



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 A. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2014

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

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 10. Oktober 2012 (BK4-08-261A03) aufgehoben, soweit die Antragstellerin in Abschnitt G.IV. angewiesen wird, die Kapital- und Betriebskosten der genehmigten Investitionsmaßnahme aus dem Jahr 2011 für die Berechnung des Abzugsbetrags anzusetzen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Bundesnetzagentur.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und des zugrunde liegenden Verwaltungsverfahrens ist die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt B. gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes mit Sitz in

Mit Schreiben vom 30. Juni 2008 beantragte die Antragstellerin die Genehmigung eines Investitionsbudgets für das oben bezeichnete Projekt. Mit Beschluss vom 15. Januar 2010 (BK4-08-261), geändert durch die Beschlüsse vom 28. Dezember 2010 (BK4-08-261A) und vom 11. Mai 2011 (BK4-08-261A02) erfolgte die Genehmigung des Investitionsbudgets. Am 23. Februar 2012 schlossen die Parteien eine Vereinbarung zur Umsetzung der Rechtsprechung des Senats zu Investitionsbudgets (im Folgenden: „Vergleichsvertrag“). Darin verpflichtete sich die Bundesnetzagentur, die vom Vergleichsvertrag umfassten Anträge auf Genehmigung von Investitionsbudgets unter Beachtung der zu den einzelnen Punkten vereinbarten Vorgehensweisen neu zu bescheiden. Der Vergleichsvertrag umfasst auch das Investitionsbudget für das streitbefangene Investitionsprojekt. Im Gegenzug verzichtete die Antragstellerin darauf, gegen die auf der Grundlage des Vergleichsvertrags neu beschiedenen Investitionsbudgetgenehmigungen in Bezug auf die in dem Vergleichsvertrag geregelten Punkte Rechtsmittel einzulegen.

Mit Schreiben vom 30. März 2012 beantragte die Antragstellerin, den Genehmigungszeitraum für Einzelmaßnahmen des Investitionsprojekts bis zum 31. Dezember 2018 zu verlängern. Mit Schreiben vom 1. Juni 2012 beantragt die Antragstellerin wegen der am 22. März 2012 in Kraft getretenen Neuregelung der ARegV zusätzlich die Anpassung der Erlösobergrenzen um die Kapital- und Betriebskosten gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV im Jahr der Kostenwirksamkeit. Die Beschlusskammer hörte die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. Juni 2012 zu dem geplanten Beschluss an. Die Antragstellerin verzichtete auf eine Stellungnahme.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 10. Oktober 2012 hat die Beschlusskammer den Tenor des Ausgangsbescheids geändert und die Investitionsmaßnahme für das Projekt B. genehmigt. Die Genehmigung und die Anpassung der Erlösbergrenze für die bis einschließlich 2011 in Betrieb genommenen Anlagengüter hat sie auf den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2013 befristet. Die Genehmigung und die Anpassung der Erlösbergrenze für die bis einschließlich 2016 in Betrieb genommenen Anlagengüter hat sie bis zum 31. Dezember 2018 befristet. Im Übrigen hat sie den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat die Beschlusskammer ausgeführt, die Änderung des Ausgangsbeschlusses erfolge im Rahmen des ihr eingeräumten Auswahlermessens. Die Genehmigungsfähigkeit des streitbefangenen Projekts sei bereits mit dem Ausgangsbescheid festgestellt worden. Die Genehmigung sei auf den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2013 bzw. bis zum 31. Dezember 2018 zu beschränken, da diese Zeitpunkte jeweils dem Ende der Regulierungsperiode, in der das Investitionsprojekt abgeschlossen werde, entsprächen. Aufgrund der vorliegenden Investitionsmaßnahme könnten gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV Kapital- und Betriebskosten als Plankosten geltend gemacht werden. Der Ausgleich des nachfolgenden Abgleichs von Ist-Kosten mit den geltend gemachten Plankosten erfolge gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV über das Regulierungskonto. Bei der Anpassung der Erlösbergrenze im Zusammenhang mit Investitionsmaßnahmen sei auch § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a i.V.m. § 23 Abs. 2a ARegV zu beachten. Danach seien die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Kapital- und Betriebskosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen, indem sie bis zum Ende der Genehmigungsdauer aufgezinnt und gleichmäßig über 20 Jahre, beginnend mit dem Jahr nach Ablauf der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme aufgelöst würden. Mit dieser Regelung werde verhindert, dass es durch den Wechsel auf die sofortige Kostenanerkennung in der Erlösbergrenze zu einer doppelten Berücksichtigung von Kapital- und Betriebskosten aus Investitionsmaßnahmen komme. Denn die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer entstandenen Kapital- und Betriebskosten würden ansonsten aufgrund der neuen Regelung nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösbergrenze gemäß § 4 Abs. 1 ARegV der folgenden Regulierungsperiode berücksichtigt.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin. Sie meint, der Beschluss gebe ihr zu Unrecht vor, die Kapital- und Betriebskosten der genehmigten Investitionsmaßnahme aus dem Jahr 2011 für die Berechnung des Abzugsbetrags nach § 23 Abs. 2a ARegV anzusetzen.

