



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-12-656A01

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV

hinsichtlich der Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten

hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery,

ihre Beisitzerin Dr. Janine Haller

und ihren Beisitzer Mario Lamoratta

am 30.11.2016

beschlossen:

Die mit Beschluss BK4-12-656 vom 02.05.2012 erfolgte Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid) wird gemäß § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV wie folgt geändert:

1. Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG sowie Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 6 EnWG sind verpflichtet, die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten hinsichtlich der Eigenkapitalverzinsung nach Maßgabe dieser Festlegung vorzunehmen.

2. Die Vorgaben dieses Änderungsbeschlusses gelten für alle – auch bereits in der Vergangenheit - nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Wirkung ab dem 01.01.2016, solange keine andere Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV hinsichtlich der Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten getroffen wird.
3. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.

G r ü n d e :

I.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK4-12-656 vom 02.05.2012 eine Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten gemäß § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV erlassen. Gegen diese Festlegung ist von zwei Netzbetreibern Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt worden. Während der sich an die Entscheidungen des OLG Düsseldorf angeschlossenen Rechtsbeschwerdeverfahren beim BGH haben die Beschwerdeführer die Beschwerden zurückgenommen. Der BGH hat die Beschwerdeverfahren und die Rechtsbeschwerdeverfahren eingestellt¹, so dass die Verfahren als nicht anhängig geworden anzusehen sind. Die Festlegung BK4-12-656 ist somit bestandskräftig geworden.

Die vorgenannten Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren hatten die Mittelwertbildung bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zum Gegenstand. Die Beschwerden richteten sich gegen die im Ausgangsbescheid durch die Beschlusskammer getroffene Regelung, dass bei Neuanlagen für das erste Jahr der Kostenwirksamkeit bzw. Aktivierung keine Berechnung des Jahresanfangsbestands der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens erfolgen soll, da dieser grundsätzlich Null beträgt (sog. Anfangsbestand von Null).

Auch in anderen Entscheidungen der Regulierungsbehörden ist bei der Mittelwertbildung ein Anfangsbestand von Null angenommen worden. Entscheidungen von Landesregulierungsbehörden, in denen diese Mittelwertbildung bei der Festlegung von Erlösobergrenzen zur Anwendung kam, wurden vom BGH² für rechtswidrig erklärt.

Die Beschlusskammer 4 hat von Amts wegen ein Verfahren nach § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV zur Änderung der Festlegung der Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 18/2016 als Mitteilung Nr. 1268 eingeleitet. Zugleich hat die Beschlusskammer 4 den Entwurf eines Änderungsbeschlusses auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen gemäß § 67 Abs. 1 EnWG bis zum 26.10.2016 gegeben. Im Rahmen der Konsultation sind insgesamt 15 Stellungnahmen von Netzbetreibern und Verbänden eingegangen. Deren Inhalt kann im Wesentlichen wie folgt zusammengefasst werden:

¹ BGH, Beschl. v. 16.09.2014, Az. EnVR 78/13 und EnVR 8/14.

² BGH, Beschl. v. 10.11.2015, Az. EnVR 42/14 und EnVR 43/14.

Grundsätzlich wird die Anpassung des Ausgangsbescheids in allen Stellungnahmen begrüßt. Kritisiert wird jedoch insbesondere der Zeitpunkt der Umsetzung der geänderten Vorgaben zur Mittelwertberechnung. Dabei wird zumeist vorgetragen, dass sich die Umsetzung der Vorgaben des BGH zur Mittelwertberechnung vom 10.11.2015, spätestens mit Wirkung zum 01.01.2016 gebiete. Zum Teil wird gefordert, die geänderte Festlegung bereits für die Anpassungen der Erlösobergrenze ab dem Jahr 2015 anzuwenden bzw. den Ausgangsbescheid bereits mit Wirkung auf den Zeitpunkt seines Erlasses zu ändern.

