



## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2013

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Beschlusskammer 9 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 20. Dezember 2012 (BK9-11/606) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Betroffenen auferlegt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur zur vorläufigen Anordnung gemäß § 72 EnWG der Kosten für Lastflusszusagen (im Folgenden: LFZ) als volatile Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 5 ARegV, Az.: BK 9-11/606, die die Bundesnetzagentur am 20.12.2012 mit Wirkung zum 01.01.2013 erlassen hat.

Mit der Einleitung des Festlegungsverfahrens am 11.04.2012 veröffentlichte die Bundesnetzagentur ein Eckpunktepapier, das die wesentlichen Inhalte der beabsichtigten Festlegung enthielt und gab den Marktbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die von den Fernleitungsnetzbetreibern darauf hin gemeinsam erarbeitete Stellungnahme des B. macht sich die Beschwerdeführerin zu Eigen.

Gegenstand der angegriffenen vorläufigen Anordnung ist zum einen die Festlegung von Kosten für LFZ als volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV. Dementsprechend bestimmt Ziff. 1 des Tenors:

„Die Kosten für LFZ gelten ab dem 01.01.2013 als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV.“

Zur Begründung wird unter Ziff. 2.3.2. ausgeführt:

„... Kosten für LFZ sind als volatil anzusehen, da sowohl die Mengen als auch die Preise, und damit auch die Kosten für LFZ, intertemporal starken Schwankungen unterworfen sind. LFZ sind sowohl in ihrer systemischen Wirkung, als auch hinsichtlich ihrer Preisvolatilität mit Treibenergie- und Verlustenergiekosten vergleichbar. LFZ werden ebenfalls regelmäßig beschafft.“

Darüber hinaus enthält der angegriffene Beschluss Vorgaben für die effiziente Beschaffung von LFZ. Ziff. 2 des Tenors lautet:

„Die Fernleitungsnetzbetreiber, die gemäß § 1 ARegV der Geltung der Anreizregulierung unterworfen sind, sind ab dem 01.01.2013 verpflichtet, die in der Anlage zu diesem Beschluss niedergelegten „Vorgaben für die Beschaffung von LFZ“ bei der Beschaffung von LFZ zu berücksichtigen.“

Unter Ziff. 2.4 sieht der Beschluss die Durchführung von Ausschreibungen vor. Dort heißt es:

„Die Ausschreibung ist ein geeignetes Mittel, um eine effiziente, diskriminierungsfreie und transparente Beschaffung von LFZ sicherzustellen. Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist es dazu insbesondere erforderlich, ein Mindestmaß an Ausschreibungsbedingungen vorzugeben.

Dabei ist nach der Planung des Kapazitätsbedarfs durch den Fernleitungsnetzbetreiber in der Regel eine jährliche Ausschreibung durchzuführen....

Insbesondere ist es erforderlich, weitestgehend einheitliche Produktdefinitionen zu verwenden....“

Im Hinblick auf die Zuschlagserteilung bestimmt Ziff. 2.5.:

„Arbeits- und Leistungspreise sind gewichtet zu bewerten. Die Gewichtung wird durch den Fernleitungsnetzbetreiber bestimmt und ist mit der Ausschreibung zu veröffentlichen.

...

Für die Zuschlagserteilung werden alle Angebote in aufsteigender Reihenfolge in einer Liste zunächst nach dem gewichteten Preis geordnet (Merit-Order-Liste). Die Zuschlagserteilung erfolgt auf Grundlage der Merit-Order-Liste beginnend mit dem Angebot zum niedrigsten gewichteten Preis. Die Zuschlagserteilung hat sich am Maßstab eines im Wettbewerb stehenden, effizient handelnden Netzbetreibers (zu) orientieren; wirtschaftlich unzumutbare Gebote dürfen nicht angenommen werden.“

Die Beschwerde richtet sich gegen die Klassifizierung der Kosten für LFZ als volatil im Sinne des § 11 Abs. 5 ARegV, nicht gegen die Vorgaben zur effizienten Beschaffung. Die Beschwerdeführerin, deren Effizienzwert ausweislich der Angaben der Bundesnetzagentur auch in der zweiten Regulierungsperiode ... % beträgt, macht geltend, dass der angegriffene Beschluss an einem Ermessensdefizit leide und damit rechtswidrig sei.