Sie ist der Ansicht, die Beschwerde sei zulässig, weil die Bundesnetzagentur anordne, für die Berechnung des Abzugsbetrags auf die letzten drei Jahre der Genehmigungsdauer abzustellen. Soweit die Genehmigung und die Anpassung der Erlösobergrenzen für die bis einschließlich 2011 in Betrieb genommenen Anlagengüter auf den Zeitraum bis 31. Dezember 2013 befristet seien, betreffe dies die Jahre 2011, 2012 und 2013. Zwar nehme sie bei dem Grunde nach genehmigten Investitionsmaßnahmen selbst eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV vor, sie werde jedoch durch die Verpflichtung zur Berechnung des Abzugsbetrags beruhend auf den Kapital- und Betriebskosten für das Jahr 2011 belastet.

Im Übrigen sei der Beschluss auch materiell rechtswidrig. Die Auslegung durch die Beschlusskammer widerspreche § 23 Abs. 2a S. 1 ARegV. Die Tatbestandsvoraussetzungen für das in-Ansatz-Bringen eines Abzugsbetrags gemäß § 23 Abs. 2a ARegV lägen für die Jahresscheibe 2011 nicht vor. Die Beschlusskammer interpretiere die Regelung zu Unrecht dahin, dass die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten generell als Abzugsbetrag zu berücksichtigen seien. Voraussetzung für den Ansatz der letzten drei Jahrescheiben sei vielmehr eine Berücksichtigung der betreffenden Kapitalkosten auf Grund der Regelung nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch nach § 4 Abs. 1 ARegV in der Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsbehörde. Dagegen dürften Kapital- und Betriebskosten, welche diese kumulativen Voraussetzungen nicht erfüllten, nicht für die Berechnung des Abzugsbetrags herangezogen werden.

Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 2a ARegV, nach dem nur die Kapital- und Betriebskosten abzuziehen seien, die aufgrund der Regelung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch nach § 4 Abs. 1 ARegV in der Erlösobergrenze der folgenden Regu-

lierungsperiode berücksichtigt würden. Für die Jahresscheibe 2011 sei jedoch bereits die erste Tatbestandsvoraussetzung nicht erfüllt. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV schreibe i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV vor, dass für die Kosten der Investitionsmaßnahme eine jährliche Anpassung der Erlösobergrenze auf t-0 Basis erfolge. Für die Kostenscheiben der Jahre 2010 und 2011 sei jedoch weiterhin eine Anpassung mit zweijährigem Verzug vorgesehen.

Die Vorgehensweise der Beschlusskammer verstoße auch gegen Sinn und Zweck der Regelung, welche nach den Verordnungsmaterialien eine mehrfache Finanzierung von Investitionskosten durch die Netznutzer aufgrund des Wechsels zur sofortigen Kostenanerkennung verhindern solle. Nicht erfasst sein sollten Kosten, die systemimmanent aufgrund des bereits nach bisherigem Recht bestehenden Ansatzes, das Basisjahr als Maßstab für die Kostenanerkennung der nachfolgenden Regulierungsperioden heranzuziehen, entstünden. Eine mehrfache Finanzierung aufgrund des Wechsels auf die sofortige Kostenanerkennung finde im Hinblick auf die Kostenscheibe des Jahres 2011 jedoch nicht statt. Die Betriebs- und Kapitalkosten 2011 führten weiterhin, auch nach dem Wechsel auf die sofortige Kostenanerkennung, zu einer Anpassung der Erlösobergrenze erst zum 1. Januar 2013. Ferner finde die Jahresscheibe 2011 nach neuem Recht in der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode Berücksichtigung, da das Jahr 2011 im Strombereich das Basisjahr gemäß § 6 Abs. 2 S. 3 ARegV gewesen sei. Diese Berücksichtigung im Rahmen der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode sei jedoch systemimmanent bedingt und nicht durch den Wechsel auf die sofortige Kostenanerkennung. Die Berücksichtigung der Jahresscheibe 2011 im Rahmen der ersten Regulierungsperiode und im Ausgangsniveau der folgenden Regulierungsperiode sei bereits nach altem Recht erfolgt, ohne dass ein Abzugsbetrag vorgesehen gewesen sei. Mit dem Systemwechsel auf die sofortige Kostenanerkennung sei vom Verordnungsgeber jedoch eine Verbesserung des Investitionsrahmens durch Beseitigung des bestehenden Liquiditätsnachteils beabsichtigt gewesen. Der barwertneutrale Ausgleich solle dagegen den Renditenachteil des Zeitverzugs ausgleichen, könne aber nicht den Nachteil ausgleichen, dass im Jahr (t-0) die liquiden Mittel noch nicht zur Verfügung ständen.

