenergiekosten des jeweiligen Kalenderjahres aus dem Produkt des Referenzpreises und der ansatzfähigen Menge ergeben. Die Berechnung des Referenzpreises soll – entsprechend der Vorgehensweise der beteiligten Bundesnetzagentur und auch anderer Landesregulierungsbehörden - anteilig gewichtet aus dem Baseload-Preis zu 76 % und dem Peakload-Preis zu 24 % erfolgen. Als Baseload- und Peakload-Preis sollen die tagesgenauen (ungewichteten) Durchschnittspreise aller im Referenzzeitraum vom 1. Juli bis 30. Juni des Vorjahres an der European Energy Exchange (EEX) gehandelten Phelix-Year-Futures für so gen. Baseloads (Grundlast) und Peakloads (Spitzenlast) zugrunde gelegt werden. Die ansatzfähige Menge soll für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode der im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV anerkannte Wert des Basisjahres 2011 sein, ohne dass eine jährliche Anpassung erfolgt (Ziffer 2). Ein Ist-Abgleich über das Regulierungskonto soll nicht stattfinden, so dass tatsächliche Mehr- oder Mindererlöse nicht ausgeglichen werden, der Netzbetreiber also Differenzen als Bonus erhalten kann bzw. sie als Malus zu tragen hat (Ziffer 3).

Die Betroffene hatte im Jahr 2014 für die Beschaffung von Verlustenergie Kosten i.H.v. x €, die sich aus der Multiplikation ihrer tatsächlichen Verlustenergiemenge im Jahr 2014 i.H.v. x MWh und ihrem tatsächlichen Beschaffungspreis in Höhe von gerundet x €/MWh ergaben, während der nach der Festlegung geltende Referenzpreis mit x € um 1 €/MWh darunter liegt. Sie macht geltend, die nach der streitgegenständlichen Festlegung anzuerkennenden jährlichen Beschaffungskosten hätten im Jahr 2014 bereits zu einer Unterdeckung i.H.v. x € geführt. Ohne Anwendung der streitgegenständlichen Festlegung, insbesondere in den Jahren 2014 und 2015, wären

die im Ausgangsniveau anzusetzenden Verlustenergiekosten des Jahres 2011 von x € für jedes Jahr der zweiten Regulierungsperiode maßgeblich. Diese ergäben sich durch Multiplikation der im Ausgangsniveau geltend gemachten tatsächlichen Verlustenergiemenge i.H.v. x MWh mit dem tatsächlichen Verlustenergiepreis i.H.v. x €/MWh. Tatsächlich seien im Ausgangsniveau ihrer Erlösobergrenzenfestlegung für die zweite Regulierungsperiode Strom Verlustenergiekosten nur iHv x € anerkannt.

Über die Jahre 2007-2014 haben sich ihre Verlustenergiemengen und die Verlustenergiepreise wie folgt dargestellt:

2007:	x MWh	x €/MWh
2008:	x MWh	x €/MWh
2009:	x MWh	x €/MWh
2010:	x MWh	x €/MWh
2011:	x MWh	x €/MWh
2012:	x MWh	x €/MWh
2013:	x MWh	x €/MWh
2014:	x MWh	x €/MWh

Die Betroffene meint, die Landesregulierungsbehörde habe im Rahmen der streitgegenständlichen Festlegung den Referenzpreis rechtswidrig ermittelt und die im Ausgangsniveau anerkannten Verlustenergiemengen des Basisjahres rechtswidrig fixiert. Zudem habe sie die streitgegenständliche Festlegung am 20.01.2015 rechtsfehlerhaft rückwirkend für die Jahre 2014 und 2015 erlassen und sie mangelhaft begründet.

Die Landesregulierungsbehörde habe die Gewichtungsanteile der Preiskomponente rechtswidrig ermittelt, indem sie die von der beteiligten Bundesnetzagentur ermittelte Gewichtung von Baseload- und Peakload-Preis mit 76 % zu 24 % ohne eigene Ermittlungen schlichtweg übernommen habe. Auf diese Weise habe sie einen Durchschnitt von Gewichtungsanteilen zu Grunde gelegt, bei deren Ermittlung weder ihre noch die tatsächlichen Verlustenergiebeschaffungskosten der übrigen von der streitgegenständlichen Festlegung betroffenen Netzbetreiber berücksichtigt worden seien. Die beteiligte Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung des durchschnittlichen Gewichtungsverhältnisses allein auf die tatsächlichen Verlustenergiebeschaffungskosten von 98 Teilnehmern des Regelverfahrens in ihrem Zuständigkeitsbereich ab-