§ 11 Abs. 5 ARegV gebe vor, dass nur beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten, die im Hinblick auf ihre Preisvolatilität mit Treibenergie- bzw. Verlustenergiekosten vergleichbar seien, als volatil festgelegt werden könnten. Dies treffe aber auf Kosten für LFZ nicht zu, so dass die Festlegung von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgehe und damit an einem Ermessensfehler in Form eines Ermessensdefizits leide. Die Kosten für LFZ seien mit den genannten Kosten entgegen den Ausführungen in dem angegriffenen Beschluss weder in ihren systemischen Wirkungen vergleichbar, noch müssten sie regelmäßig beschafft werden. Anders als bei der Treibenergie stehe es in der unternehmerischen Entscheidung des Netzbetreibers, ob er LFZ kontrahiere. Zudem fielen die Kosten für

LFZ im Gegensatz zu den Kosten für Treibenergie nicht regelmäßig an, so dass es auch insoweit an der Vergleichbarkeit der Kosten fehle.

Schließlich führe die Behandlung von Kosten für LFZ als volatil zu einer Umgehung der Vorgabe in § 11 Abs. 5 ARegV, wonach Kapitalkosten nicht als volatil eingestuft werden könnten. Die Notwendigkeit von LFZ könne durch Leitungs- oder Verdichterausbau ersetzt werden. Indem für volatile Kosten ein Soll-Ist-Abgleich vorgenommen werde, habe der Netzbetreiber mit der Einordnung als volatil einen Anreiz, langfristig Kosten für LFZ zu generieren, anstatt in den Leitungs- bzw. Verdichterausbau zu investieren. Dies stehe auch im Widerspruch zu der Vorgabe in § 9 Abs. 3 S. 1, 4 GasNZV, wonach LFZ möglichst gering zu halten seien.

Jedenfalls sei hilfsweise festzustellen, dass die Kosten für LFZ nicht in jedem Fall, sondern nur dann als volatile Kosten im Sinne des § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV zu behandeln seien, wenn sie ausnahmsweise schon der Menge nach unabhängig von den Einflussmöglichkeiten des Fernleitungsnetzbetreibers – etwa bei Marktgebietszusammenlegungen – anfielen.

Darüber hinaus verstoße § 11 Abs. 5 ARegV und damit auch die Ermächtigungsgrundlage der § 32 Abs. 1 Nr. 4 a ARegV, § 50 Abs. 1 Nr. 4 GasNZV gegen den in

§ 21 a Abs. 5 S. 4 niedergelegten Grundsatz der Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben. Als volatile Kosten gingen die Kosten für LFZ in den Effizienzvergleich ein und unterlägen den Effizienzvorgaben. Diese müssten indes so gestaltet sein, dass der betroffene Netzbetreiber die Vorgaben unter Nutzung der ihm möglichen zumutbaren Maßnahmen erreichen und übertreffen könne. Die Existenz einer Kostenkategorie, die einerseits Effizienzvorgaben unterliege, andererseits aber zu einer jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze führe, sei systemwidrig und verstoße gegen § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG. Dies folge daraus, dass der Netzbetreiber gezwungen sei, die beeinflussbaren Kosten aufgrund von Effizienzvorgaben abzusenken. Gelingen es, entsprechende Kosteneinsparungen bei den volatilen Kostenanteilen zu realisieren, sei der Netzbetreiber jedoch gezwungen, seine Erlösobergrenze nach unten anzupassen. Damit werde er für Kostensenkungsmaßnahmen, die im System der Anreizregulierung gerade „belohnt“ werden sollten, im Ergebnis „bestraft“. Dieser Effekt laufe dem Anreizmechanismus,

der darin bestehe, dass der Netzbetreiber die innerhalb einer Regulierungsperiode realisierten Effizienzgewinne behalten könne, zuwider. Müssten Kosteneinsparungen bzw. -senkungen unmittelbar an die Netznutzer weitergegeben werden, bestehe kein Anreiz, etwaige Einsparungen zu realisieren. In einem funktionierenden Anreizsystem könnten demzufolge bereits systembedingt die volatilen Kostenanteile eines Netzbetreibers im Rahmen der beeinflussbaren Kosten nicht als Kostenabbaupotential herangezogen werden. Dies führe wiederum dazu, dass die Effizienzvorgaben durch Kostensenkungen innerhalb der übrigen beeinflussbaren Kostenpositionen realisiert werden müssten. Diese systembedingte, erhebliche Reduzierung des möglichen Kostenabbaupotentials stelle seinerseits einen Verstoß gegen § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG dar.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom  
20.12.2012 (Az. BK9-11/606) aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss. Bei den volatilen Kostenanteilen handele es sich um einen zulässigen Kostenbestandteil der Anreizregulierung gemäß § 21 a EnWG. Die Festlegung sei auch ermessensfehlerfrei ergangen, da Kosten für LFZ volatile Kosten gemäß § 11 Abs. 5 ARegV darstellten. Zudem stehe die Festlegung mit § 21 a Abs. 3 und Abs. 5 EnWG im Einklang.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 16. Oktober 2013 Bezug genommen.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 20.12.2012 ist rechtmäßig.