Zudem sei § 23 Abs. 2a ARegV gemäß der Übergangsregelung in § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV auf die Jahresscheibe 2011 nicht anwendbar. Danach führten Kapital- und

Betriebskosten, die in den Jahren 2010 und 2011 entstanden seien, nur zu einer Anpassung der Erlösobergrenze mit t-2-Zeitverzug und einem barwertneutralen Ausgleich. Da die Anwendung des § 23 Abs. 2a ARegV bereits nach dem Wortlaut eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV n.F. voraussetze, diese für die Kosten, die in 2011 entstanden seien, jedoch nicht statfinde, stehe die Anwendung des § 23 Abs. 2a ARegV auch im Widerspruch zur Systematik der §§ 23 Abs. 2a, 4 Abs. 3 Nr. 2 und § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV.

Schließlich könne nicht angenommen werden, dass der Verordnungsgeber eine rückwirkende Änderung der Rechtslage zu Ungunsten des Netzbetreibers beabsichtigt habe. Die Anwendung des § 23 Abs. 2a ARegV auf die Jahresscheibe 2011 sei mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes nicht vereinbar.

Sie beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 10. Oktober 2012, Az. BK4-08-261A03, aufzuheben, soweit sie in Abschnitt G.IV. angewiesen wird, die Kapital- und Betriebskosten der genehmigten Investitionsmaßnahme aus dem Jahr 2011 für die Berechnung des Abzugsbetrags anzusetzen.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Die Beschwerde sei bereits unstatthaft, weil die von der Antragstellerin isoliert angefochtene Passage des angefochtenen Bescheids keine Regelungswirkung entfalte. Es handele sich lediglich um einen deklaratorischen Hinweis auf die sich unmittelbar aus § 23 Abs. 2a ARegV ergebenden Rechtsfolgen.

Die Beschwerde sei aber jedenfalls unbegründet. Nach dem Wortlaut der Regelung des § 23 Abs. 2a ARegV sei nicht zwingend davon auszugehen, dass die von der Antragstellerin angeführten Merkmale als zusätzliche Tatbestandsmerkmale aufgenommen worden seien. Genauso gut könne man sie als erläuternden oder klarstellenden Zusatz im Sinne einer Parenthese verstehen. Diese Lesart werde auch von der Verordnungsbegründung gestützt, in der es heiße, die in den letzten drei Jahren

der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten, die im Rahmen der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme anerkannt würden, seien bis zum Ende der Genehmigungsdauer aufzuzinsen. Dem Wortlaut, der ausdrücklich die letzten drei Jahresscheiben der Genehmigungsdauer nenne, lasse sich auch entnehmen, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin, der in § 23 Abs. 2a ARegV geregelte Abzugsbetrag beziehe sich nur auf die Jahresscheiben 2012 und 2013, nicht durchgreifen könne.

Auch systematische Erwägungen stützten die Lesart als Parenthese. Dagegen entfalteten die von der Antragstellerin herausgearbeiteten Begriffe keinerlei Abgrenzungsfunktion zu anderen Sachverhalten. Die Abschaffung des Zeitverzugs t-2 gelte für alle ab dem Kalenderjahr 2012 (neu) beschiedenen Investitionsmaßnahmen, da für diese Maßnahmen die ARegV in der ab dem 22. März 2012 geltenden Fassung Anwendung finde. Für die Jahresscheiben 2010 und 2011 sei zwar keine Anpassung der Erlösobergrenze mit t-0 gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV n.F. vorgesehen, jedoch sei mit § 34 Abs. 6 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. ARegV a.F. eine Übergangsregelung unabhängig vom Einzelfall getroffen worden. Dort sei geregelt, dass für die Jahresscheiben 2010 und 2011 zwar noch die ARegV a.F. insoweit Anwendung finde, als die Anpassung der Erlösobergrenzen mit einem zweijährigen Verzug erfolge, hierfür werde jedoch ein barwertneutraler Ausgleich gewährt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin erfolge somit auch die Anpassung der Erlösobergrenze für die Jahresscheibe 2011 nach der Norm des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV, nur in ihrer alten Fassung. Der Verweis des Ordnungsgebers auf § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV diene daher nicht der Abgrenzung und könne nicht als Tatbestandsmerkmal verstanden werden, sondern er beschreibe lediglich die Systematik, die dazu führe, dass die Anerkennung der Jahresscheiben in der Erlösobergrenze zum einen über das Instrument der Investitionsmaßnahmen und zum anderen über die Ausgangsbasis für die nächste Regulierungsperiode erfolge. Der Norm des § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV lasse sich kein Regelungsgehalt entnehmen, der über den zuvor beschriebenen hinausgehe. Insbesondere lasse sich daraus nicht ableiten, dass die ARegV für die in § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV genannten Fälle insgesamt in ihrer alten Fassung anzuwenden sei.

Auch gebe § 23 Abs. 2a ARegV entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht vor, dass die Berücksichtigung von Kosten im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme und nach § 4 Abs. 1 ARegV im Rahmen der Erlösobergrenze zeitgleich erfolgen müsse. Dies sei bereits systematisch ausgeschlossen. Denn das Auslaufen der Befristung sei notwendige Voraussetzung für eine Berücksichtigung in der Erlösobergrenze.

