



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. und die Richterin am Oberlandesgericht K. R.

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

Die Beschwerde der Betroffenen vom 17.06.2014 gegen den Beschluss der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 20.04.2015 (BK9-14/704) wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen.

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

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe:**

### **A.**

Mit ihrer Beschwerde begehrt die Betroffene eine vollständige Befreiung von der ihr mit Beschluss der Bundesnetzagentur vom 20.04.2015 im Wege der Vorteilsabschöpfung auferlegten Zahlungsverpflichtung in Höhe von ... €.

Die Betroffene ist ein Unternehmen mit Sitz in .... Sie betreibt den Handel mit Gas aller Art sowie den Handel mit bzw. die Herstellung von Gasgeräten und anderen Produkten. Als weiteren Unternehmensgegenstand verzeichnet das Handelsregister ....

Sie ist als übernehmender Rechtsträger nach Maßgabe des Verschmelzungsvertrages vom 15.10.2012 am 22.10.2012 mit der A. GmbH als übertragendem Rechtsträger verschmolzen.

Die A. GmbH handelte ebenfalls mit Gas und Gasgeräten und stellte solche Geräte auch her. Darüber hinaus war sie – anders als die Betroffene – bis zum 01.01.2012 auch Netzbetreiberin von Erdgasnetzen, die in verschiedenen Ländern der Bundesrepublik Deutschland lagen. Im Jahr 2008 besaß und betrieb sie die Erdgasnetze ....

Die Bundesnetzagentur setzte für die vorgenannten Erdgasnetze zusammen mit Beschluss vom 03.12.2008, Az.: BK9-07/892, gegenüber der A. GmbH für das Jahr 2009 eine Erlösobergrenze i.H.v. ... €, für das Jahr 2010 eine Erlösobergrenze i.H.v. ... € und für das Jahr 2011 eine solche i.H.v. ... € fest.

Die A. GmbH erzielte im Jahre 2009 Umsätze aus Netzentgelten i.H.v. ... € (erzielbare Erlöse im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV), im Jahre 2010 i.H.v. ... € und im Jahre 2011 i.H.v. ... €.

Zum 01.01.2009 verkaufte und übertrug die A. GmbH ihr Erdgasnetz ... an die B. AG/C. GmbH, zum 01.05.2009 veräußerte und übertrug sie ihre Erdgasnetze in den Ortschaften ... und zum 01.06.2009 ihr Netz in der Ortschaft ... an die D. GmbH.

Für die im Jahre 2009 erfolgten Netzübergänge stellten sowohl die A. GmbH als auch die entsprechenden Käufer der Netze Anträge auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV, und zwar mit Schreiben vom 18.03.2010 betreffend den Verkauf des Erdgasnetzes ... und mit Schreiben vom 24.11.2010 und 25.11.2010 betreffend den Übergang der übrigen in 2009 veräußerten Erdgasnetze. Entsprechende Erhebungsbögen stellten sie am 27.08.2010, 06.09.2010 und am 25.11.2010 in das Energiedatenportal der Bundesnetzagentur ein, ausweislich deren von der ursprünglich festgesetzten Erlösobergrenze ein Anteil von ... € auf die C. GmbH und von ... € an die D. GmbH übergehen sollte.

Mit Schreiben vom 20.12.2010 übersandte die Bundesnetzagentur der A. GmbH eine „Information zum Regulierungskonto Gas gemäß § 5 ARegV für das Jahr 2009“. Eine Bearbeitung der Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV war zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt. Das Schreiben enthielt folgenden Hinweis:

„Die Beschlusskammer weist daraufhin, dass diese Mitteilung zum Stand des Regulierungskontos einen rein informatorischen Charakter hat. Einen Bescheid, in dem der Saldo des Regulierungskontos festgestellt wird, erhalten Sie am Ende der ersten Regulierungsperiode.

In der Anlage 1 dieses Schreibens erhalten Sie eine Übersicht, in der der gesamte Differenzbetrag des Jahres 2009 und damit der Saldo des Regulierungskontos zum 31.12.2009 ausgewiesen ist. Aus dieser Übersicht geht auch hervor, ob eine Anpassung der Netzentgelte erfolgen kann bzw. erfolgen muss sowie die Höhe der Anpassung der zu verprobenden Erlöse des Jahres 2011. In der dem Schreiben beigefügten Anlage wurden für das Jahr 2009 erzielbare Erlöse i.H.v. ... € und eine Erlösobergrenze i.H.v. ... € ausgewiesen. Unter „Anpassung der Netzentgelte gemäß § 5 Abs. 3 ARegV zum 01.01.2011“ war „keine Anpassung!“ vermerkt.

Mit Beschluss vom 08.04.2011 nahm die Bundesnetzagentur die beantragte Neufestlegung der Erlösobergrenzen gem. § 26 Abs. 2 ARegV vor (BK9-09/1034,

BK9-10/1034, BK9-11/1034) und setzte die Erlösobergrenze der A. GmbH rückwirkend für das Jahr 2009 auf ... €, für das Jahr 2010 auf ... € und für das Jahr 2011 auf ... € herab.

Die A. GmbH passte ihre Netzentgelte jedoch nicht zum 01.01.2011 an. Von 2010 bis 2011 verkaufte die A. GmbH mit Ausnahme der Erdgasnetze ... alle von ihr betriebenen Erdgasnetze. 2012 verkaufte und übertrug sie schließlich das Erdgasnetz ... an die F. GmbH und die Erdgasnetze ... an die H. GmbH, die das Erdgasnetz ... zum 01.01.2013 an die I. GmbH weiter verkaufte. In den Kaufverträgen zwischen der A. GmbH und der H. GmbH wurde der H. GmbH kein besonderer Stand des Regulierungskontos und kein besonderer Saldo desselben zugesichert. Grundlage der Kaufpreise für die Erdgasnetze ... war allein der aktuelle Restbuchwert der Erdgasnetze.

Mit Wirkung zum 22.10.2012 wurde die A. GmbH auf die Betroffene verschmolzen, die ursprünglich eine hundertprozentige Tochter der A. GmbH und mit Wirkung zum 15.10.2012 an die neu gegründete J. GmbH & Co. KG übertragen worden war.

Anfang 2014 übermittelte die Betroffene der Bundesnetzagentur auf Nachfrage eine Bescheinigung ihrer Wirtschaftsprüfer vom 23.01.2014 über die in den Jahren 2009-2011 erzielten Umsatzerlöse aus Nutzungsentgelten der auf sie verschmolzenen A. GmbH, nach der für das Jahr 2009 Umsatzentgelte aus Netznutzungsentgelten i.H.v. ... €, für das Jahr 2010 solche i.H.v. ... und für das Jahr 2011 solche i.H.v. ... € bescheinigt wurden.