I. Die angegriffene Festlegung konnte als vorläufige Anordnung gemäß § 72 EnWG ergehen. Nach allgemeiner Auffassung setzt deren Erlass eine Interessenabwägung voraus, die zur Bejahung eines besonderen öffentlichen oder eines überwiegenden privaten Interesses an der vorzeitigen Entscheidung der Regulierungsbehörde führt (vgl. Salje, EnWG, § 72, Rdn. 9; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 72 Rdn. 4 j.m.w.N.). Die Bundesnetzagentur hat das überwiegende öffentliche Interesse an einer vorzeitigen Entscheidung unter Hinweis auf die Befristung der Festlegungen der Beschlusskammer 7 zur wirksamen Verfahrensregulierung der Beschaffung kapazitätserhöhender Maßnahmen bis zum 31.12.2012 zu Recht bejaht. Das Bedürfnis der Netzbetreiber nach Rechtssicherheit im Hinblick auf die rechtliche Einordnung der Kosten für Lastflusszusagen als kapazitätserhöhende Maßnahmen rechtfertigt eine vorläufige Entscheidung.

II. Die Ermächtigungsgrundlage für die mit der Beschwerde allein angegriffene Ziff. 1 der streitgegenständlichen Festlegung bilden §§ 29 Abs. 1 EnWG, 32 Abs. 1 Nr. 4 a ARegV i.V.m. § 11 Abs. 5 ARegV. Danach kann die Bundesnetzagentur zu volatilen Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 5 ARegV Festlegungen treffen. § 11 Abs. 5 ARegV verstößt nicht gegen § 21 a Abs. 4 S. 1 EnWG. Volatile Kosten stellen einen zulässigen Kostenbestandteil der Anreizregulierung gemäß § 21 a EnWG dar.

Das EnWG unterscheidet zwischen beeinflussbaren, in den Effizienzvergleich eingehenden, nicht zu einer Anpassung der jährlichen Erlösobergrenze führenden Kostenanteilen und den vom Effizienzvergleich ausgenommenen, zu einer Anpassung der jährlichen Erlösobergrenze führenden, nicht beeinflussbaren Kostenanteilen. § 21 a Abs. 4 S. 1 EnWG sieht vor, dass bei der Ermittlung der Erlösobergrenze durch den Netzbetreiber beeinflussbare und nicht von ihm beeinflussbare Kostenanteile zu unterscheiden sind. Effizienzvorgaben sind gemäß § 21 a Abs. 4 S. 6 EnWG nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen.

Bei den im Jahr 2010 neu in § 11 Abs. 5 ARegV aufgenommenen volatilen Kostenanteilen handelt es sich somit um einen Sonderfall (Meyer/Paulus, in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11, Rdn. 62), denn diese fließen einerseits – wie beeinflussbare bzw. vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten – in den Effizienzvergleich ein. Andererseits sieht § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV eine jährliche Anpassung der Erlösobergrenze bei Änderung dieser Kostenanteile vor, so dass sie insoweit wie dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile behandelt werden.

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann dahinstehen, ob es sich bei den volatilen Kostenanteilen um eine Kostenart sui generis oder lediglich um eine Untergruppe der beeinflussbaren und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile handelt (so die bislang allgemein geltende Auffassung; nach Weyer, in Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 78, Rdn. 11 c, bilden diese Kosten eine „Unterart“ oder „Teilmenge“; so auch Meyer/Paulus, in Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 Rdn. 62: „Unterart“, die „keinen vierten Kostenbegriff“ darstellt; Hummel, in: Danner/Theobald, Energierecht, 2012, § 11 ARegV, Rdn. 122, spricht ebenfalls von „Untergruppe“).