Die nach dem Willen des Verordnungsgebers zu vermeidende Doppelberücksichtigung beruhe vielmehr auf dem Fotojahr-Effekt bzw. den daraus resultierenden unterschiedlichen Betrachtungsweisen: Für die allgemeine Erlösobergrenze werde auf ein drei Jahre vor Beginn der Regulierungsperiode liegendes Fotojahr abgestellt, im Rahmen der Investitionsmaßnahmen finde jedoch eine Anpassung der Erlösobergrenze ohne Zeitverzug statt. Bei der Bestimmung der allgemeinen Erlösobergrenze werde auf die Kosten aus dem Fotojahr abgestellt. Bezogen auf eine einzelne Maßnahme würden somit die Kostenscheiben von drei Jahren vor Beginn der entsprechenden Regulierungsperiode bis zum Ende der Abschreibungsdauer in der allgemeinen Erlösobergrenze berücksichtigt. Durch die in der ARegV angelegte Systematik würden bei der Anpassung der Erlösobergrenze jedoch bereits alle Kapital- und Betriebskosten, die in dieser Zeit entstünden, unmittelbar, also mit t-0 berücksichtigt und somit auch die drei Jahresscheiben, die später nochmals im Rahmen der allgemeinen Erlösobergrenze berücksichtigt würden. Sinn und Zweck von § 23 a ARegV sei es zwar, mit der Umstellung auf t-0 einen Liquiditätsvorteil zu gewähren, jedoch keine zusätzlichen Jahresscheiben. Es bestehe insoweit kein Unterschied zwischen der Absicherung der Liquidität durch t-0 oder durch den hier gewährten barwertneutralen Ausgleich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung vom 22. Januar 2014 Bezug genommen.

B.

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig.

Der von der Antragstellerin auf einen entsprechenden Hinweis des Senats klarstellend formulierte Anfechtungsantrag ist statthaft, denn die Antragstellerin durfte davon ausgehen, dass es sich bei den angefochtenen Ausführungen der Beschlusskammer um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde handelt.

a) Eine Entscheidung im Sinne der §§ 75 Abs. 1, 73 Abs. 1 EnWG liegt dann vor, wenn es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG handelt (BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06, bei juris unter Rn. 22; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Auflage, § 73 Rn. 6). Ob und wie weit eine verbindliche Regelung getroffen werden soll, entscheidet allein die Behörde. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, d.h. also der am objektiven Inhalt zu messende Bindungswille. Entsprechend § 133 BGB ist im Wege der Auslegung daher zu ermitteln, wie ihn der durch die Erklärung Betroffene einschließlich eines Drittbetroffenen bei verständiger Würdigung verstehen durfte (vgl. Senat, Beschluss vom 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 (V) m.w.N.). Unklarheiten bezüglich der Frage, ob die Behörde die Verwaltungsaktform gewählt hat, gehen jedenfalls zu Lasten der Verwaltung (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, § 35 Rn. 73a).

Im Streitfall ist zwischen einem feststellenden Verwaltungsakt, der lediglich eine bestehende Rechtslage – allerdings rechtsverbindlich – feststellt und einem schlichten Hinweis auf die Rechtslage, der bloßen Mitteilung oder Auskunft ohne Regelungscharakter, zu unterscheiden (vgl. Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 25. Ergänzungslieferung, § 42 Abs. 1 Rn. 26). Dabei kann es sich auch um einen schlichten Hinweis handeln, wenn dieser in die Begründung eines Verwaltungsakts aufgenommen worden ist (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 35 Rn. 86).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Beschwerde statthaft, weil die Antragstellerin davon ausgehen durfte, dass es sich bei den Ausführungen unter Ziff. G. IV. der Begründung des angefochtenen Bescheids um einen Verwaltungsakt handelt. Zwar befasste sich der Antrag der Antragstellerin nur mit der Genehmigung eines Investitionsbudgets, der Verlängerung des Genehmigungszeitraums sowie dem Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenzen und nicht mit der Verfahrensweise nach Ablauf der Genehmigung. Die Beschlusskammer hat sich jedoch im angefochtenen Beschluss, wie auch bereits im Anhörungsschreiben vom 14. Juni 2012, zu der

Regelung des § 23 Abs. 2a ARegV geäußert. Im Gegensatz zu dem bereits vom Senat zum Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV entschiedenen Fall (Beschluss vom 11.12.2013, VI-3 Kart 249/12 (V)) handelt es sich vorliegend allerdings um allgemeine Ausführungen ohne Bezugnahme auf den konkreten Fall. Den allgemeinen Ausführungen der Beschlusskammer zu § 23 Abs. 2a ARegV kann aber nicht eindeutig entnommen werden, dass sie eine reine Wiedergabe und Zusammenfassung der Gesetzeslage darstellen sollten. Denn sie geben die Norm des § 23 Abs. 2a ARegV nur unvollständig wieder. Insbesondere enthalten sie nicht den in § 23 Abs. 2a S. 1 ARegV enthaltenen Relativsatz, der die in Abzug zu bringenden Kapital- und Betriebskosten der letzten drei Jahre einer Regulierungsperiode inhaltlich näher beschreibt. Danach durfte die Antragstellerin davon ausgehen, dass die Beschlusskammer ihrem Beschluss eine bestimmte Auslegung der von ihr dargestellten Vorschrift zugrunde legt, die für auf die Bestimmung der Erlösobergrenzen für die nächste Regulierungsperiode Anwendung finden soll, und damit eine Regelung treffen wollte.