Mit Schreiben vom 17.02.2014 teilte die Bundesnetzagentur der Betroffenen mit, dass sie aufgrund der ihr übersandten Bescheinigung vom 23.01.2014 davon ausgehe, dass von der A. GmbH im Jahre 2009 Mehrerlöse i.H.v. ... € erzielt worden seien, die im Jahre 2011 durch eine Netzentgeltanpassung an die Kunden zurückgewährt bzw. ausgeglichen hätten werden müssen.

Die Betroffene widersprach mit Schreiben vom 26.02.2014 und teilte mit, dass ihrer Einschätzung nach für 2009 lediglich Mehrerlöse i.H.v. ... € erwirtschaftet worden seien. Die daraufhin am 25.03.2014 und am 12.06.2014 zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur geführten Gespräche, in denen die Bundesnetzagentur

anregte, die Betroffene möge die Mehrerlöse des Jahres 2009 in Höhe von ... € an die Letztverbraucher ausschütten, führten zu keiner Einigung.

Während der Gespräche ermittelte die Bundesnetzagentur erstmals die Salden aus den Einzeldifferenzen des Regulierungskontos der A. GmbH der Jahre 2009 bis 2011 und den Gesamtsaldo des Regulierungskontos der A. GmbH nach Verzinsung zum 31.12.2012 gem. § 34 Abs. 2 iVm § 5 Abs. 4 ARegV und übersendete die Salden allein der H. GmbH (vgl. E-Mail vom 09.05.2014, Anlage K 6). Danach ergeben sich für das Jahr 2009 Mehrerlöse in Höhe von ... €, für das Jahr 2010 Mindererlöse in Höhe von ... € und für das Jahr 2011 Mindererlöse in Höhe von ... €.

Bei Verzinsung der vorgenannten Salden der Einzeldifferenzen ergibt sich zum 31.12.2012 ein Gesamtsaldo des Regulierungskontos der A. GmbH nach Verzinsung i.H.v. ... €.

Mit Schreiben vom 11.07.2014 drohte die Bundesnetzagentur der Betroffenen die Anordnung einer Vorteilsabschöpfung gemäß § 33 EnWG an, sollte sie nicht bis zum 15.10.2014 die von der A. GmbH im Jahre 2009 erwirtschafteten Mehrerlöse i.H.v. ... € an die Letztverbraucher ausgeschüttet und hierüber Nachweis erbracht haben (Anlage K 9). Dies lehnte die Betroffene mit Schreiben vom 16.09.2014 ab, bot jedoch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht befristet bis zum 31.10.2014 die Ausschüttung eines Betrages i.H.v. ... € an die Letztverbraucher an, wenn sichergestellt werde, dass sie weder von der Bundesnetzagentur noch von einem Kunden auf Zahlung eines weiteren Betrages betreffend die Netzentgelte aus den Jahren 2009 bis 2011 in Anspruch genommen werde und ihr zur Vermeidung einer Doppelzahlung im Falle der Inanspruchnahme auf Zahlung der ... € durch die H. GmbH oder einem sonstigen Dritten ein Rückzahlungsanspruch gegen die Bundesnetzagentur zustehe.

Mit Schreiben vom 03.02.2015 führte die Beschlusskammer gegenüber der Betroffenen ein Anhörungsverfahren durch, das anliegend einen Entwurf des nunmehr angegriffenen Beschlusses enthielt, mit dem die Betroffene im Wege der Vorteilsabschöpfung zur Zahlung eines Betrages in Höhe ... € bis zum 30.06.2015 an die Bundeskasse und im Falle einer Zahlung nach dem 30.06.2015 in Höhe von ... €

verpflichtet wurde. Die genannten Zahlungen setzen sich zusammen aus den von der A. GmbH im Jahr 2009 erzielten Mehrerlösen in Höhe von ... € und einem von der Bundesnetzagentur ermittelten Zinssatz. Die Betroffene nahm hierzu mit Schreiben vom 27.02.2015 Stellung.

Am 20.04.2015 erließ die Bundesnetzagentur sodann den angegriffenen Beschluss, mit dem der Betroffenen eine Zahlung in Höhe von ... € auferlegt wurde. Eine Saldierung der in 2009 erzielten Mehrerlöse mit den in 2010 und 2011 erzielten Mindererlösen nahm die Bundesnetzagentur nicht vor.

Der Beschluss ist den Prozessbevollmächtigten der Betroffenen am 22.04.2015 zugegangen.

Die Betroffene ist der Ansicht, der angegriffene Beschluss vom 20.04.2015 sei rechtswidrig. Der Erlass einer Vorteilsabschöpfung sei vorliegend ausgeschlossen, weil sich aus dem Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften bzw. angesichts besonderer Umstände des konkreten Falles ergebe, dass schon aus rechtlichen Gründen nur die Nichtvornahme des Erlasses der Vorteilsabschöpfung als einzige rechtmäßige Entscheidung in Betracht komme.

Die Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG laufe dem System der Anreizregulierungsverordnung zuwider und sei nicht auf diese übertragbar, da zu viel vereinnahmte Gelder nicht den Netznutzern, sondern der Staatskasse zu Gute kämen. So sehe die Anreizregulierungsverordnung eine Rückführung zu viel vereinnahmter Netzentgelte an die zum Rückzahlungszeitpunkt vorhandenen Netznutzer, § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV i.V.m. § 17 ARegV, bzw. eine mittelbare Rückzahlung durch Vornahme von Abschlägen auf die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperiode, § 5 Abs. 4 ARegV, vor. In Anbetracht dessen, dass § 5 Abs. 3 ARegV lediglich eine Ausnahme von der Regel darstelle, wonach der Ausgleich der Abweichungen über das Regulierungskonto am Ende der alten Regulierungsperiode im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen für die neue Regulierungsperiode erfolge, das heißt eine Ausnahme von § 5 Abs. 4 ARegV sei, finde unter anderem im Falle, dass die aus diesem folgenden Verpflichtungen nicht erfüllt werden, wiederum der Regelfall – die Regelung des § 5 Abs. 4 ARegV- Anwendung. § 5 Abs. 4 ARegV differenziere zudem nicht danach, ob die sich nach der Ermittlung des Saldos des Regulierungskontos ergebenden Mehrerlöse solche sind, hinsichtlich

derer eine Verletzung des § 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV vorliege oder nicht. Somit regule die ARegV auch den Ausgleich zu viel vereinnahmter Erlöse, falls hinsichtlich solcher bereits eine Verletzung gegen die sich aus § 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV ergebende Verpflichtung zur Netzentgeltanpassung vorliege. Die mit Beschluss vom 20.04.2015 angeordnete Vorteilsabschöpfung sehe demgegenüber eine Zahlung an die Staatskasse vor, ohne dass die Erlösobergrenze der derzeitigen Betreiber entsprechend herabgesetzt würde.