In einigen Stellungnahmen wird vorgebracht, dass der Tenor 2.) missverständlich formuliert sei. Die Formulierung „für alle nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Kostenwirksamkeit ab 2017“ könne dahingehend interpretiert werden, dass der Plan-Ist-Abgleich für die Jahre 2012 bis 2016 nach wie vor auf der Grundlage der bis dato angewendeten Methode zur Mittelwertbildung erfolgen würde und lediglich Investitionsmaßnahmen mit erstmaliger Kostenwirksamkeit ab 2017 von der Neuregelung erfasst würden. Dies sei nicht sachgerecht. In diesem Zusammenhang wird um eine Korrektur der Formulierung im Tenor 2.) gebeten.

Vereinzelt wird in den Stellungnahmen gefordert, dass die geänderten Vorgaben zur Mittelwertberechnung auch auf Anlagen im Bau angewendet werden. Hierbei stützen sich die Stellungnehmer auf einen Beschluss des BGH³, in dem entschieden worden sei, dass Anlagen im Bau bei der Ermittlung des zu verzinsenden, betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach den für Fertiganlagen geltenden Grundsätzen zu berücksichtigen sind.

Die Landesregulierungsbehörden sind gem. § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens im Rahmen des AK Netzentgelte vom 29.09.2016 informiert worden. Das Bundeskartellamt wurde am 17.11.2016 über die Einleitung des Verfahrens informiert. Dem Länderausschuss wurde der Festlegungsentwurf am 17.11.2016 vorgestellt und Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG gegeben. Dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden ist mit Schreiben vom 23.11.2016 Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

³ BGH, Beschl. v. 14.08.2008, Az. KVR 39/07.

II.

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 29 Abs. 1 EnWG und § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Den Beteiligten wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Bundeskartellamt sowie die Landesregulierungsbehörden wurden gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens benachrichtigt. Darüber hinaus wurde ihnen unter dem 23.11.2016 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben. Dem Länderausschuss wurde in der Sitzung vom 17.11.2016 gemäß § 60a EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

2. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV liegen vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, Festlegungen zu ändern, die aufgrund von Rechtsverordnungen nach § 21a Abs. 6 EnWG von ihr getroffen wurden, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin die Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung erfüllen.

Bei dem Ausgangsbescheid handelt es sich um eine Festlegung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV, einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG, getroffen wurde.

Die Änderung ist auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV weiterhin sicherzustellen. Die Änderung einer Entscheidung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist insbesondere möglich, wenn sich entweder die Sachlage aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen geändert hat, eine nachträgliche Änderung der Rechtslage erfolgt ist oder sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde etwa aufgrund neuer Erkenntnisse geändert hat⁴. Vorliegend hat sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde geändert:

Auch wenn der Ausgangsbescheid in Bestandskraft erwachsen ist, sieht es die Beschlusskammer als sachgerecht an, den Ausgangsbescheid hinsichtlich der Mittelwertbildung ab dem 01.01.2016 an die Entscheidungen des BGH⁵ anzupassen.

⁴ BGH, Beschl. v. 12.07.2016, Az. EnVR 15/15, S. 10 f.; Britz in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG § 29 Rn. 2.

⁵ BGH, Beschl. v. 10.11.2015, Az. EnVR 42/14 und EnVR 43/14.

Kapitel 4 (Eigenkapitalverzinsung) des Ausgangsbescheids wird daher durch folgenden Abschnitt ersetzt:

Eigenkapitalverzinsung

Die Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung erfolgt entsprechend den Vorgaben des § 7 StromNEV bzw. GasNEV. Für die Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung wird auf das investitionsnotwendige Eigenkapital zurückgegriffen. Die Eigenkapitalquote ergibt sich aus dem Verhältnis von investitionsnotwendigem Eigenkapital zu investitionsnotwendigem Vermögen.