Unerheblich ist insoweit, dass der Abzugsbetrag erst in der folgenden, hier also der zweiten Regulierungsperiode, bei Anpassung der Erlösobergrenzen nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a i.V.m. § 23 Abs. 2a ARegV wirksam wird. Zwar sind Netzbetreiber grundsätzlich auf nachträglichen Rechtsschutz zu verweisen. Im Streitfall durfte die Antragstellerin aber davon ausgehen, dass die Beschlusskammer bereits im angefochtenen Bescheid eine Verpflichtung der Antragstellerin zum Ansatz des Abzugsbetrags jeweils für die letzten drei Jahre der Regulierungsperiode, also auch für das Jahr 2011, festlegen wollte.

2. Die Beschwerde der Antragstellerin ist auch begründet. Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf die geltend gemachte teilweise Aufhebung des angefochtenen Bescheids, da dieser insoweit rechtswidrig ist. Zu Unrecht geht die Bundesnetzagentur davon aus, die Antragstellerin habe nach Auslaufen der Genehmigung der Investitionsmaßnahme am 31. Dezember 2013 bei der Ermittlung ihrer Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode für das Jahr 2011 einen Abzugsbetrag gemäß § 23 Abs. 2a ARegV zu berücksichtigen.

a) Durch die am 22. März 2012 in Kraft getretene Änderung der ARegV wird der nach der alten Fassung des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 2. Hs. ARegV bestehende Zeitverzug („t-2“) bei der Erlöswirksamkeit von Betriebs- und Kapitalkosten aus Investitionsmaßnahmen, die unter die Regelung des § 23 ARegV fallen, beseitigt. Die Betriebs- und Kapitalkosten, die gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV als Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme geltend gemacht werden können, werden nunmehr gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV unmittelbar im Jahr ihrer Entstehung in der Erlösobergrenze abgebildet („t-0“). Die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme wird bis zum Ende der Regulierungsperiode, in der das Investitionsprojekt abgeschlossen wird, erteilt. Dabei gilt das Investitionsprojekt als abgeschlossen, wenn die wesentlichen Szenariobedingungen, die dem Investitionsantrag zugrunde liegen, eingetreten sind. Sofern der Projektabschluss erst nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode i.S.d. § 6 Abs. 2 S. 3 ARegV liegt, ist die Investitionsmaßnahme bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode zu genehmigen. Während des Zeitraums der Genehmigung erfolgt eine Anpassung der Erlösobergrenzen durch den Netzbetreiber gemäß § 4 Abs. 3 i.V.m. § 11 Abs. 2 Nr. 6 ARegV, die der Bundesnetzagentur gemäß § 28 Nr. 1 ARegV mitzuteilen ist. Da es sich bei den in der Erlösobergrenze geltend gemachten Betriebs- und Kapitalkosten zunächst um Planwerte handelt, ergibt sich die Notwendigkeit eines so genannten Plan-Ist-Abgleichs zwischen den angesetzten Plankosten und den tatsächlich in dem betrachteten Jahr entstandenen Ist-Kosten für eine Investitionsmaßnahme. Der Ausgleich der sich aus der Gegenüberstellung von Plan- und Ist-Kosten eventuell ergebenden Differenz erfolgt gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV über das Regulierungskonto. Erst nach Ablauf der Genehmigung können die Betriebs- und Kapitalkosten des Investitionsprojekts in die Ausgangsbasis nach § 6 Abs. 1 ARegV aufgenommen werden (vgl. zur Vorgehensweise insgesamt „Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV 2012“ der Bundesnetzagentur).

Allerdings gilt diese Regelung erst für Betriebs- und Kapitalkosten ab dem Jahr 2012. Für die Kosten der Jahre 2010 und 2011 besteht mit § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV eine Übergangsregelung, nach der bei einer Änderung von nicht beeinflussbaren Kostenanteilen wegen Kosten, die in den Jahren 2010 oder 2011 entstanden sind, die Erlösobergrenzen nach der ARegV in ihrer bis zum 22. März 2012 geltenden Fassung angepasst werden, wobei zuzüglich ein barwertneutraler Ausgleich berücksichtigt

wird. Nur auf Investitionsbudgets, die bis zum 30. Juni 2011 beantragt wurden und die im Jahr 2012 kostenwirksam werden sollen, findet die ARegV in der ab dem 22. März 2012 geltenden Fassung entsprechende Anwendung.