In der Rechtsprechung sei auch eine Übertragbarkeit des § 33 Abs. 2 EnWG auf die - der Anreizregulierung vorgehende - Mehrerlösabschöpfung aufgrund unterschiedlicher Regelungsziele verneint worden.

Eine Rückführung der zu viel gezahlten Entgelte an die Netznutzer sei auch weiterhin möglich, da das Regulierungskonto der A. GmbH auf den übernehmenden Netzbetreiber, die H. GmbH, übergegangen sei. Es entspreche dem System der ARegV, dass das Regulierungskonto des abgebenden Netzbetreibers auf den übernehmenden Netzbetreiber übergehe und dieser auch die Folgen eines negativen Saldos - ebenso wie die Folgen eines positiven Saldos - zu tragen habe. Der ARegV sei es zudem immanent, dass die Rückzahlung der zu viel vereinnahmten Netzentgelte nicht an die Netznutzer erfolge, die diese gezahlt hätten, sondern nur an die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Netznutzer. Dass der neue Netzbetreiber ein negatives Regulierungskonto bzw. einen negativen Saldo desselben zu übernehmen habe, sei ein zivilrechtliches Problem, das zwischen dem Netzverkäufer und dem Netzkäufer zu lösen sei.

Für die Anwendbarkeit des §§ 33 EnWG im vorliegenden Fall hätte es auch einer Ermächtigung in der ARegV bedurft, da die ARegV das Verfahren zur Rückführung von zu viel vereinnahmten Netzentgelten bereits abschließend regule. § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV ermächtige die Regulierungsbehörde ausdrücklich dazu, Entscheidungen durch Festlegungen oder Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zur Ausgestaltung und zum Ausgleich des Regulierungskontos zu treffen, erwähne jedoch keine Ermächtigung nach § 33 EnWG.

Hinzu komme der besondere Umstand, dass die Bundesnetzagentur trotz bereits im Jahr 2010 vorliegender Kenntnis davon, dass die A. GmbH im Jahre 2009 zu viele Netzentgelte vereinnahmt habe und die Erlösobergrenze 2009 herabzusetzen gewesen wäre, und trotz vorliegender Anträge gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV auf

Neufestlegung der Erlösobergrenze der A. GmbH für das Jahr 2009 dieser mit Schreiben vom 20.12.2010 mitgeteilt habe, dass sie zum 01.01.2011 keine Netzentgeltanpassung vorzunehmen habe und die Erlösobergrenze für 2009 unverändert bleibe. Hierdurch habe sie bei der A. GmbH das schutzwürdige Vertrauen geweckt, dass sie keiner Netzentgeltanpassungsverpflichtung nach § 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV unterliege. Der mit diesem Schreiben übersandte informatorische Regulierungskontoauszug wirke sich auf den Jahresabschluss des jeweiligen Netzbetreibers aus. Es habe sich auch nicht bloß um ein Standard-schreiben im automatisierten Massenverfahren gehandelt, da es ausschließlich an die A. GmbH versandt worden sei und in dem Schreiben individuelle Aussagen über die A. GmbH, so unter anderem über die konkret festgesetzte Erlösobergrenze für das Jahr 2009, konkrete Angaben zum Regulierungskonto zum 31.12.2009 sowie eine Aussage zu einer Entgeltanpassung getroffen worden seien.

Das Schreiben habe auch keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthalten, dass es keine verbindliche Festsetzung über eine Netzentgelt ausschüttungspflicht enthalte.

Des Weiteren lägen auch die Voraussetzungen für den Erlass einer Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG nicht vor.

Weder die Betroffene noch die A. GmbH hätten der Verpflichtung zur vorzeitigen Netzentgeltanpassung gem. § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV zuwider gehandelt. Für die Betroffene scheidet ein Pflichtverstoß bereits deshalb aus, weil sie nie Netzbetreiberin gewesen sei und zu keinem Zeitpunkt einer entsprechenden Verpflichtung zur vorzeitigen Netzentgeltanpassung unterlegen hätte.

Aber auch die A. GmbH habe keinen entsprechenden Verstoß begangen, da zum für die Beurteilung eines Verstoßes nach § 5 Abs. 3 ARegV entscheidenden Zeitraum die tatsächlich erzielten Erlöse noch nicht die Erlösobergrenze überstiegen hätten.

Zur Beurteilung des Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 17 ARegV sei auf die zum 30.06.2010 festgelegte Erlösobergrenze für das Jahr 2009, und nicht auf die erst am 08.04.2011 vorgenommene rückwirkende Herabsetzung der Erlösobergrenze für 2009 abzustellen. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV, der auf die nach § 4 zulässigen Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres und damit die nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV i.V.m. § 4 ARegV „festgelegte Erlösobergrenze“ und die „tatsächlich erzielten Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres“ abstelle.



Durch die Bezugnahme auf die festgelegte Erlösobergrenze und die tatsächlich erzielten Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres sei somit bei der Beurteilung der Frage, ob hinsichtlich des Jahres 2009 die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV erfüllt seien, nur auf einen Zeitpunkt im Jahre 2010 abzustellen, da nur zu diesem das Jahr 2009 das letzte abgeschlossene Kalenderjahr sei. Mit Hinblick auf die Mitteilungspflicht nach § 28 Nr. 2 ARegV sei davon auszugehen, dass eine mögliche Überschreitung der Erlösobergrenze für 2009 durch tatsächlich erzielte Erlöse in 2009 grundsätzlich erst zum 30.06.2010 festgestellt werde, so dass dieser Zeitpunkt als der zur Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des §§ 5 Abs. 3 S. 1 ARegV maßgebliche Zeitpunkt heranzuziehen sei. Am 30.06.2010 habe jedoch bei der A. GmbH noch keine Überschreitung des Schwellenwertes gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV vorgelegen, da zu diesem Zeitpunkt noch eine Erlösobergrenze für das Jahr 2009 i.H.v. ... € festgelegt gewesen sei. Die Neufestlegung der Erlösobergrenze sei erst am 08.04.2011 und damit sowohl nach dem vorgenannten Beurteilungszeitraum als auch nach dem von der Betroffenen geforderten Beginn der Netzentgeltherabsetzung am 01.01.2011 erfolgt. Der A. GmbH könne auch nicht das Risiko aufgebürdet werden, dass sie vor einer Festlegung der Erlösobergrenze für 2009 von einer fiktiven Erlösobergrenze für 2009 ausgehe und ihr Handeln hiernach ausrichte. Sie habe auch nicht darauf vertrauen können dass die von ihr und dem aufnehmenden Netzbetreiber gewählte Aufteilung der Erlösobergrenzen von der Bundesnetzagentur unbeanstandet übernommen werde. Ein Abstellen auf eine nach diesem Datum erfolgende rückwirkende Festlegung der Erlösobergrenze führe auch dazu, dass dem abgebenden Netzbetreiber das Risiko eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 ARegV aufgebürdet werde.