gestellt. Die Datenbasis bestehe also aus Netzbetreibern, an deren Elektrizitätsverteilernetz jeweils mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und die zudem Verlustenergie nach der Festlegung Beschaffungsverfahren beschaffen. Die streitgegenständliche Festlegung der Landesregulierungsbehörde richte sich demgegenüber ausschließlich an Netzbetreiber, an deren Elektrizitätsverteilernetze jeweils weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen seien. Von ihr seien auch Netzbetreiber betroffen, die - wie sie - am vereinfachten Verfahren teilnehmen und damit weniger als 30.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossene Kunden aufweisen. Für diese Netzbetreiber im Zuständigkeitsbereich der Landesregulierungsbehörde gälte die Festlegung Beschaffungsverfahren nicht, so dass auch insoweit eine unterschiedliche Beschaffungssituation vorliege.

Auch im Übrigen basiere die Ermittlung der Gewichtungsanteile nicht auf einer repräsentativen Datengrundlage für alle davon betroffenen Netzbetreiber. Durch die Berücksichtigung nur von „großen“ Netzbetreibern sei die Datengrundlage verzerrt, denn auf diese Weise könne weder die Preisentwicklung für einen effizienten strukturell vergleichbaren Netzbetreiber noch die tatsächliche Preisentwicklung mit den ermittelten Gewichtungsanteilen abgebildet werden. Der Peakanteil hätte mindestens 40 % betragen, jedenfalls aber höher als 24 % liegen müssen. Auch die „kleinen Marktteilnehmer“ hätten berücksichtigt werden müssen. Diese seien nicht in der Lage, in der Größenordnung „großer Marktteilnehmer“ ihren Verlustenergiebedarf auszuschreiben, deren Nachfragemacht lasse sich auch nicht durch die Bildung von eigenen Ausschreibungsgemeinschaften erreichen. Zudem habe die beteiligte Bundesnetzagentur für die Ermittlung der Gewichtungsanteile lediglich die Daten von 98 der 109 „großen“ Netzbetreiber in ihrer Zuständigkeit ausgewertet, während deutschlandweit mehr als 880 Elektrizitätsnetzbetreiber existierten. Der damit angelegte Maßstab für die Gewichtung von Baseload- und Peakload-Anteilen in der Preiskomponente verstoße auch gegen das für Effizianzanreize durchweg gesetzlich normierte Erfordernis struktureller Vergleichbarkeit.

Rechtsfehlerhaft habe die Landesregulierungsbehörde auch die anzuerkennenden Verlustenergiemengen auf den im Ausgangsniveau für die zweite Regulierungsperiode anerkannten Wert fixiert. Damit verkenne sie deren Volatilität und treffe eine unverhältnismäßige Effizienzvorgabe. Für die gesamte zweite Regulierungsperiode werde nur eine jährliche Verlustenergiemenge von x MWh anerkannt, obwohl ihre

Verlustenergiemenge bereits im Jahr 2014 deutlich über dem anerkannten Wert liege und sich daher für sie eine Unterdeckung von  $x \text{ MWh} = 21,25 \%$  ergebe.

Es sei eine allgemein bekannte Tatsache, dass die vom Netzbetreiber zu transportierenden Strommengen von Jahr zu Jahr schwankten, so dass die Auswirkungen jährlich schwankender Verbrauchsmengen auf die Gesamtheit der Netzbetreiber (Mengeneffekte) im Regulierungskonto zu berücksichtigen seien. Obwohl schwankende Verbrauchsmengen auch zu schwankenden Verlustmengen führten, fixiere die Landesregulierungsbehörde mit der streitgegenständlichen Festlegung - ohne sachlichen Grund - die Mengenkompente. Zur Volatilität der Verlustenergiemengen habe die Landesregulierungsbehörde keine Ermittlungen angestellt. Dazu komme, dass im Laufe der zweiten Regulierungsperiode eine weiter zunehmende dezentrale Einspeisung aus Photovoltaikanlagen zu erwarten sei, die zu volatilen und höheren Verlustenergiemengen führe. Allein in dem Zeitraum von 2007-2014 habe sich die Zahl der dezentral in ihr Elektrizitätsnetz einspeisenden Photovoltaikanlagen von 58 auf 446 erhöht. Diese exogenen Faktoren habe die Landesregulierungsbehörde noch nicht einmal untersucht.