§ 23 Abs. 2a ARegV regelt den nach Ablauf der Befristung erfolgenden Übergang der Investitionsmaßnahme in die allgemeine Erlösobergrenze. Danach sind die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten, die auf Grund der Regelung nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 1 ARegV der folgenden Regulierungsperiode berücksichtigt werden, als Abzugsbetrag zu berücksichtigen. Aufgrund der Befristung einer Investitionsmaßnahme bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode, in der das Projekt abgeschlossen wird, erfolgt der Übergang in die allgemeine Erlösobergrenze stets mit dem Wechsel der betreffenden Regulierungsperioden. Eine Investitionsmaßnahme, deren Befristung mit Ende der vorangegangenen Regulierungsperiode nicht abgelaufen ist, geht in der folgenden Regulierungsperiode noch nicht in die allgemeine Erlösobergrenze über. Somit ist das Auslaufen der Befristung notwendige Voraussetzung für eine Berücksichtigung in der allgemeinen Erlösobergrenze.

b) Die Vorschrift des § 23 Abs. 2a ARegV ist dahin zu verstehen, dass nach neuer Rechtslage die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten nach Ablauf der Genehmigungsdauer grundsätzlich als Abzugsbetrag zu berücksichtigen sind und mit ihnen in der in § 23 Abs. 2a S. 2-4 ARegV beschriebenen Art zu verfahren ist (so bereits Senat im Beschluss vom 11.12.2013, VI-3 Kart 249/12 (V)).

Die Bundesnetzagentur meint zu Recht, die nach dem Verordnungsgeber zu vermeidende doppelte Berücksichtigung von Kosten läge darin, dass Kapital- und Betriebskosten, die bereits in der letzten Regulierungsperiode der Laufzeit der Genehmigung im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme berücksichtigt wurden, nun nochmals Niederschlag in der Erlösobergrenze der auf den Ablauf der Befristung folgenden Regulierungsperiode fänden. In diesem Sinne findet tatsächlich eine doppelte Berücksichtigung von Kosten der Investitionsmaßnahme statt. Nach der Änderung der ARegV werden bei der Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund von Investiti-

onsmaßnahmen bereits alle Kapital- und Betriebskosten, die in dieser Zeit entstehen, unmittelbar, also mit t-0, berücksichtigt. In der auf das Auslaufen der Genehmigung folgenden Regulierungsperiode fließen die Kosten der letzten drei Jahre dieser Maßnahme aber auch in die allgemeine Erlösobergrenze. Denn für die allgemeine Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode wird auf das drei Jahre vor Beginn der Regulierungsperiode liegende Basisjahr oder Fotojahr abgestellt. Hierdurch fließt die Investitionsmaßnahme mit dem Restbuchwert und der Restabschreibungsdauer des Basisjahrs in die allgemeine Erlösobergrenze ein. Das Übertragen der Restabschreibungsdauer des Basisjahrs führt dazu, dass die Gesamtabschreibungsdauer des Anlagenguts, für das die Investitionsmaßnahme genehmigt wurde, um drei Jahre (Basisjahr und die zwei letzten Jahre der vorangehenden Regulierungsperiode) verlängert wird. Dadurch werden in der folgenden Regulierungsperiode noch einmal Kosten der genehmigten Investitionsmaßnahme für die letzten drei Jahresscheiben der vorangegangenen Regulierungsperiode über die allgemeine Erlösobergrenze berücksichtigt. Zwar wird in der allgemeinen Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode wegen des Fotojahreffekts in jedem Jahr der Wert des Basisjahrs angesetzt und nicht die in den letzten zwei Jahren angefallenen tatsächlichen Kosten. Es werden jedoch drei über die nach der GasNEV vorgesehene Abschreibungsdauer hinausgehende Jahresscheiben berücksichtigt.

Dieser Effekt war zwar auch vor der Umstellung vom t-2-Verzug auf die sofortige Kostenanerkennung (t-0) bei Investitionsmaßnahmen vorhanden. Allerdings kam es vor der Änderung nur zur doppelten Anerkennung einer Jahresscheibe. Nach der alten Regelung für Investitionsbudgets wären im Streitfall nur die Kosten für die Jahresscheibe 2011 doppelt berücksichtigt worden. Diese Kosten wären über die Anpassung der Erlösobergrenze sowohl im Jahr 2013 (t-2) finanziert worden als auch wegen des Fotojahr-Effekts über die allgemeine Erlösobergrenze im Jahr 2014. Dagegen wären die Jahresscheiben für die Jahre 2012 und 2013 wegen des t-2-Verzugs und des Auslaufens der Genehmigung nur über die allgemeine Erlösobergrenze, also nur einfach berücksichtigt worden.