Für die Klassifizierung als Untergruppe spricht der Wortlaut des § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV, wonach „andere beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenbestandteile“ nach entsprechender Festlegung als volatile Kostenanteile gelten. Danach werden sie durch das Merkmal der Volatilität als abgrenzbare Teilmenge oder Untergruppe des übergeordneten Kostenbegriffs ausgewiesen. Selbst wenn aber die volatilen Kostenanteile als eine gleichrangige vierte Kostenkategorie sui generis bewertet würden, verstießen § 11 Abs. 5 ARegV und damit auch die Ermächtigungsgrundlage des § 32 Abs. 1 Nr. 4 a ARegV nicht gegen das EnWG als höherrangiges Recht. Zwar sieht das EnWG die Kategorie der volatilen Kostenanteile nicht ausdrücklich vor; § 21 a Abs. 4 Abs.1 EnWG differenziert nur zwischen beeinflussbaren und nicht beeinflussbaren Kostenanteilen. Die Vorgaben des § 21 a Abs. 4 EnWG stehen der Anerkennung volatiler Kostenanteile aber auch nicht entgegen. Die in § 21 a Abs. 4 S. 1 EnWG vorgenommene Differenzierung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit S. 6, wonach die Effizienzvorgaben ausschließlich beeinflussbare bzw. vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten betreffen dürfen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 11 Abs. 5 ARegV können als volatil aber ohnehin nur Kosten gelten, die beeinflussbar oder vorübergehend nicht beeinflussbar sind. Nur wenn derartige Kosten potentiell erhebliche Schwankungen aufweisen, können sie durch die Regulierungsbehörde als volatil festgelegt werden. Damit hat der Verordnungsgeber im Hinblick auf die Besonderheit dieser Kosten für größere Flexibilität sorgen wollen. Die durch § 11 Abs. 5 ARegV eingeführte Kategorie der volatilen Kostenanteile steht mit der Vorgabe des § 21 a Abs. 4 S. 6 EnWG, wonach Effizienzvorgaben nur auf die beeinflussbaren bzw. vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile bezogen werden und nicht auf unbeeinflussbare Kosten wirken dürfen, demnach in Einklang.

**III.** Die Festlegung von Kosten für LFZ als volatil entspricht auch den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 5 i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4 a ARegV.

An der Volatilität der Kosten für LFZ hat der Senat keine Zweifel. Sowohl die angebotenen Mengen als auch die Einkaufspreise für LFZ können starken Schwankungen unterworfen sein. Dies hat die Bundesnetzagentur in ihrer Beschwerdeerwiderung vom 18.09.2013 anhand der Entwicklung des Grenzübergangspreises für den Erdgasimport, der bei arbeitspreisbasierten LFZ mit dem in Rechnung gestellten Arbeitspreis einen ausgeprägten Zusammenhang aufweist, plausibilisiert. Dem tritt die Beschwerdeführerin in der Sache nicht entgegen. Vielmehr hat auch der B. in seiner Stellungnahme vom 12.06.2012 zu dem Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur, die sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung ausdrücklich zu eigen macht, bestätigt, dass die Klassifizierung dieser Kosten als volatil nachvollziehbar sei.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich ein Ermessensfehler in Form eines Ermessensdefizites auch nicht aus einer fehlenden „systemischen“ Vergleichbarkeit von Kosten für LFZ mit denen für Treibenergie. § 11 Abs. 5 ARegV setzt eine systemische oder inhaltliche Vergleichbarkeit von als volatil festgelegten Kosten mit denen für Treibenergie bereits nicht voraus. Wie die Bundesnetzagentur zu Recht ausführt, handelt es sich bei den Kosten für die Beschaffung von Treibenergie erkennbar nicht um ein Regelbeispiel, dessen zentrale Eigenschaften und Merkmale sich auch bei anderen als volatil festgelegten Kosten wiederfinden lassen müssen, sondern die Kosten für Treibenergie sind durch den Verordnungsgeber gesondert als volatil ausgewiesen worden. Maßgeblich für die Festlegung weiterer Kostenbestandteile als volatil ist ausschließlich deren potentielle, abstrakte Schwankungsbreite, nicht aber die systemische Vergleichbarkeit mit den Kosten für Treibenergie.

Unabhängig davon geht der Einwand der Beschwerdeführerin, die Kosten für LFZ seien nicht mit denen für Treibenergie vergleichbar, weil es anders als bei der Treibenergie in der unternehmerischen Entscheidung des Netzbetreibers stehe, ob er LFZ kontrahiere, auch in der Sache fehl: Unterfiele die Kontrahierung von LFZ nicht der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, handelte es sich nicht um

beeinflussbare, sondern um nicht beeinflussbare Kosten, für die eine Klassifizierung als volatil von vornherein ausscheiden müsste.