Ein Rechtsverstoß könne auch nicht darin gesehen werden, dass die A. GmbH nach dem 08.04.2011 die Netzentgelte nicht angepasst habe. Eine unterjährige Anpassung der Netzentgelte sei durch § 17 Abs. 3 ARegV ausgeschlossen. Der Wortlaut des § 5 Abs. 3 ARegV stelle zudem auf das „letzte abgeschlossene Kalenderjahr“ ab.

Bei Nichtanpassung ihrer Netzentgelte habe die A. GmbH weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt. Die A. GmbH habe auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nur davon ausgehen können, dass bei der Prüfung einer Netzentgeltanpassungsverpflichtung nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV

– letztes Kalenderjahr – auf die zum 30.06.2010 festgestellten Erlösobergrenzen abzustellen sei.

Hinzu komme, dass die Bundesnetzagentur ihr mit Schreiben vom 20.12.2010 mitgeteilt habe, dass eine Netzentgeltanpassung zum 01.01.2011 nicht zu erfolgen habe, obwohl der Bundesnetzagentur zu diesem Zeitpunkt bereits die Anträge nach § 26 Abs. 2 S. 2 ARegV vorgelegen hätten.

Der A. GmbH sei auch nicht ab 2009 bekannt gewesen, dass die im Jahr 2009 tatsächlich erzielten Erlöse die nach Anpassung der Erlösobergrenze zulässigen Erlöse um mehr als 5 % übersteigen, da zu diesem Zeitpunkt keine Neufestsetzung der Erlösobergrenze vorgelegen hätte. Von einer antragsgemäßen Entscheidung habe sie nicht ausgehen müssen.

Einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Rechtsverstoß unterstellt, läge auch nur ein wirtschaftlicher Vorteil iSv § 33 Abs. 1 EnWG in Höhe von ... € vor. Der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils im Sinne von § 33 Abs. 1 EnWG liege der Saldierungsgrundsatz zu Grunde, wonach die Situation ohne Zuwiderhandlung mit der Situation zu vergleichen sei, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben habe. Dabei müsse sowohl die Gewinnentwicklung berücksichtigt werden, die sich ohne den Rechtsverstoß eingestellt hätte, als auch ein nachträglicher Wegfall des Vorteils. Da das System der Anreizregulierungsverordnung vorsehe, dass Erlösobergrenzenüberschreitungen in größeren zeitlichen Einheiten (gleich den Jahren einer Regulierungsperioden ohne das letzte Jahr derselben) ermittelt und abgerechnet werden, sei dieser Zeitraum für die Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils heranzuziehen. Ohne den - unterstellten - Rechtsverstoß hätte die A. GmbH in den Jahren 2009-2011 ... € weniger Erlöse erzielt. Würde vorliegend keine Saldierung vorgenommen, würde die A. GmbH bzw. die Betroffene mehr erzielte (verzinsten) Erlöse herausgeben müssen, als sie jemals als Netzbetreiber hätte herausgeben müssen, weil sie die Mindererlöse der Jahre 2010 und 2011 nicht mehr durch Erhöhung von Netzentgelten verwerten könne.

Eine vorzunehmende Saldierung folge auch aus § 5 Abs. 4 ARegV iVm § 34 Abs. 2 ARegV. Würde eine etwaige Verpflichtung zur Netzentgeltanpassung weiter bestehen, würde es aufgrund des Umstands des zeitlichen Zusammenfallens des § 5 Abs. 3 ARegV und der Saldierung des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 4 ARegV zu einer Doppelverrechnung kommen. Der mit § 5 Abs. 3 ARegV verfolgte Zweck des vorgezogenen Abbaus der Salden in der laufenden Regulierungsperi-

ode könne nach Ablauf der betreffenden Regulierungsperiode jedoch nicht mehr erreicht werden, so dass eine Berücksichtigung der Mehrerlöse im vorliegenden Fall im Rahmen der Saldenbildung nach § 5 Abs. 4 ARegV zu erfolgen habe. Dies müsse erst recht für einen ehemaligen Netzbetreiber gelten, der zudem auch in der folgenden Regulierungsperiode nicht mehr in der Lage sei, die erzielten Mindererlöse zu nutzen. Bei einem ehemaligen Netzbetreiber führe die vollständige Auskehrung der Mehrerlöse eines Jahres einer Regulierungsperiode ohne eine Saldierung mit Mindererlösen aus anderen Jahren derselben Regulierungsperiode zu einer endgültigen Zuvielbelastung. Der Stand des Regulierungsskontos sei auch nicht in den Kaufpreis eingeflossen.

Schließlich sei die Betroffene auch nicht passivlegitimiert.

Sie sei nicht Adressat der Regelung des § 33 EnWG, da sie keine Betreiberin von Energieversorgungsnetzen sei. Auch sei sie nicht nach Verschmelzung in die Rechtsposition der A. GmbH eingetreten. Die mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordnete Gesamtrechtsnachfolge betreffe nur privatrechtlich zugeordnete Vermögensdispositionen, wohingegen bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen nach den Zwecken zu differenzieren sei, die den jeweiligen Regelungsmaterien zu Grunde lägen. Die von der Bundesnetzagentur im angegriffenen Beschluss genannten Zwecke der Vorteilsabschöpfung könnten mit einer Inanspruchnahme der Betroffenen jedoch nicht erreicht werden. Mit ihrer Inanspruchnahme würden weder die Auswirkungen der durch den behaupteten Verstoß der A. GmbH eingetretenen Marktstörungen korrigiert noch würden präventiv Anreize zu einem solchen Verhalten eliminiert.