Bereits vor der Änderung der ARegV zum 22. März 2012 kam es demnach zu einer doppelten Berücksichtigung einer Jahresscheibe. Der Umfang der Mehrfachberücksichtigung hat sich jedoch durch die Änderung der ARegV vergrößert. Dies vermag

auch den Text der Verordnungsbegründung zu erklären, wonach sich der Verordnungsgeber aufgrund des Wechsels auf die sofortige Kostenanerkennung veranlasst gesehen hat, mehrfach berücksichtigte Beträge vom Erlös des Netzbetreibers wieder abzuziehen.

c) Die Verpflichtung zum Ansatz des Abzugsbetrags nach § 23 Abs. 2a ARegV greift jedoch nur, soweit die Kapital- und Betriebskosten aufgrund der Neuregelung der ARegV im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nummer 2 ARegV im Jahr der Kostenwirksamkeit (t-0) berücksichtigt werden. Für die im Rahmen von genehmigten Investitionsmaßnahmen entstehenden Betriebs- und Kapitalkosten der Jahre 2010 und 2011 ist dagegen kein Abzugsbetrag gemäß § 23 Abs. 2a ARegV anzusetzen.

aa) Zwar ist, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 11. Dezember 2013 (VI-3 Kart 249/12 (V)) ausgeführt hat, nicht davon auszugehen, dass ein Abzug im Sinne des § 23 Abs. 2a ARegV nur hinsichtlich der Kapital- und Betriebskosten erfolgen soll, bei denen eine zeitgleiche Berücksichtigung der Kosten über die Investitionsmaßnahme und über die allgemeine Erlösobergrenze stattfindet. Aus der Vorschrift des § 23 Abs. 2a ARegV ergibt sich jedoch, dass ein Abzug nur für Kosten, die im Jahr ihrer Entstehung (t-0) geltend gemacht werden können, stattfinden soll.

§ 23 Abs. 2a ARegV schreibt einen Abzug nur für die in den letzten drei Jahren der Regulierungsperiode entstandenen Kapital- und Betriebskosten vor, die auf Grund der Regelung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 1 der folgenden Regulierungsperiode zu berücksichtigen sind. Die Regelung des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV sieht aber vor, dass für die Kosten von Investitionsmaßnahmen eine jährliche Anpassung der Erlösobergrenzen im Jahr der Entstehung der Kosten (t-0) erfolgt. Dies ist bei Kosten, die in den Jahren 2010 und 2011 entstehen, nicht der Fall. Insoweit ist entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur davon auszugehen, dass es sich bei der im nachfolgenden Relativsatz enthaltenen Konkretisierung der abzuziehenden Kapital- und Betriebskosten um Tatbestandsmerkmale handelt, was der Senat in seiner Entscheidung vom 11. Dezember 2013 (VI-3 Kart 249/12 (V)) noch offen gelassen hatte. Dass die Voraussetzungen,

die eine Norm aufstellt, echte Tatbestandsvoraussetzungen sind, stellt den Regelfall dar. Weder die Formulierung noch die Gesetzesmaterialien zu § 23 Abs. 2a ARegV bieten Anhaltspunkte dafür, dass dieser Passus lediglich als erläuternder Einschub anzusehen ist. Insbesondere ergibt sich ein solcher Anhaltspunkt nicht aus dem Umstand, dass in der Verordnungsbegründung pauschal und ohne Einschränkung ausgeführt wird, für den Abzugsbetrag sei auf die letzten drei Jahre der Regulierungsperiode abzustellen. Dies lässt sich auch damit erklären, dass der Verordnungsgeber bei der Begründung der Vorschrift nur den zukünftig eintretenden Regelfall im Blick hatte und die Problematik des Übergangs vom alten auf das neue Recht an dieser Stelle nicht darstellen wollte.

Soweit die Bundesnetzagentur meint, der Verweis des Verordnungsgebers in § 23 Abs. 2a ARegV auf § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV sei nicht als Verweis auf die aktuelle Fassung des § 4 ARegV zu verstehen, sondern beschreibe nur die Systematik, ist dem nicht zu folgen. Bei Verweisen auf andere Normen innerhalb eines Gesetzes ist davon auszugehen, dass auf eine Rechtsnorm in der zum Zeitpunkt des Erlasses der verweisenden Norm gültigen Fassung verwiesen wird und nicht auch auf vor diesem Zeitpunkt gültige Fassungen. Ansonsten wäre der Normgeber gehalten, bei Erlass einer Verweisungsvorschrift auch deren Konformität mit früheren, nicht mehr gültigen Fassungen der Vorschrift, auf die verwiesen wird, zu überprüfen. Zudem bestünden auch für den Rechtsanwender erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Voraussetzungen der verweisenden Norm.

bb) Darüber hinaus spricht auch die Übergangsregelung § 34 Abs. 6 S. 1 ARegV dafür, dass eine Abzugsverpflichtung für die Jahre 2010 und 2011 nicht besteht.

Nach dieser Vorschrift werden bei einer Änderung von nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 wegen Kosten und Erlösen, die in den Jahren 2010 oder 2011 entstanden sind, die Erlösobergrenzen nach der ARegV in ihrer bis zum 22. März 2012 geltenden Fassung angepasst, wobei zuzüglich ein barwertneutraler Ausgleich berücksichtigt wird. Nach Satz 2 findet auf Investitionsbudgets, die bis zum 30. Juni 2011 gem. § 23 ARegV in der bis zum 22. März 2012 geltenden Fassung beantragt wurden und die im Jahr 2012 kostenwirksam werden sollen, die Verordnung in der ab dem 22. März 2012 geltenden Fassung entsprechende Anwen-

dung.