Ebenfalls ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, im Gegensatz zu den Kosten für Treibenergie fielen Kosten für LFZ nicht regelmäßig an, so dass es auch insoweit an der Vergleichbarkeit der Kosten fehle. Aus der Regelung unter Ziff. 2, wonach die in der Anlage zur Festlegung niedergelegten Vorgaben bei der Beschaffung von LFZ zu berücksichtigen sind, folgt bereits - worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist -, dass LFZ regelmäßig beschafft werden sollen. Unter Ziff. 3.3 der Anlage ist eine jährliche Ausschreibung vorgesehen, daneben können gemäß Ziff. 3.4 weitere Ausschreibungen bei Bedarf treten. Dabei kann dahinstehen, ob bei jährlicher Ausschreibung eine mit dem Beschaffungsrhythmus bei Treibenergie vergleichbare Regelmäßigkeit gegeben ist, denn darauf kommt es nach dem klaren Wortlaut des § 11 Abs. 5 ARegV nicht an: Der Ordnungsgeber stellt ausschließlich auf die Volatilität, nicht dagegen auf einen bestimmten, mit dem der Treibenergie vergleichbaren Beschaffungsrhythmus ab. Die potentielle Schwankungsbreite ist das einzige Kriterium, das volatile von anderen beeinflussbaren/vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten unterscheidet und ihre besondere Behandlung rechtfertigt. Indem S.1 die Kosten für Treibenergie gesondert als volatil festlegt und S. 2 ausdrücklich die Einordnung anderer beeinflussbarer Kostenanteile als volatil regelt, wird schon aus dem Aufbau und der Struktur der Norm deutlich, dass der Ordnungsgeber weitere Entsprechungen oder Ähnlichkeiten zur Treibenergie für die Festlegung als volatil gerade nicht voraussetzt.

**IV.** Ohne Erfolg macht die Beschwerde schließlich geltend, die Behandlung von Kosten für LFZ als volatil führe zu einer Umgehung der Vorgabe in § 11 Abs. 5 ARegV, wonach Kapitalkosten nicht als volatil eingestuft werden könnten. Es ist bereits nicht ersichtlich, inwiefern eine solche Umgehung die Betroffene beschweren würde. Darüber hinaus geht der Einwand, die Festlegung von Kosten für LFZ als volatil setze für Netzbetreiber einen Anreiz, langfristig derartige Kosten zu generieren, anstatt in den Leitungs- bzw. Verdichterausbau zu investieren, auch in der Sache fehl. Die dieser Argumentation zugrunde liegende Annahme, bei LFZ handele es sich um einen Ersatz für Netzausbaumaßnahmen, ist unzutreffend. Die Bundesnetzagentur weist zu Recht darauf hin, dass LFZ der effizienten und

zeitnahen Beseitigung kurzfristiger Engpässe im Netz dienen. Eine solche Engpassbewältigung wäre kurzfristig durch Netzausbau nicht zu erreichen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht die Festlegung von Kosten für LFZ als volatil auch nicht im Widerspruch zu der Vorgabe in § 9 Abs. 3 S. 1, 4 GasNZV, wonach LFZ möglichst gering zu halten sind. Unabhängig davon, dass auch in diesem Zusammenhang eine Beschwer der Betroffenen nicht erkennbar ist, setzt die angegriffene Entscheidung der Bundesnetzagentur, diese Kosten als volatil zu behandeln, keinen mit § 9 Abs. 3 S. 1, 4 GasNZV unvereinbaren Anreiz für Netzbetreiber, den Umfang von LFZ über das gebotene - möglichst gering zu haltende - Ausmaß hinaus zu erhöhen. Der für diese Kosten im Unterschied zu Kapitalkosten vorgesehene Soll-Ist-Abgleich kann sich positiv wie negativ auf die Erlösobergrenze wirken.

Zudem hat die Bundesnetzagentur durch Ziff. 2 von der Ermächtigung des § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV Gebrauch gemacht und Anreize gesetzt, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Indem sie die Fernleitungsnetzbetreiber durch Ziff. 2 des Beschlusses zur Berücksichtigung der in der Anlage niedergelegten Ausschreibungs- und Zuschlagsregelungen für eine transparente und am Gebot der Wirtschaftlichkeit orientierte Beschaffung verpflichtet, hat sie einen Mechanismus zur effizienten Beschaffung von LFZ festgelegt. Angesichts dessen ist weder ersichtlich noch von der Beschwerde dargetan worden, dass und wodurch Netzbetreiber motiviert sein könnten, LFZ in einem über das Notwendige hinausgehenden Maß zu kontrahieren.