Dem von der Bundesnetzagentur getätigten Vergleich des Übergangs der Pflicht zur Zahlung eines Bußgeldes auf den Gesamtrechtsnachfolger stehe entgegen, dass im vorliegenden Fall weder vor der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber der A. GmbH eine Vorteilsabschöpfung angeordnet gewesen sei noch § 33 EnWG eine dem § 30 Abs. 2a OWiG entsprechende Berechtigung zur Inanspruchnahme von Gesamtrechtsnachfolgern enthalte. Auch das von der Bundesnetzagentur vorgebrachte Beispiel zu dem Übergang von Steuerschulden passe vorliegend nicht, da auch § 45 AO, anders als das EnWG, eine gesetzliche Anordnung zum Übergang von Forderungen aus einem Steuerschuldverhältnis auf den Rechtsnachfolger vorsehe. Ob sie tatsächlich einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten habe, sei fraglich, da dieser möglicherweise zum Zeitpunkt des Eintritts der Gesamtrechtsnachfolge

überhaupt nicht mehr vorhanden gewesen sei. Wenn, dann hätte sie zudem allenfalls den sich aus der Gesamtsaldierung ergebenden wirtschaftlichen Vorteil erhalten.

Die Bundesnetzagentur habe schließlich ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Vorliegend komme als einzig rechtmäßige Entscheidung nur die Nichtvornahme des Erlasses der Vorteilsabschöpfung in Betracht. Die Bundesnetzagentur habe zudem im Rahmen der Ermessensausübung alleine die zu Lasten der A. GmbH sprechenden Gesichtspunkte herangezogen. So habe sie nicht berücksichtigt, dass ihr bereits im Jahr 2010 die von der A. GmbH im Jahre 2009 tatsächlich erzielten Erlöse sowie die wegen der Netzübertragungen in 2009 gestellten Anträge bekannt gewesen seien. Sie könne daher nicht behaupten, die Betroffene bzw. die A. GmbH hätten die Entdeckung der Überschreitung der Erlösobergrenze 2009 durch verspätete Vorlage der Spartenabschlüsse erschwert oder verhindert. Zudem berücksichtige die Entscheidung nicht, dass die Bundesnetzagentur sehr wohl die Möglichkeit gehabt hätte, die Erlösobergrenze für 2009 zeitnah herabzusetzen. Auch sei der Inhalt des Schreibens vom 20.12.2010 nicht in die Ermessensentscheidung mit einbezogen worden. Überdies wäre in die Ermessensentscheidung einzubeziehen gewesen, dass ein Abbau von Mehrerlösen über Abschläge auf Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperiode wegen Fortführung des Netzbetriebs durch einen neuen Netzbetreiber möglich gewesen wäre. Schließlich habe die Bundesnetzagentur nicht berücksichtigt, dass sie das freiwillige Angebot der Betroffenen nicht angenommen habe.

Die Betroffene beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 20.04.2015, Az.: BK9-14/704, aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, die Betroffene sei rechtmäßig im Wege der Vorteilsabschöpfung gemäß § 33 Abs. 1 EnWG zur Zahlung von ... € verpflichtet worden.

Das System der Anreizregulierungsverordnung, den Netznutzern zu viel vereinbarte Beträge zukunftsgerichtet zukommen zu lassen, schließe nicht die Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG aus. Habe der Netzbetreiber das System der Anreizregulierungsverordnung ausgehebelt, indem er die Netzentgelte nicht gemäß § 17 ARegV angepasst habe, finde § 33 EnWG als höherrangiges Recht Anwendung. Die Betroffene sei dafür verantwortlich, dass das nach dem System der Anreizregulierungsverordnung an die Netznutzer zurückzuzahlende Entgelt nicht an diese gehe.

Da das rechtswidrige Verhalten sich nicht nur auf die von der H. GmbH zuletzt erworbenen Netze in den Gemeinden ... ausgewirkt habe, sondern Mehrerlöse in allen 2011 noch vorhandenen Netzgebieten der A. GmbH auszuschütten gewesen wären, wäre es auch unverhältnismäßig gewesen, eine Korrektur des Regulierungskontos der H. GmbH aufzuerlegen. Dies hätte zu dramatischen Entgeltsenkungen in einem begrenzten Netzgebiet geführt. Eine Korrektur aller Regulierungskonten der an die Stelle der A. GmbH getretenen Netzbetreiber wäre auch von der A. GmbH rückwirkend nicht zu leisten gewesen.

Es sei auch unerheblich, dass § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV nicht auf § 33 EnWG verweise.

§ 32 ARegV enthalte eine Reihe von Befugnissen zur Umsetzung der Anreizregulierungsverordnung durch Festlegungen und Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG. Dies sei notwendig, weil § 29 Abs. 1 EnWG selber nur die Handlungsformen der Festlegung und der Genehmigung beschreibe, ohne konkret zu regeln, in welchen Fällen sie zum Einsatz kommen dürften. Für die Vorteilsabschöpfung bedürfe es eines solchen Verweises nicht, da sich diese Befugnis bereits aus § 33 EnWG ergebe.

Auch lägen keine besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls vor, die es rechtfertigten, bei der Betroffenen ausnahmsweise von einer Vorteilsabschöpfung abzusehen. Insbesondere stehe der Ausschüttungsverpflichtung nicht entgegen, dass sie der A. GmbH mit Schreiben vom 20.12.2010 mitgeteilt habe, dass keine Ausschüttungspflicht bestehe. Bei diesem Schreiben habe es sich um ein Standardschreiben gehandelt, dass im Rahmen eines automatisierten Massenverfahrens allen Netzbetreibern im Zuständigkeitsbereich der Beschlusskammer zuge-

stellt worden sei. In dem Schreiben sei zudem darauf hingewiesen worden, dass es nur den Charakter einer Mitteilung habe und keine verbindliche Festsetzung über den Stand des Regulierungskontos oder über eine Ausschüttungspflicht enthalte. Da noch die ursprünglichen Erlösobergrenzen ausgewiesen worden seien, sei für die A. GmbH auch ersichtlich gewesen, dass das Schreiben ohne Berücksichtigung der unbeschiedenen Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV erstellt worden sei. Ein schutzwürdiges Vertrauen der A. GmbH darauf, dass der Netzübergang nicht zu einer Ausschüttungspflicht führen würde, habe nach alledem nicht bestehen können.