Selbst wenn eine zukünftige weitere Steigerung der Verlustenergiemengen generell nicht zu erwarten wäre, sei die Mengenfixierung mit Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen nicht vereinbar, da es an einem erforderlichen sachlichen Grund für die Fixierung fehle.

Indem die Festlegung eine Verpflichtung zur Anpassung der Erlösobergrenzen bereits für das erste Jahr (2014) sowie das zweite Jahr (2015) der zweiten Regulierungsperiode vorsehe, erfolge eine nachträgliche rückwirkende Änderung eines zum Zeitpunkt des Erlasses bereits vollständig abgeschlossenen Sachverhalts, da jedes einzelne Jahr der Regulierungsperiode als abgeschlossener Zeitraum und Lebenssachverhalt anzusehen sei. Die rechtliche Regelung des Sachverhalts der Anpassung der Erlösobergrenzen sowie der entsprechenden Anpassung der Netzentgelte (§§ 4 Abs. 3, 17 Abs. 2, 3 ARegV) sei damit für das Kalenderjahr 2014 zum 01.01.2014 und für das zweite Jahr der Regulierungsperiode zum 01.01.2015 vollständig abgeschlossen gewesen. Darüber hinaus sei die Festlegung mit den grundgesetzlich garantierten Vorgaben zum Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot unvereinbar.

Schließlich leide die Festlegung an einer mangelnden Begründung und sei schon aus diesem Grund aufzuheben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müsse die Landesregulierungsbehörde insbesondere darlegen, dass und warum ihrer Ansicht nach im Ergebnis Überwiegendes für eine gewählte Ermittlungsmethode spreche. Ihrer Begründungspflicht zur Auswahl der Datengrundlage sei sie indessen nicht dadurch nachgekommen, dass sie vorgetragen habe, anstelle des Ansatzes eines geschätzten pauschal gegriffenen Gewichtungsschlüssels überhaupt tatsächliche Daten (konkrete Werte) der beteiligten Bundesnetzagentur verwendet zu haben. Sie hätte zumindest darlegen müssen, aus welchem Grund sie gerade den von der beteiligten Bundesnetzagentur herangezogenen ungewichteten Durchschnitt von nur großen Netzbetreibern als geeignete repräsentative Datengrundlage für die Ermittlung der streitgegenständlichen Gewichtungsanteile angesehen habe und sie die von der streitgegenständlichen Festlegung betroffenen Netzbetreiber und dabei insbesondere die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens außer Acht lassen konnte.

Sie beantragt,

den Beschluss der Landesregulierungsbehörde vom 20.01.2015 – Aktenzeichen: VB4-38-20/2.1 – aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu verpflichten, eine Neuentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen,

hilfsweise, den Festlegungsbeschluss der Landesregulierungsbehörde vom 20.01.2015 - Aktenzeichen: VB4-38-20/2.1 – aufzuheben.

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

Die beteiligte Bundesnetzagentur hat insbesondere zur Bestimmung der Preiskomponente und zur Fixierung der Verlustenergiemengen des Basisjahres Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

## **B.**

### **I.**

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig.

Insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG. Die insoweit erforderliche Beschwerdebefugnis fehlt nur dann, wenn ein Recht auf die begehrte Entscheidung offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise bestehen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 24.05.2011 - EnVR 27/10, RdE 2011, 420 Rn. 15 mwN - Freiwillige Selbstverpflichtung). Dies ist indessen weder ersichtlich noch von der Landesregulierungsbehörde oder der beteiligten Bundesnetzagentur geltend gemacht.

### **II.**

In der Sache selbst ist die Beschwerde der Betroffenen jedoch unbegründet. Die für die zweite Regulierungsperiode getroffene Festlegung zu den als volatile Kostenanteile eingestufteten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie ist nicht zu beanstanden.

Die Landesregulierungsbehörde hat bei dem Erlass der Festlegung – wie auch die Bundesnetzagentur, deren Festlegung die hiesige nachgebildet ist – von ihrer Befugnis nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. §§ 32 Abs. 1 Nr. 4a, 11 Abs. 5 ARegV Gebrauch gemacht.