Das investitionsnotwendige Eigenkapital ergibt sich in Anlehnung an § 7 Abs.1 StromNEV bzw. GasNEV aus der Summe der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen bewertet zu den tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten, reduziert um anzusetzende Abzugspositionen und unter Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals.

Zur Berechnung der Eigenkapitalverzinsung hat somit eine Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens gemäß § 7 StromNEV bzw. GasNEV zu erfolgen. Für Neuanlagen erfolgt die Restwertbestimmung gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StromNEV bzw. GasNEV ausschließlich auf Basis der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten, reduziert um anzusetzende Abzugspositionen. Grundstücke sind hierbei gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV bzw. GasNEV immer zu historischen Anschaffungskosten anzusetzen.

Gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV bzw. GasNEV ist bei der Mittelwertbildung der jeweilige Jahresanfangsbestand und der Jahresendbestand zugrunde zu legen. Entsprechend den Entscheidungen des BGH⁶ ist bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte einer Neuanlage, die im Laufe des Geschäftsjahres angeschafft oder fertiggestellt wurde, der Jahresanfangsbestand im Anschaffungsjahr mit den vollen ansetzbaren Anschaffungs- und Herstellungskosten zu berücksichtigen.

Die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung für Fertiganlagen hat entsprechend der Systematik der StromNEV bzw. GasNEV in drei Schritten zu erfolgen:

1. Ermittlung des investitionsnotwendigen Eigenkapitals (§ 7 Abs. 1 S. 2 StromNEV bzw. GasNEV),
2. Ermittlung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitalanteils (§ 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV bzw. GasNEV),
3. Ermittlung der Zinsen für die beiden Eigenkapitalanteile (§ 7 Abs. 6 und Abs. 1 S. 5 StromNEV bzw. GasNEV).

Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.

Das bedeutet, dass die Anpassung der Erlösobergrenze ab dem 01.01.2016 aufgrund von nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen hinsichtlich der Mittelwertbildung nach Maßgabe dieser Festlegung erfolgen muss. Die vorliegende Änderung findet somit auf alle genehmigten Investitionsmaßnahmen Anwendung. Dies gilt unabhängig davon, wann sie genehmigt worden sind, jedoch nur insoweit bei ihnen eine Kostenwirksamkeit im Jahr 2016 oder später eintritt. Da die vorliegende Festlegung in dieser Form zum 01.01.2016 noch kei-

⁶ BGH, Beschl. v. 10.11.2015, Az. EnVR 42/14 und EnVR 43/14.

nen Bestand hatte, konnte zum 01.01.2016 noch keine Anpassung der Erlösobergrenze nach dieser Festlegung erfolgen. Der Ausgleich zwischen dem Betrag, um den die Erlösobergrenze zum 01.01.2016 für genehmigte Investitionsmaßnahmen noch auf Basis des Ausgangsbescheids angepasst wurde und nach der vorliegenden Festlegung hätte angepasst werden dürfen, erfolgt im Rahmen der sog. Istabrechnung. Nach dem Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV (2015, Abschnitt 6.1.1.2) hat der Netzbetreiber zur Prüfung der zulässigen Erlösobergrenzenanpassung der Beschlusskammer Istabrechnungen der für die Erlösobergrenze gemeldeten Investitionsmaßnahmen zum 01.04. des Folgejahres einzureichen. Die Unterlagen für das Jahr 2016 werden somit von den Netzbetreibern zum 01.04.2017 vorgelegt. Die bei der Istabrechnung auftretende Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und mit dem dort geltenden Zinssatz verzinst.

3. Änderungsermessen

Die vorliegende Änderung erfolgt im Rahmen des der Regulierungsbehörde gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG eingeräumten Ermessens und dabei insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Regulierungsbehörde hat nach § 29 Abs. 2 S. 1, 2 EnWG die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden zu ändern, um sicherzustellen, dass diese angemessen und nicht diskriminierend sind. Die Änderung steht im Ermessen der Behörde, ein Anspruch besteht grundsätzlich nicht⁷.