Satz 1 der Vorschrift stellt klar, dass für die Jahre 2010 und 2011 die alte Rechtslage gelten soll, wobei zusätzlich ein barwertneutraler Ausgleich zu gewähren ist. Dies spricht gegen die Verpflichtung zur Vornahme eines Abzugs. Denn nach altem Recht war ein Abzug von im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme bereits refinanzierten Kosten in der folgenden Regulierungsperiode nicht vorgesehen. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass Satz 1 ausschließlich den barwertneutralen Ausgleich regelt und ihm für die Anwendbarkeit der Regelung des § 23 Abs. 2a ARegV keinerlei Bedeutung zukommt. Dafür, dass der Verordnungsgeber die Jahre 2010 und 2011 nach dem bis zum 22. März 2012 geltenden Recht behandeln wollte, spricht schon, dass die Ergänzung des barwertneutralen Ausgleichs nur in einem Nebensatz („...wobei zuzüglich...“) an die Hauptaussage des Satzes 1 („...werden die Erlösobergrenzen nach dieser Verordnung in ihrer bis zum 22.03.2012 geltenden Fassung angepasst..“) angehängt ist. Der Hauptteil des Satzes 1 verweist hingegen auf die Anwendbarkeit alten Rechts.

cc) Aus Sinn und Zweck der Regelungen lässt sich nichts anderes herleiten. Soweit die Bundesnetzagentur anführt, es sei nicht ersichtlich, dass der Verordnungsgeber mit dem barwertneutralen Ausgleich eine andere Zielsetzung verfolgt habe als mit dem Wechsel zur sofortigen Kostenanerkennung, es bestehe insoweit kein Unterschied zwischen der Absicherung der Liquidität durch t-0 oder durch den gewährten barwertneutralen Ausgleich, ist dem nicht zu folgen. Die Umstellung auf die sofortige Kostenanerkennung erfolgte um den Liquiditätsnachteil von Netzbetreibern bei Investitionsmaßnahmen zu beseitigen. Die Zielsetzung des barwertneutralen Ausgleichs ist jedoch eine andere. Sie beseitigt keine Liquiditätsnachteile, sondern soll dem Ausgleich des Renditenachteils aufgrund des Zeitverzugs dienen.

Ausgehend von der Ansicht, dass nach dem Willen des Verordnungsgebers durch Gewährung eines barwertneutralen Ausgleichs die Jahre 2010 und 2011 der sofortigen Kostenanerkennung ab dem Jahr 2012 gleichgestellt werden sollten, wäre die Regelung des § 23 Abs. 2a ARegV auch nicht folgerichtig. Denn der barwertneutrale Ausgleich wird für die Jahre 2010 und 2011 Strom- und Gasnetzbetreibern gleichermaßen gewährt. Die unterschiedliche Länge der ersten Regulierungsperiode bei

Strom- und Gasnetzbetreibern würde jedoch dazu führen, dass die Gasnetzbetreiber einen Abzug nach § 23 Abs. 2a ARegV für die Jahresscheiben 2010 bis 2012 vornehmen müssten, während bei den Stromnetzbetreibern die Abzugsverpflichtung für die Jahre 2011 bis 2013 gelten würde. Die Stromnetzbetreiber müssten demnach für das Jahr 2010 trotz des barwertneutralen Ausgleichs keinen Abzug vornehmen. Hätte der Verordnungsgeber mit der Regelung des barwertneutralen Ausgleichs die Pflicht zum Abzug der letzten drei Jahresscheiben der Regulierungsperiode ausgleichen wollen, so hätte es nahe gelegen, eine Unterscheidung zwischen Gas- und Stromnetzbetreibern vorzunehmen. Der Umstand, dass der Verordnungsgeber eine solche Unterscheidung nicht vorgenommen hat, spricht also ebenfalls dafür, dem barwertneutralen Ausgleich nicht die gleiche Wirkung zuzuschreiben wie der sofortigen Kostenanerkennung.

dd) Schließlich ergibt sich aus der von der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 2014 vorgelegten email, die der damalige Vorsitzende der Beschlusskammer 4 an den Leiter für Finanzen und Controlling der Antragstellerin geschrieben hat, kein Anhaltspunkt dafür, dass hinsichtlich der Einbeziehung der Jahresscheibe 2011 in die Abzugsverpflichtung nach § 23 Abs. 2a ARegV eine Übereinkunft der am Verordnungsgebungsverfahren Beteiligten bestand. Die email enthält zwar in der Zeile „Betreff“ einen Hinweis auf den Abzugsbetrag. Im Text der email finden sich jedoch nur Ausführungen dazu, dass es auch zu einer Erhöhung der Rendite der Netzbetreiber kommt, wenn für die Jahresscheibe 2011 nicht t-0, sondern weiterhin der zweijährige Zeitverzug mit barwertneutralem Ausgleich gilt. Der Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV wird dort nicht erwähnt.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Bundesnetzagentur die Kosten zu tragen und der Antragstellerin die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat nach § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO bereits in der öffentlichen Sitzung vom 22. Januar 2014 im Einverständnis mit den Parteien auf 50.000 Euro festgesetzt.

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.

A.

Dr. K.