Gem. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV kann die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke Entscheidungen zu volatilen Kostenanteilen gem. § 11 Abs. 5 ARegV u.a. durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG treffen. Eine solche ist nicht nur auf die Feststellung



beschränkt, dass es sich um volatile Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 5 ARegV handelt. Sie kann etwa auch die Voraussetzungen regeln, unter denen Kostenanteile als volatil gelten, sowie Verfahren, die Anreize setzen und so gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt, sie also effizient beschafft werden.

1. Fehl geht die Rüge der Betroffenen, die Festlegung sei schon formell rechtswidrig, weil sie nicht ausreichend begründet sei.

Die von der Landesregulierungsbehörde gegebene Begründung für die Methodenfestlegung hält den formellen Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine solche stellt, stand.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegt die Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung eines Entscheidungsspielraums, wie ihn § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV einräumt, allerdings besonderen Begründungsanforderungen, da die eigentliche Bewertung der Behörde auch darauf nachzuprüfen ist, ob sie ihre Festlegung mit Blick auf die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehobenen oder in ihr angelegten Kriterien erschöpfend und plausibel begründet hat (BGH, Beschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 29 – „Stromnetz Berlin GmbH“; Grüneberg, RdE 2016, 49, 53).

Daran gemessen ist der Festlegung der Landesregulierungsbehörde hinreichend zu entnehmen, aus welchen Gründen sie von ihrem Aufgreifermessen Gebrauch gemacht hat, welche Gründe für das konkrete Verfahren und die dabei gewählte Methodik sprechen, mit denen den Netzbetreibern Anreize zur effizienten Beschaffung gesetzt werden sollen und auf welche Weise insbesondere die zugrunde zu legende Referenzpreisbildung und die dabei maßgebliche Gewichtung von base- und peak load-Preis ermittelt worden ist. Daneben hat sie sich mit den im Rahmen des Festlegungsverfahrens von Seiten einiger Netzbetreiber vorgebrachten Einwendungen gegen die Fixierung der Verlustenergiemengen aus dem Basisjahr und ihren Vorschlägen zu einer abweichenden Berücksichtigung der Preiskomponente auseinandergesetzt. Daher gilt insoweit nichts anderes als für die – ebenfalls ausreichend begründeten - Festlegungen der beteiligten Bundesnetzagentur, an welche sie angelehnt ist (s. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.10.2014, VI-3 Kart 62/13 (V), S. 13 BA; OLG Schleswig, Beschluss vom 02.10.2014, 16 Kart 3/13).

2. Ohne Erfolg macht die Betroffene weiter geltend, die Landesregulierungsbehörde habe im Rahmen der streitgegenständlichen Festlegung den Referenzpreis rechtswidrig ermittelt und die im Ausgangsniveau anerkannten Verlustenergiemengen des Basisjahres rechtswidrig fixiert.

Die Landesregulierungsbehörde hat den auch ihr in § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV eingeräumten Entscheidungsspielraum rechtsfehlerfrei ausgeübt.

2.1. Der Ordnungsgeber bezweckt mit den durch die Ordnungsänderung vom 09.09.2010 eingefügten Regelungen insbesondere der §§ 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 11 Abs. 5, 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV die jährliche Anpassung solcher Netzbetriebskosten, die – wie etwa Verlustenergiekosten - jährlich starken Schwankungen unterliegen können und regelmäßig beschafft werden. Um zu gewährleisten, dass der Effizienzgedanke der Anreizregulierung auch für die Beschaffung von Treibhaus- oder Verlustenergie unverändert gilt, erhält die Regulierungsbehörde zugleich die Befugnis, einen Mechanismus festzulegen, der Anreize zur effizienten Beschaffung dieser Energiemengen setzt (BR-Drs. 312/10 vom 09.07.2010 (Beschluss), S. 17).

Die für die Beschaffung der Verlustenergie entstehenden Kosten können gem. § 10 Abs. 1 StromNEV bei der Ermittlung der Netzkosten in Ansatz gebracht werden. Auch bei ihrer Beschaffung gilt das Effizienzgebot. Dieses bezieht sich zum einen auf die Menge der beschafften Verlustenergie, denn hohe Netzverluste können ein Indiz für eine ineffiziente Betriebsführung sein. Zum anderen kommt dem jeweiligen Preis für die Beschaffung von Verlustenergie eine erhebliche Bedeutung zu (Matz in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. A., Kapitel 78, Rn. 33 ff.).