Die Voraussetzungen des § 33 EnWG seien vorliegend erfüllt. Die A. GmbH habe gegen die Verpflichtung zur vorzeitigen Netzentgeltanpassung nach § 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV verstoßen, da sie unstreitig ihre Netzentgelte nicht zum 01.01.2011 angepasst habe. Hierzu wäre sie aber gemäß § 17 ARegV verpflichtet gewesen, weil die von ihr erzielten Erlöse aus dem Netzbetrieb die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres um mehr als 5 % überstiegen hätten. Nach Anpassung der Erlösobergrenze für 2009 mit Bescheiden vom 08.04.2011 (BK9-09/1034; BK9-10/1034, BK9-11/1034) hätten sich für 2009 erzielte Mehrerlöse in Höhe von ... € ergeben, die die A. GmbH gem. § 17 Abs. 3 S. 1 ARegV durch Anpassung der Netzentgelte rückwirkend zum 01.01.2011 an die Kunden hätte ausschütten müssen.

Dem stehe nicht entgegen, dass die Erlösobergrenzen für 2009 ursprünglich bei ... € gelegen hätten und erst nachträglich durch Beschluss vom 08.04.2011 auf ... € reduziert worden seien. Dass die tatsächlich erzielten Erlöse der A. GmbH in den Kalenderjahren 2009 und 2010 die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse um mehr als 5 % übersteigen würden, sei bereits mit dem Verkauf und der Übertragung der Netze ab 2009 bekannt gewesen. Somit habe bereits im Jahr 2010 eine Ausschüttungspflicht gem. § 5 Abs. 3 ARegV bestanden, die erst mit Bescheid vom 08.04.2011 formal festgestellt worden sei. Die Ausschüttungspflicht entstehe nach dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 ARegV nicht erst mit der nach dem Netzübergang folgenden formalen Feststellung der Ausschüttungspflicht, sondern bereits nach dem die Neufestlegung auslösenden Netzübergang selbst. Die Erlöse dienten der Kostendeckung des Netzbetriebs und sollten dem Netzbetreiber eine angemessene Eigenkapitalverzinsung gewähren. Da sich mit dem Netzübergang unmittelbar die von dem Netzbetreiber zu tragenden Kosten änderten, müssten sich

auch die zulässigerweise erzielbaren Einnahmen sofort ändern. Anderenfalls könnten vom abgebenden Netzbetreiber im Zeitraum zwischen dem Übergang des Teilnetzes und der Neufestlegung in erheblichem Umfang Erlöse vereinnahmt werden, die vor dem Hintergrund seiner verbleibenden Kostenstruktur nicht mehr gerechtfertigt wären. Zwar würden diese Mehreinnahmen auch bei einer rückwirkenden Anpassung der Erlösobergrenzen nachträglich über das Regulierungskonto ausgeglichen, allerdings könnte bis zu diesem Zeitpunkt bereits ein erhebliches Missverhältnis zwischen vereinnahmten und zulässigen Erlösen entstanden sein. Umgekehrt entstehe für den aufnehmenden Netzbetreiber auch das Anpassungsrecht aus § 5 Abs. 3 S. 2 ARegV bereits mit der Aufnahme des Teilnetzes. Anderenfalls wäre die Netzübernahme oftmals wirtschaftlich unzumutbar, da der Übernehmer nicht wissen könne, wann die förmliche Anpassung seiner Erlösobergrenzen erfolgen werde. Die Anpassung der Netzentgelte gem. § 17 Abs. 3 ARegV hätte damit zum 01.01.2011 und nicht zum 01.01.2012 erfolgen müssen, was sich aus dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV iVm § 17 ARegV ergebe. Dass die Neufestlegung mit Bescheid vom 08.04.2011 erfolgt sei, bedeute nicht, dass sie eine unterjährige Anpassung verlangt habe.

Die A. GmbH habe jedenfalls mindestens fahrlässig gehandelt. Ihre Geschäftsführung habe gewusst, dass infolge der Netzübertragungen und der von ihr eingereichten Anträge auf Neufestlegung eine Korrektur der Erlösobergrenzen nach unten erfolgen würde. Da ihre Anträge denen der aufnehmenden Netzbetreiber entsprochen hätten, hätte sie auch mit einer antragsgemäßen Bescheidung rechnen können und müssen. Ihr hätte mithin auch klar sein müssen, dass eine Herabsetzung der Erlösobergrenze für das Jahr 2009 im beantragten Umfang erfolgen werde, die eine Ausschüttungspflicht für 2011 begründe. Das Schreiben vom 20.12.2010 stehe dem aus den zuvor genannten Gründen nicht entgegen. Zudem beziehen sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit lediglich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes der verletzten Norm, so dass ein Unrechtsbewusstsein bzw. eine Schuld im strafrechtlichen Sinne nicht verlangt werde.

Der wirtschaftliche Vorteil der A. GmbH sei auch höher als der von der Betroffenen angegebene Betrag i.H.v. ... €. Salden der übrigen Jahre derselben Regulierungsperiode bis zum Abrechnungszeitpunkt des § 5 Abs. 4 S. 1 ARegV seien nicht bei der Ermittlung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils zu berücksichtigen. Bei

korrektem Verhalten hätte die A. GmbH ihre Netzentgelte im Jahr 2011 dergestalt gesenkt, dass sie ... € weniger eingenommen hätte, um die Mehreinnahmen im Jahr 2009 auszugleichen. Eine Saldierung mit den Mindererlösen in den Jahren 2010 und 2011 komme nicht in Betracht, da bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils nur solche Vermögenseinbußen mindernd zu berücksichtigen seien, die kausal auf der maßgeblichen Zuwiderhandlung beruhten. Die genannten Mindererlöse stünden aber in keinem Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die Pflicht zur Senkung der Netzentgelte. Wäre 2011 eine Ausschüttung des Regulierungskontosaldos aus 2009 erfolgt, hätte dies nichts daran geändert, dass sich in den Jahren 2010 und 2011 die genannten Mindererlöse ergeben hätten.