Die Beschlusskammer sieht es als verhältnismäßig an, den Ausgangsbescheid in dem genannten Umfang ab dem 01.01.2016 anzupassen. Dabei waren insbesondere die materielle Gerechtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und die Bestandskraft des Ausgangsbescheids andererseits zu berücksichtigen.

Trotz der bereits eingetretenen Bestandskraft des Ausgangsbescheids ist dessen Änderung vorliegend sachgerecht. Der BGH⁸ hat entschieden, dass bei der Bildung des Mittelwerts zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 GasNEV für Neuanlagen, die im Laufe des Geschäftsjahres angeschafft oder fertiggestellt wurden, im Anfangsbestand dieses Jahres der volle Betrag der maßgeblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen ist. Diese Rechtsprechung zur Auslegung des § 7 Abs. 1 S. 4 GasNEV ist auch auf die Anwendung der Vorschriften im Zusammenhang mit den Investitionsmaßnahmen übertragbar.⁹ Kapitel 4 des Ausgangsbescheids kann daher, was Fertiganlagen betrifft, als materiell rechtswidrig angesehen werden. Dem Beschluss des BGH¹⁰ kann dagegen nicht entnommen werden, dass die geänderte Mittelwertbildung auch für Anlagen im Bau anzuwenden ist. Grund für die Berücksichtigung der vollständigen Anschaffungs- und Herstellungskosten als Jahresanfangsbestand ist der systematische Zusammenhang zwischen den §§ 6 und 7 GasNEV. Nach der Rechtsprechung des BGH hat die in § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV angeordnete Zugangsfiktion eines Anlagenguts zum Jahresbeginn unmittelbare Auswirkungen auf den Restwert dieser Anlage, der im Rahmen des § 7 Abs. 1 GasNEV anzusetzen ist. Die Rechtsprechung des BGH ist demnach auf abschreibungsfähige Anlagegüter begrenzt. Da bei Anlagen im Bau keine Abschreibungen stattfinden und somit die Zugangsfiktion nach § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV nicht einschlägig ist, besteht keine Veranlassung für eine analoge Angleichung der Eigenkapitalverzinsungsbasis im Hinblick auf den Jahresanfangsbestand. Auch aus dem Beschluss des BGH, KVR 39/07 vom 14.08.2008 ergibt sich,

⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.05.2016, Az. VI – 3 Kart 174/14 (V), S. 28.

⁸ BGH, Beschl. v. 10.11.2015, Az. EnVR 42/14 und EnVR 43/14.

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.05.2016, Az. VI – 3 Kart 174/14 (V), S. 28.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 10.11.2015, Az. EnVR 42/14 und EnVR 43/14.

anders als teilweise im Rahmen der Konsultation vorgetragen, nichts Abweichendes. In seiner Entscheidung hat der BGH lediglich klargestellt, dass Anlagen im Bau bei der Ermittlung des nach § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV zu verzinsenden betriebsnotwendigen Eigenkapitals zu berücksichtigen sind.

Um der Entscheidung des BGH vom 10.11.2015 Rechnung zu tragen, sieht es die Beschlusskammer als verhältnismäßig an, den Ausgangsbescheid zum 01.01.2016 zu ändern. Anders als noch in der Konsultationsfassung, die eine Anpassung der Festlegung erst zum 01.01.2017 vorsah, ist die Beschlusskammer nunmehr der Auffassung, dass die Festlegung bereits zum nächstmöglichen Termin nach der BGH-Entscheidung und somit zum 01.01.2016 angepasst werden sollte. Die geplante Anpassung der Festlegung zum 01.01.2017 ging noch von der Überlegung aus, dass maßgeblich für den Zeitpunkt der Anpassung die erstmalige, zukünftige Berücksichtigungsmöglichkeit bei der Anpassung der Erlösobergrenze wäre. Aufgrund der besonderen, auch zeitlichen Umstände, dass eine Änderung der Festlegung nicht mehr vor dem 01.01.2016 möglich gewesen wäre, ist vorliegend aber ausnahmsweise doch eine rückwirkende Anpassung der Festlegung zum 01.01.2016 als sachgerecht anzusehen.