2.2. Die Landesregulierungsbehörde hat das ihr danach zustehende Aufgreifermessen rechtmäßig ausgeübt, indem sie zum einen die Kosten für Verlustenergie als volatil festgestellt und zum anderen das Verfahren ihrer jährlichen Anpassung näher geregelt hat.

2.3. Mit den Vorgaben, die sie für den Mechanismus der jährlichen Anpassung vorsieht, hat sie den ihr insoweit eingeräumten Entscheidungsspielraum in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt.

2.3.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Effizienzvergleich und zum Qualitätselement steht den Regulierungsbehörden bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden im Rahmen der rechtlichen Vorgaben ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen einem Regulierungsermessen gleichkommt (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12 „Stadtwerke Konstanz GmbH“, Rn. 10, 25 ff.; Beschlüsse vom 22.07.2014, EnVR 58/12, EnVR 59/12 „Stromnetz Berlin GmbH“, Rn. 13). Dies gilt etwa für die Auswahl der konkreten, den abstrakten Vorgaben der Verordnung entsprechenden Methode oder der maßgeblichen, in der Verordnung nicht abschließend genannten Parameter.

Dies wirkt sich auch auf die gerichtliche Kontrolldichte aus, da diese nicht weiter reichen kann als die materiell rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Daher endet die Kontrolle dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, a.a.O.). Der von der Regulierungsbehörde genutzte Entscheidungsspielraum ist daher gerichtlich nur darauf zu überprüfen, ob sie die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (BGH, a.a.O.). Die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens ist dann gerichtlich zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in sie nicht die Belange eingestellt worden sind, die nach Lage der Dinge hätten eingestellt werden müssen (Abwägungsdefizit) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (BGH, a.a.O.). Ein solches weites Regulierungsermessen steht der Regulierungsbehörde auch im Rahmen einer Festlegung nach §§ 32 Abs. 1 Nr. 4a, 11 Abs. 5 ARegV zu (Meyer/Paulus in: Holz-nagel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 136 f.).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze sind die Vorgaben zum Referenzpreis nicht zu beanstanden, sie verstoßen insbesondere nicht gegen den Grundsatz struktureller Vergleichbarkeit.

Mit dem Referenzpreis, der sich nach einem Durchschnittspreis aller innerhalb eines Jahres gehandelten Phelix-Year Futures bestimmt, wird die tatsächliche Preisentwicklung bei der Beschaffung von Verlustenergie abgebildet. Die dabei vorgenommene Gewichtung des Baseload-Preises zu 76 % und des Peakload-Preises zu 24 % ist nicht zu rügen. Das Verhältnis beruht auf der Auswertung der tatsächlichen Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie durch 98 am Regelverfahren teilnehmende Netzbetreiber, die die Bundesnetzagentur anlässlich der Bestimmung des Ausgangsniveaus erhalten hatte. Nach einer Bereinigung um Ausreißer hat sie diese auf ein rein fiktives Gewichtungsverhältnis anhand der Börsenpreise zurückgerechnet und ist so zu der Gewichtung von 76 % zu 24 % gelangt. Diese ist den Netzbetreibern günstiger als die – in der ersten Regulierungsperiode und auch in dem Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur – zunächst vorgesehene Gewichtung von 80 % zu 20 %.

Es fehlt – entgegen der Auffassung der Betroffenen - auch nicht an einer gesicherten Datenbasis, weil sich die Untersuchung der Bundesnetzagentur nur auf große dem Regelverfahren unterliegende Netzbetreiber gestützt und die Landesregulierungsbehörde die ihrer Regulierung unterliegenden kleinen Netzbetreiber nicht gesondert in den Blick genommen hat. Dem hält die beteiligte Bundesnetzagentur zu Recht entgegen, dass die ARegV keine unterschiedlichen, insbesondere keine abgestuften Effizienzmaßstäbe für große und kleine Netzbetreiber vorsieht, so dass für eine differenzierte Betrachtung kein Anlass bestand. Vielmehr müssen sich alle an denselben Effizienzmaßstäben messen lassen. Für kleine Netzbetreiber sieht die ARegV etwa mit dem vereinfachten Verfahren nach § 24 oder der fehlenden Ausschreibungspflicht bei der Beschaffung von Verlustenergie (§ 10 Abs. 1 Satz 4 ARegV) nur verfahrenstechnische Vergünstigungen vor, um sie von dem regulatorischen Aufwand etwa durch Datenabfragen pp. zu entlasten.