**V.** Zurückzuweisen ist auch der weitere Einwand der Beschwerdeführerin, dass Kosten für LFZ jedenfalls nur dann als volatil im Sinne des § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV zu behandeln seien, wenn sie ausnahmsweise schon der Menge nach unabhängig von den Einflussmöglichkeiten des Fernleitungsnetzbetreibers – etwa bei Marktgebietszusammenlegungen – anfielen. Eine solche Einschränkung sieht der Wortlaut der Norm erkennbar nicht vor: Danach ist es für die Einordnung als volatile Kostenanteile unerheblich, worauf der Bedarf beruht.

**VI.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die durch § 1 Abs. 5 ARegV vorgesehene Kategorie der volatilen Kosten weder systemwidrig und mit den

Prinzipien der Anreizregulierung unvereinbar noch verstößt sie gegen den Grundsatz der Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben gemäß § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG.

**1.** Tragendes Prinzip der Anreizregulierung ist das Setzen von Anreizen zur Kosteneinsparung durch Effizienzsteigerung. Dies geschieht durch die Entkoppelung der Entgelte bzw. Erlöse von der Kostenentwicklung. Dem Netzbetreiber werden die nach Effizienzkriterien ermittelten Obergrenzen der Erlöse vorgegeben. Gelingt es ihm, die Kosten stärker zu senken, als durch die Erlösobergrenze unterstellt, darf er den dadurch erwirtschafteten Gewinn zusätzlich zur Eigenkapitalverzinsung während der Regulierungsperiode behalten, bevor in der folgenden Regulierungsperiode die entstandenen Effizienzgewinne an alle Netznutzer weitergereicht werden. Dieser Mechanismus setzt – wie im Wettbewerb – einen ökonomischen Anreiz zur Effizienzsteigerung für die Netzbetreiber, wobei das Realisieren von Effizienzpotentialen kein Selbstzweck ist, sondern dem Ziel einer preisgünstigen und sicheren Energieversorgung dient (vgl. Groebel, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21 a Rdn. 1). Damit der beschriebene Mechanismus funktioniert, bestimmt § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG, dass die Effizienzvorgaben so gestaltet sein müssen, dass sie ein Übertreffen erlauben.

Ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, dieser Anreizmechanismus werde durch die Einführung der Kategorie der volatilen Kosten gestört. Ihre Argumentation, für den Netzbetreiber bestehe kein Anreiz, Effizienzpotentiale zu heben, weil er Kostensenkungen bei den volatilen Kostenanteilen nicht als Gewinn behalten, sondern sofort an die Netznutzer weitergeben müsse, so dass die Behandlung der LFZ als volatile Kostenanteile systemwidrig sei, geht fehl. Dem wirkt Ziff. 2 der Festlegung entgegen. Zugleich mit der den Gegenstand der Beschwerde bildenden Einordnung der Kosten für LFZ als volatil hat die Bundesnetzagentur durch Ziff. 2 entsprechend dem Auftrag des § 32 Abs.1 Nr. 4 a ARegV Anreize gesetzt, die gewährleisten, dass volatile Kosten nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Damit wird dem Effekt begegnet, dass im Hinblick auf als volatil anerkannte Kostenanteile die der Anreizregulierung immanenten ökonomischen Effizienz-steigerungsanreize entfallen oder verringert werden: Findet eine jährliche Berücksichtigung von Kostensteigerungen in der Erlösobergrenze statt, so entfällt zwar grundsätzlich der Anreiz für eine effiziente Beschaffung, weil die