Anders als teilweise im Rahmen der Stellungnahmen vertreten wird, stellt dies jedoch eine rückwirkende Änderung der Festlegung dar, da die Anpassung der Erlösobergrenzen durch die Netzbetreiber zum 01.01.2016 bereits erfolgt ist. Da die Netzbetreiber zunächst eine Anpassung auf Basis von Planwerten vornehmen, erfolgt zwar anhand der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Folgejahr eine sog. Istabrechnung, bei der die Beschlusskammer zugleich die Einhaltung der vorliegenden Festlegung kontrolliert. Dass bei der Istabrechnung auftretende Differenzen zur Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund von Planwerten aus Praktikabilitätsgründen über das Regulierungskonto verrechnet werden, bedeutet jedoch nicht, dass die vorliegende Festlegung erst bei der Abrechnung des Regulierungskontos Wirkung entfaltet. Entsprechend argumentiert jedoch ein Teil der Netzbetreiber im Rahmen der Stellungnahmen, wenn sie darauf verweisen, dass für den Anwendungsbereich der Festlegung der Zeitpunkt des Plan-Ist-Abgleichs im Zuge der Saldierung des Regulierungskontos im Jahr 2017 maßgeblich sei. Richtigerweise muss der Netzbetreiber jedoch bereits bei der ursprünglichen Anpassung der Erlösobergrenze die Vorgaben der Festlegung anwenden, so dass sie auch zu dem Zeitpunkt ihre Wirkung entfaltet. Dass die Behörde bei der Istabrechnung neben der Berücksichtigung der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten auch die richtige Anwendung der Festlegung kontrolliert und ggf. Korrekturen vornimmt, die nicht anders als über das Regulierungskonto ausgeglichen werden können, ändert nichts an der Wirksamkeit der Festlegung zum Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenze.

Die (rückwirkende) Anpassung des Ausgangsbescheids bereits zum 01.01.2016 ist jedoch vorliegend verhältnismäßig. Zeitlich war eine Anpassung der Festlegung zwischen der Entscheidung des BGH, deren Entscheidungsgründe der Behörde am 17.12.2015 zugegangen sind, und dem 01.01.2016 nicht möglich. Hätte die Behörde jedoch in diesem Zeitraum über eine Änderung des Ausgangsbescheids entschieden, hätte die Abwägung zwischen Bestandskraft der Festlegung einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits dazu geführt, dass die Festlegung hinsichtlich der Mittelwertbildung wegen der Rechtsprechung des BGH anzupassen gewesen wäre. Zu diesem sachgerechten Ergebnis soll auch die vorliegende Entscheidung kommen, wenngleich sie zeitlich später getroffen wird. Auch wenn hinsichtlich der bereits erfolgten Anpassung der Erlösobergrenze zum 01.01.2016 eine Korrektur notwendig ist, ist der damit verbundene Rückabwicklungsaufwand vergleichsweise gering, da die Istabrechnung für das Jahr 2016 erst im Jahr 2017 erfolgt. Zudem überwiegt aufgrund der BGH-Entscheidung zu dem Zeitpunkt der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit.