Ohne Erfolg macht die Betroffene geltend, der Peak-Anteil müsse hier deutlich höher, etwa mit 40 % berücksichtigt werden. Dass die Höhe der Verlustenergiekosten mit zunehmender Netzgröße sinkt, große Netzbetreiber also deutlich kostengünstiger beschaffen können, ist empirisch nicht belegt. Zwar ist die Menge der zu beschaffenden Verlustenergie bei kleinen Netzbetreibern zwangsläufig kleiner. Auch kleine Netzbetreiber können aber - etwa durch Bildung von Einkaufsgemeinschaften - Verlustenergie kostengünstig einkaufen. Belege dafür, dass sich eine ent-

sprechende Nachfragemacht so nicht erreichen lasse, bringt die Betroffene nicht an. Die Zuerkennung von Boni für kleinere Netzbetreiber widerspricht zudem der in der ARegV vorgesehenen Wettbewerbsanalogie, da sich ein Unternehmen in einem funktionierenden Markt nicht durchsetzen könnte, wenn es infolge seiner geringen Größe teurer als größere Wettbewerber wäre (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 60; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 02.10.2014, 16 Kart 3/13, Rn. 60; OLG München, Beschluss vom 18.06.2015, Kart 1/13, S. 10 BA, n.v.).

2.3.2. Ohne Erfolg wendet die Betroffene sich auch gegen die Vorgabe, dass die ansatzfähige Menge mit dem anerkannten Wert des Basisjahres 2011 für die gesamte Dauer der zweiten Regulierungsperiode festgeschrieben ist.

Der Parameter für den Ansatz von Beschaffungskosten für die Verlustenergie im Rahmen der Änderung der Erlösobergrenzen ist nicht zu beanstanden. Wie die Landesregulierungsbehörde in ihrer Festlegung ausgeführt hat, verträgt sich die von verschiedenen Netzbetreibern im Rahmen der Konsultation vorgeschlagene individuelle Anpassung der Verlustenergiemengen schon nicht mit der grundsätzlich auf fünf Jahre festgelegten Regulierungsperiode und der damit verbundenen vereinfachenden Betrachtungsweise von zum Basisjahr ermittelten Werten. Von daher hat sie es für sachgerecht gehalten, die Verlustenergiemenge auf den anerkannten Wert des Basisjahres 2011 zu fixieren, um so – wie vom Verordnungsgeber intendiert - den Netzbetreibern einen Anreiz zu geben, die Beschaffungskosten auch durch eine Optimierung der Verlustenergiemenge zu reduzieren.

Ihren Entscheidungsspielraum hat die Landesregulierungsbehörde nicht deshalb überschritten, weil auf diese Weise der in § 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 ARegV vorgesehene Plan-Ist-Abgleich ausgeschlossen wird. Letzterer steht nach der gesetzlichen Regelung unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Regelung und daher im Ermessen der Regulierungsbehörde. Ihre Zielsetzung, diesen - wie danach möglich - nicht vorzusehen, dient der Optimierung der Verlustenergiemenge, da für den Netzbetreiber durch das Bonus-Malus-System der Anreiz zu effizienten Beschaffungskosten auch mit Blick auf die Verlustenergiemenge entsteht. Durch eine Veränderung oder Modernisierung von Netzanlagen oder Leistungen kann der Netzbetreiber auch insoweit seine Effizienz steigern und die Kosten über die Verlustenergiemenge reduzieren. Dementsprechend ist die Minimierung von Verlustenergie als

Aspekt der effizienten, preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung auch ein Kriterium, das bei der Vergabe von Konzessionen berücksichtigt wird.