Die Betroffene müsse sich auch den Rechtsverstoß der A. GmbH als Rechtsnachfolgerin zurechnen lassen. Die Vorteilsabschöpfung knüpfe nicht an persönliche Eigenschaften einer juristischen Person oder deren Mitglieder, sondern lediglich an ihr Vermögen an. Sie diene dem Zweck, den Vorteil, den ein Unternehmen durch ein marktschädliches Verhalten erlangt habe, im Vermögen des Unternehmens zu beseitigen, um auf diese Weise die Auswirkungen der Marktstörung zu korrigieren und präventiv Anreize zu solchem Verhalten zu eliminieren. Da die Betroffene in die Vermögenssituation der A. GmbH eingetreten sei, könne dieser Zweck durch Zugriff auf ihr Vermögen nach wie vor erreicht werden. Mit der Verwirklichung des Rechtsverstoßes und der Erlangung eines daraus resultierenden wirtschaftlichen Vorteils sei ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entstanden, dass die Beschlusskammer zur Anordnung einer Vorteilsabschöpfung gegenüber der damaligen A. GmbH berechtigt habe. Dieses Rechtsverhältnis sei im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Betroffene übergegangen. Diese könne sich nicht darauf berufen, dass die Pflicht zur Zahlung deshalb nicht auf sie übergegangen sein könne, weil vorliegend weder vor der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber der A. GmbH eine Vorteilsabschöpfung angeordnet worden sei noch § 33 EnWG eine dem § 30 Abs. 2a OWiG entsprechende Berechtigung zur Inanspruchnahme von Gesamtrechtsnachfolgern enthalte. § 33 EnWG normiere zudem keinen Straf- oder Bußgeldtatbestand, sondern eine Befugnis für eine Verwaltungsmaßnahme. Die engen Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG, der eine Rechtsnachfolge im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht ohne eindeutige gesetzliche Regelung unmöglich mache, fänden im vorliegenden Fall keine Anwendung.



Sie habe auch nicht ermessensfehlerhaft gehandelt.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung habe sie berücksichtigt, dass die Erlösobergrenze für das Jahr 2009 um rund 36 % und damit erheblich überschritten worden sei. Soweit die Betroffene rüge, dass die Bundesnetzagentur verspätet eingeschritten sei, sei zu berücksichtigen, dass es der A. GmbH aufgrund ihrer Kenntnis von den im Jahre 2009 tatsächlich erzielten Erlösen und den Anträgen nach § 26 Abs. 2 ARegV möglich gewesen wäre, die Erlöse für 2009 zeitnah herabzusetzen und eine Überschreitung der Erlösobergrenze zu verhindern. Sie habe auch den Zeitpunkt der Kenntnis der Umstände, die die Maßnahme der Vorteilsabschöpfung rechtfertige, in ihre Ermessensausübung einbezogen. So habe die A. GmbH eine frühzeitige Entdeckung und Regelung des hier behandelten Sachverhalts durch Nichtvorlage der testierten Spartenabschlüsse für die Jahre 2009, 2010 und 2011 unter Verstoß gegen § 6 Buchst. b EnWG bzw. § 10 EnWG a.F. wesentlich erschwert. Da die Beschlusskammer infolgedessen die tatsächliche Einnahmesituation bei der A. GmbH nicht abschließend habe prüfen können, habe sie über einen langen Zeitraum nicht erkannt, dass die zulässigen Erlöse aus den Netzentgelten bei weitem überschritten worden seien. Eine Überprüfung der innerhalb eines Kalenderjahres tatsächlich erzielten Erlöse finde während einer Regulierungsperiode grundsätzlich nicht statt. Zwar teile der Netzbetreiber nach § 28 ARegV die zur Führung des Regulierungskontos notwendigen Daten nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres mit. Bestandteil der Erlösobergrenze würden die aus dem Regulierungskonto resultierenden Zu- und Abschläge allerdings nach § 5 Abs. 4 ARegV erst in der nachfolgenden Regulierungsperiode. Überstiegen die tatsächlich erzielten Erlöse die zulässigen Erlöse um mehr als 5 %, habe die Anpassung der Netzentgelte nach § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV durch den Netzbetreiber zu erfolgen. Dementsprechend finde die Prüfung des Regulierungskontos durch die Bundesnetzagentur erst im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode statt. Hierbei würden die bis dato ungeprüften Angaben des Netzbetreibers im Regulierungskonto mit den Angaben aus dem Spartenabschluss des testierten Jahresabschlusses verglichen. Eine frühere Prüfung in Form dieses Abgleichs sei nicht möglich gewesen, da die Betroffene für 2009 keinen testierten Spartenabschluss vorgelegt habe. Folglich habe sie auch nicht mehr rechtzeitig auf eine Lösung des Problems mittels der in der ARegV vorgesehenen Instrumente zum Ausgleich überhöhter Einnahmen hinwirken können.

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

.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung im Einzelnen erörterten Gründen in der Sache keinen Erfolg.

Der angegriffene Beschluss vom 20.04.2015 ist rechtmäßig. Eine Vorteilsabschöpfung ist vorliegend möglich (zu I.1.) und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen liegen vor (zu I.2.)

### **I.**

Nach § 33 Abs. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde die Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils anordnen, den ein Unternehmen dadurch erlangt hat, dass es vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3, eine auf Grund der Vorschriften dieser Abschnitte erlassene Rechtsverordnung oder einer auf Grundlage dieser Vorschriften ergangene Entscheidung der Regulierungsbehörde verstoßen hat, und dem Unternehmen die Zahlung des entsprechenden Geldbetrages auferlegen.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

### **1.**

Das Instrument der Vorteilsabschöpfung gemäß § 33 Abs. 1 EnWG ist im System der Anreizregulierung grundsätzlich anwendbar.

Bereits dem Wortlaut der Norm lässt sich eine Anwendbarkeit der Vorteilsabschöpfung auch bei einem schuldhaften Verstoß gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung entnehmen. So räumt § 33 Abs. 1 EnWG die Möglichkeit der Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils bei einem vorsätzlichen oder

fahrlässigen Verstoß gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3 (§§ 17 bis 28a EnWG), eine auf Grund der Vorschriften dieser Abschnitte erlassene Rechtsverordnung oder eine auf Grundlage dieser Vorschriften ergangene Entscheidung der Regulierungsbehörde ein. Die Bundesnetzagentur wirft der Betroffenen vor, gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung verstoßen zu haben. Rechtsgrundlage für die Anreizregulierungsverordnung ist § 21 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG, der die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung nach § 21a Abs. 1 bis 5 EnWG und ihrer Durchführung zu regeln (vgl. Holznagel/Schütz, ARegV-Kommentar, 1. Auflage, § 5 Rn. 28). Bei der Anreizregulierungsverordnung handelt es sich damit um eine Rechtsverordnung, die aufgrund der Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 erlassen worden ist. Etwaige Einschränkungen dahingehend, dass bei einem Verstoß gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung § 33 EnWG nicht anwendbar sein soll, weil § 33 EnWG dem System der Anreizregulierungsverordnung zuwider laufe, sieht der Gesetzestext nicht vor. Im Hinblick darauf, dass die von § 33 EnWG erfassten Vorschriften überschaubar sind - die Abschnitte 2 und 3 des dritten Teils des EnWG, auf die sich § 33 EnWG von seinem Wortlaut her bezieht, erfassen lediglich die §§ 17-28a EnWG, die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Rechtsverordnungen sowie die auf Grundlage dieser Vorschriften ergangenen Entscheidungen -, hätte es nahe gelegen, einzelne Verstöße, die hiervon nicht erfasst sein sollen, ausdrücklich auszunehmen.