Dagegen erscheint eine Änderung des Ausgangsbescheids ab einem Zeitpunkt, der weiter in der Vergangenheit liegt, etwa, wie zum Teil in den Stellungnahmen gefordert, zum

01.01.2012, 01.01.2013 oder 01.01.2015 nicht geboten. Durch die Rücknahme der Beschwerden gegen den Ausgangsbescheid ist dieser in Bestandskraft erwachsen.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die Netzbetreiber als Adressaten des Ausgangsbescheids die Möglichkeit hatten, den Ausgangsbescheid einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Hiervon haben sie keinen Gebrauch gemacht und den Ausgangsbescheid in Bestandskraft erwachsen lassen. Sie haben damit auf mögliche und zumutbare gesetzlich vorgesehene Rechtsbehelfe verzichtet. Das Individualinteresse der Adressaten des Ausgangsbescheids tritt daher vorliegend hinter das Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zurück. Erst durch die Entscheidung des BGH im November 2015, nicht jedoch durch frühere OLG-Entscheidungen, die nicht rechtskräftig geworden sind, tritt die Bestandskraft hinter die materielle Gerechtigkeit zurück. Teilweise wird im Rahmen der Stellungnahmen vertreten, dass wegen der BGH-Entscheidung im November 2015 eine Anpassung der Festlegung bereits zum 01.01.2015 geboten wäre. Da zum 01.01.2015 die Rechtmäßigkeit der im Ausgangsbescheid angewandten Mittelwertbildung jedoch noch nicht höchstrichterlich geklärt war, ist das Ermessen der Behörde auch noch nicht dahingehend reduziert, die Festlegung bereits zu diesem Zeitpunkt anzupassen. Der Ausgleich zwischen materieller Gerechtigkeit und Bestandskraft fällt in dem Zeitraum vor der BGH-Entscheidung zugunsten der Bestandskraft aus. Erst recht bedarf es somit keiner Anpassung des Ausgangsbescheids zum Zeitpunkt seines Erlasses oder zum 01.01.2013. Darüber hinaus würde eine Anpassung für die Zeit vor dem 01.01.2016 erheblich höheren Rückabwicklungsaufwand bei allen Beteiligten generieren als für die Rückabwicklung der Erlösobergrenzen für das Jahr 2016. Wie oben bereits ausgeführt, stellt eine Anpassung des Ausgangsbescheids zum 01.01.2016 oder früher grundsätzlich eine rückwirkende Anpassung dar. Diese wäre für die Jahre 2012 – 2015, anders als für das Jahr 2016, nicht verhältnismäßig. Anders als für das Jahr 2016 haben die Netzbetreiber für die Jahre 2012 - 2015 ihre Istabrechnungen bereits eingereicht und sie wurden von der Beschlusskammer zum Großteil auch bereits abgerechnet. Zwar könnten grundsätzlich eine erneute Abrechnung und Verrechnung über das Regulierungskonto erfolgen, jedoch ist dies für die betroffenen Jahre teilweise bereits abgeschlossen und eine erneute Öffnung dürfte weitergehende Rechtsunsicherheiten nach sich ziehen. Zudem stünde dies in Anbetracht der Bestandskraft des Ausgangsbescheids und der Entscheidung des BGH erst im November 2015 in keinem angemessenen Verhältnis. Für den Zeitraum vor dem 01.01.2016 überwiegt daher das öffentliche Interesse an der Bestandskraft der Entscheidung.

Lediglich ab dem 01.01.2016 wäre ein Festhalten an den Regelungen zur Mittelwertbildung im Ausgangsbescheid nicht verhältnismäßig. Trotz der Bestandskraft überwiegen ab diesem Zeitpunkt die Interessen der Adressaten des Ausgangsbescheids, dass dieser an die auf den vorliegenden Fall übertragbaren Entscheidungen des BGH zur Mittelwertbildung angepasst wird. Ab dem 01.01.2016 treten die Interessen der Öffentlichkeit an der Fortgeltung des Ausgangsbescheids dahinter zurück.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn (Postanschrift: Postfach 80 01, 53105 Bonn) einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf), eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung

muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Ferner muss sie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Beschwerdeschrift und Beschwerdebeurteilung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung.


Alexander Lüdtké-Handjery

Vorsitzender


Dr. Janine Haller

Beisitzerin


Mario Lamoratta

Beisitzer