Kosten unmittelbar durchgereicht werden können und ineffizient hohe Beschaffungskosten nicht zu einer Minderung der eigenen Gewinnmarge führen. Zu ineffizient hohen Beschaffungskosten kann es aber nicht kommen, weil die Netzbetreiber verpflichtet sind, die LFZ im Wege eines marktorientierten, diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens zu beschaffen, nämlich mittels öffentlicher Ausschreibung und Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot. Durch Ziff. 2 der Festlegung wird somit gewährleistet, dass es auch ohne den der Anreizregulierung immanenten ökonomischen Anreiz, Kostenabbaupotentiale zu realisieren, um den dadurch generierten Gewinn zu behalten, zu einer kosteneffizienten Beschaffung kommt. Das von der Beschwerdeführerin beschriebene Szenario, wonach Netzbetreiber mangels Anreizes keine Anstrengungen mehr unternehmen, Kosten für LFZ abzubauen, wird demnach nicht eintreten. Die Art und Weise des Beschaffungsvorgangs unterliegt nämlich nicht der unternehmerischen Disposition. Auch wenn dem Netzbetreiber Kostenabbau bei LFZ nicht mehr als Gewinn zu Gute kommt, ist er zur Einhaltung der Beschaffungsvorgaben, die eine kosteneffiziente Beschaffung gewährleisten, verpflichtet.

Eine Unvereinbarkeit mit den tragenden Prinzipien der Anreizregulierung ergibt sich auch nicht vor dem Hintergrund, dass Kostensenkungen bei als volatil festgelegten Kosten weder zum Abbau von Ineffizienzen eingesetzt werden können, noch als Gewinn in der laufenden Regulierungsperiode zur Verfügung stehen. Der von der Beschwerdeführerin als systemwidrig bezeichnete Effekt, dass sinkende Kosten für LFZ nicht als Gewinn einbehalten werden dürfen, bildet die notwendige und zwingende Kehrseite des dem Schutz der Netzbetreiber dienenden Vorteils, dass Kostensteigerungen unmittelbar zu einer Erhöhung der Erlösobergrenze führen. Die Anpassung der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV wirkt zweiseitig. Die Absenkung nach unten bei Kostensenkungen korrespondiert damit, dass der Netzbetreiber gestiegene Kosten unmittelbar an die Netznutzer weiterreichen darf. Ohne die Einordnung der Kosten für LFZ als volatil würden Kostensteigerungen unmittelbar zu einer Verringerung des Gewinns eines 100 % effizienten Netzbetreibers führen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin können die Auswirkungen von Kostensenkungen auf die Erlösobergrenze nicht gesondert, sondern nur in einer Zusammenschau mit den sich bei Kostenerhöhungen ergebenden Folgen betrachtet

werden. Die sich potentiell zu Lasten des Netzbetreibers auswirkenden Folgen von Kostensenkungen werden durch die zu Gunsten wirkenden Effekte bei Kostenerhöhungen ausgeglichen. Insgesamt ergibt sich damit keine systemwidrige Störung des Anreizmechanismus. Dieser wird vielmehr um die Einflüsse bereinigt, die mit den vom Netzbetreiber durch unternehmensindividuelle Entscheidungen faktisch kaum steuerbaren Schwankungen der Kostenhöhe verbunden sind, so dass sich die Festlegung im Hinblick auf den Anreizmechanismus insgesamt neutral verhält.

Die Feststellung, dass der Netzbetreiber den Schwankungen der Kostenhöhe bei LFZ in stärkerem Maße ausgesetzt ist als bei anderen Kostenpositionen und diese durch Rationalisierungsmaßnahmen kaum beeinflussen kann, beruht auf einer tatsächlichen Bewertung des Sachverhalts und steht mit der rechtlichen Bewertung, wonach es sich bei den Kosten für LFZ nicht um dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten handelt (vgl. BGH, Beschl. v. 06.11.2012, EnVR 101/10), nicht in Widerspruch. Die Kosten für Maßnahmen, mit denen gebuchte Kapazitäten im vorgelagerten Netz verringert oder Kapazitätsengpässe im vorgelagerten oder im eigenen Netz vermieden werden können, unterliegen schon insofern dem Einfluss des Netzbetreibers, als dieser die Wahl zwischen mehreren unterschiedlichen Arten von Maßnahmen hat. Entscheidet er sich für die Einholung einer Lastflusszusage, ist er zur Einhaltung der in der Anlage zu der Festlegung niedergelegten Vorgaben verpflichtet, die eine effiziente Beschaffung von LFZ gewährleisten sollen und mittels derer der Netzbetreiber Einfluss auf die Kostenhöhe nimmt.

**2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verstößt die Behandlung der Kosten für LFZ als volatil auch nicht gegen § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG, wonach die Effizienzvorgaben erreichbar und übertreffbar sein müssen.