Die Fixierung auf den Wert des Basisjahres ist auch nicht deshalb ermessensfehlerhaft, weil in der zweiten Regulierungsperiode tatsächlich höhere Verlustenergiemengen absehbar sind, die auf eine zunehmende dezentrale Einspeisung und damit einen exogenen Faktor zurückzuführen sind. Für einen generellen Zusammenhang zwischen der vermehrten Einspeisung aus dezentraler Stromerzeugung und einem Anstieg der Verlustenergiemenge besteht kein Anhalt. Nach den in der mündlichen Verhandlung erläuterten Erkenntnissen der beteiligten Bundesnetzagentur hat die Auswertung der Daten von 98 Verteilernetzbetreibern für die Jahre 2007 bis 2011 vielmehr ergeben, dass sich ein solcher genereller Zusammenhang nicht feststellen lässt. Da dieser Einwand im Übrigen im Rahmen der Konsultation von den Netzbetreibern nicht erhoben worden ist, hatte die Landesregulierungsbehörde angesichts der ihr bekannten Untersuchung der beteiligten Bundesnetzagentur entgegen der Auffassung der Betroffenen auch keinen Anlass, eigene Untersuchungen anzustellen. In ihrer Beschwerdebegründung äußert die Betroffene im Übrigen – erstmals – auch nur die bloße Erwartung, dass sich die Verlustenergiemengen für die Jahre 2015 bis 2018 wegen der wachsenden Zahl der Photovoltaikanlagen steigern werden.

3. Schließlich lässt sich auch nicht feststellen, dass die streitgegenständliche Festlegung am 20.01.2015 rechtsfehlerhaft rückwirkend für die Jahre 2014 und 2015 erlassen worden ist.

Ziffer 1 der Festlegung sieht vor, dass die näher ausgestaltete Anpassung der Erlösbergrenzen ab der am 01.01.2014 beginnenden zweiten Regulierungsperiode zu erfolgen hat. Diese Verpflichtung, die die Netzbetreiber für die Erlösbergrenzen der Jahre 2014 – 2018 umzusetzen haben, verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot.

Das Verbot echter und unechter Rückwirkung von Gesetzen betrifft allein Rechtsnormen und deren Wirkung. Hier geht es indessen nicht um eine Änderung der maßgeblichen Vorschriften, also des EnWG und der ARegV, sondern um die von der Regulierungsbehörde zu deren Konkretisierung erlassene Festlegung gegenüber den betroffenen Netzbetreibern, die einheitliche Leitlinien zum Ziel hat (s.a. OLG Düssel-

dorf, Beschluss vom 06.06.2012, VI- 3 Kart 269/97 (V), Rn. 75). Durch sie werden die Vorgaben der ARegV zur Festsetzung und Änderung der Erlösobergrenzen und den dabei anzuerkennenden Kostenanteilen lediglich konkretisiert, nicht aber inhaltlich geändert.

Unabhängig davon könnten sich hier aber auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit und des daraus folgenden Vertrauensschutzes keine sachlichen Grenzen für die Anwendbarkeit der Festlegung vom 20.01.2015 auf die erst mit Bescheid vom 17.11.2015 festgelegten Erlösobergrenzen für die Kalenderjahre 2014 und 2015 ergeben.

Mit der Verfahrenseinleitung und der Eröffnung der Konsultation am 02.08.2013 (Bl. 68 VV) wurde die für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode beabsichtigte Festlegung öffentlich; ab diesem Zeitpunkt war der Erlass der Festlegung für die Netzbetreiber in ihrem konkreten Umriss daher allgemein vorhersehbar. Eine entsprechende Festlegung hatte die Regulierungsbehörde zudem schon nach dem Inkrafttreten der Ordnungsänderung zum 09.09.2010 für die restlichen drei Jahre der ersten Regulierungsperiode getroffen (Bekm. vom 27.04.2012, V B 4 – 38-20/2.2, MBl. NRW. 2012, S. 369) und in dieser Regelung bereits angekündigt, auch für die folgende Regulierungsperiode eine solche treffen zu wollen. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf das Effizienzgebot konnten die Netzbetreiber nicht im Ansatz darauf vertrauen, dass eine entsprechende Regelung zur Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kostenanteile nicht erfolgen würde; ohnehin war es ihnen nicht nur möglich, sondern waren sie mit Blick auf das Effizienzgebot auch verpflichtet, ihre wirtschaftlichen Dispositionen an diesem auszurichten und Verlustenergie nur für effiziente Mengen effizient zu beschaffen.

### III.

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Betroffene gem. § 90 Satz 2 EnWG zu tragen.

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 bewertet der Senat – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert – den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten entsprechend mit 550.000 €.

## IV.

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.

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).