Ihre Annahme, die Existenz einer Kategorie von Kosten, die auf der einen Seite Effizienzvorgaben unterfallen, auf der anderen Seite jedoch nach § 4 Abs. 3 S. 1 ARegV zu einer jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze führen, habe eine systemwidrige und der Vorgabe des § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG widersprechende Beschränkung der potentiellen Kostenabbaumasse zur Folge, geht fehl. Dabei kann dahinstehen, ob die Beschwerdeführerin, ..., sich auf den von ihr beschriebenen Effekt überhaupt berufen könnte. Zwar können Kostensenkungen bei LFZ infolge der Festlegung als volatil nicht zum Abbau von Ineffizienzen bei anderen Kostenanteilen

genutzt werden. Umgekehrt führen Kostensteigerungen bei LFZ aber auch nicht dazu, dass der Netzbetreiber zu überproportionalen Einsparungen bei anderen Kostenanteilen gezwungen ist, um einen Kostenanstieg für LFZ auszugleichen. Diese beidseitige Wirkungsweise trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Netzbetreiber hinsichtlich der Höhe der Kosten für LFZ weniger Rationalisierungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen als bei anderen beeinflussbaren Kosten. Dem entspricht es, dass der Netzbetreiber Kostensenkungen, die typischerweise nicht auf unternehmensindividuelle Rationalisierungsmaßnahmen zurückzuführen sind, weder als Zusatzgewinn während der Regulierungsperiode behalten noch sie zum Abbau von Ineffizienzen einsetzen kann, aber auch Kostensteigerungen, die er ebenfalls durch unternehmensindividuelle Maßnahmen kaum beeinflussen kann, nicht durch verstärkten Kostenabbau bei anderen Kostenanteilen kompensieren muss.

Durch die Einführung der Kostenkategorie der volatilen Kosten wird die Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben durch Ausschöpfung aller möglichen und zumutbaren Rationalisierungspotentiale zudem methodisch nicht gefährdet. Auch wenn Kostensenkungen nicht zum Abbau ineffizienter Kosten eingesetzt werden können, hat der Netzbetreiber die Möglichkeit, bestehende Ineffizienzen durch andere mögliche und zumutbare Rationalisierungsmaßnahmen zu beheben oder zu senken. Dies gilt im Streitfall umso mehr, als es sich bei den Kosten für LFZ bereits dem Grunde nach um effiziente Kosten handelt, die faktisch kein Rationalisierungspotential enthalten. Dass der Abbau von Ineffizienzen nur durch das Ausnutzen von Kostensenkungen bei LFZ gelingen kann und andere Rationalisierungsmaßnahmen zur Erreichung der Effizienzvorgabe unmöglich oder unzumutbar sind, ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin dargetan.

Ohne Erfolg wendet die Beschwerdeführerin des Weiteren ein, die angegriffene Festlegung habe in rechtswidriger Weise zur Folge, dass der Abbau von Ineffizienzen aus dem effizienten Kostenanteil erfolgen müsse. Ihre Argumentation suggeriert, dass der abzubauenen Kostenanteil aus ineffizienten Kosten bestehe und es somit einen Block aus effizienten Kosten gebe, der für den Abbau von Ineffizienzen nicht zur Verfügung stehen müsse. Diese Annahme ist bereits im Ansatz verfehlt. Die abzubauenen Ineffizienzen stellen nur eine rechnerische Größe in Form eines Anteils der Gesamtkosten dar. Dieser wird dadurch ermittelt, dass der

Differenzbetrag aus Gesamtkosten und nicht beeinflussbaren Kostenanteilen mit dem Effizienzwert multipliziert wird. Der sich ergebende Kostenanteil entspricht dem eines effizienten Netzbetreibers, der verbleibende muss innerhalb von zwei Regulierungsperioden abgebaut werden. Als effizient eingestufte Kostenpositionen, die dem Abbau von Ineffizienzen von vornherein entzogen sind, sind im System der Anreizregulierung nicht vorgesehen. Deren Wesen besteht gerade darin, durch das Setzen von Anreizen bei gleichzeitiger Einräumung größtmöglicher unternehmerischer Freiheit den Wettbewerb mit Chancen und Risiken abzubilden. Den Netzbetreibern bleibt es wie im Wettbewerb selbst überlassen, welche Rationalisierungsmaßnahmen sie zur Erreichung der Effizienzvorgaben ergreifen, d.h. welche Kostenpositionen sie wie reduzieren wollen.

### C.

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

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse setzt der Senat unter Zugrundelegung der übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur auf 50.000 € fest

### D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat.

#### 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

F.

Dr. K.