Die Gesetzesmaterialien sprechen ebenfalls für eine Anwendbarkeit des § 33 EnWG auch bei einem schuldhaften Verstoß gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung. Nach der Gesetzesbegründung soll § 33 EnWG sicherstellen, dass wirtschaftliche Vorteile einer schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht bei dem Unternehmen verbleiben, das den Verstoß begangen hat (BT-Drucks. 15/3917, S. 64). Sinn und Zweck der Vorschrift ist es damit, den Anreiz für einen Verstoß gegen die Vorschriften zur Netzregulierung auszuschalten, der sich aus dem dabei zu erzielenden wirtschaftlichen Vorteil ergibt (Weyer in Berliner Kommentar Energierecht, § 33 Rn. 1). Ergibt sich ein solcher wirtschaftlicher Vorteil aufgrund eines Verstoßes gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung, soll das Unternehmen diesen wirtschaftlichen

Vorteil ebenso wenig behalten dürfen wie bei einem Verstoß gegen Vorschriften der §§ 17 – 28 EnWG.

Dem steht nicht entgegen, dass nach dem System der Anreizregulierungsverordnung die zu viel vereinnahmten Erlöse des Netzbetreibers grundsätzlich den Netznutzern in Form von geringeren Nutzungsentgelten zu Gute kommen sollen. Gemäß § 5 Abs. 3 ARegV ist der Netzbetreiber verpflichtet, seine Netzentgelte nach Maßgabe des § 17 ARegV anzupassen, wenn die tatsächlich erzielten Erlöse die nach § 4 zulässigen Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres um mehr als 5 Prozent übersteigen. Im letzten Jahr der Regulierungsperiode ermittelt die Regulierungsbehörde gemäß § 5 Abs. 4 ARegV den Saldo des Regulierungskontos für die vorangegangenen 5 Kalenderjahre. Ein Ausgleich des Saldos auf dem Regulierungskonto erfolgt durch gleichmäßig über die folgende Regulierungsperiode verteilte Zu- und Abschläge. § 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV sieht damit im Falle von zu viel vereinnahmten Netzentgelten eine Rückzahlung derselben an die zum Zeitpunkt der Rückzahlungspflicht vorhandenen Netznutzer und § 5 Abs. 4 ARegV sieht eine mittelbare Rückzahlung durch Vornahme von Abschlägen auf die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperiode vor.

§ 5 Abs. 3 ARegV i.V.m. § 17 ARegV bzw. § 5 Abs. 4 ARegV und § 33 EnWG schließen sich nicht aus. Erfolgt – wie im Regelfall und wie von den Vorschriften der ARegV vorgesehen –, eine Rückzahlung von zu viel vereinnahmten Netzentgelten unmittelbar oder mittelbar an die Netznutzer, verbleibt kein wirtschaftlicher Vorteil im Unternehmen, der gemäß § 33 EnWG abgeschöpft werden müsste. § 33 EnWG kann damit immer nur dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Situation so darstellt, dass eine Rückzahlung der zu viel vereinnahmten Netzentgelte an die Netznutzer aus irgendwelchen Gründen nicht mehr möglich ist. In diesem Fall soll § 33 EnWG verhindern, dass das Unternehmen – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 33 EnWG – hiervon profitiert und der wirtschaftliche Vorteil, die über die zulässigen Erlöse gemäß § 4 ARegV vereinnahmten Netzentgelte, im Unternehmen verbleibt.

Die Gesetzessystematik spricht ebenfalls für eine Anwendbarkeit des § 33 EnWG auch auf die Verstöße gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung. Die in § 33 EnWG genannten Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 (§§ 17 - 28a EnWG)

beschäftigen sich, wie die Anreizregulierungsverordnung auch, mit der Regulierung des Netzbetriebs.

Einen rechtswidrigen wirtschaftlichen Vorteil erlangt ein Unternehmen in erster Linie bei der Vereinnahmung von Netzentgelten. Es würde daher lediglich ein geringer Anwendungsbereich für die Vorteilsabschöpfung verbleiben, würde man die in der Anreizregulierungsverordnung geregelten Vorschriften der Entgeltbildung hiervon ausnehmen.

Aus den von der Betroffenen zitierten Entscheidungen des OLG Celle vom 17.06.2010, Az.: 13 U 155/09 (Kart.), und des OLG Frankfurt vom 05.10.2010, Az.: 11 U 31/09 (Kart.), lässt sich nicht den Schluss ziehen, die Vorschrift des § 33 EnWG sei mit dem Regelungsziel der Anreizregulierungsverordnung nicht vereinbar und daher auf diese nicht anwendbar. Die dort zugrunde liegenden Sachverhalte sind mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Beide Gerichte hatten die Frage zu entscheiden, ob der Netzbenutzer für den Zeitraum zwischen dem ersten Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte und dem Erlass des Genehmigungsbescheides gemäß § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG einen Anspruch auf Herausgabe der Differenz zwischen den gezahlten Nutzungsentgelten und einem vom Gericht bestimmten billigen Entgelt habe. Die Gerichte haben hierzu ausgeführt, dass nach der vom Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, ZNER 2008, 217 ff. - Vattenfall) vorgenommenen und vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Auslegung das Energiewirtschaftsrecht durch die periodenübergreifende Saldierung nach den §§ 9, 11 StromNEV analog ein spezielles Abwicklungsregime zur Abschöpfung der von dem Netzbetreiber vereinnahmten Mehrerlöse enthalte, so dass § 23 a Abs. 5 S. 1 EnWG einen modifiziert fortbestehenden Rechtsgrund schaffe, der eine Bereicherungskondition im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer ausschließe.

Die Entscheidungen befassen sich mit der Frage der Übertragbarkeit des Regelungsziels des § 33 Abs. 2 EnWG - der einem individuellen Ausgleich des Schadens den Vorrang vor einer Vorteilsabschöpfung gibt - auf die – vor Inkrafttreten der Anreizregulierung – geltende Mehrerlösabschöpfung mit dem Ziel, einer individuellen Rückabwicklung zuviel vereinnahmter Netzentgelte den Vorrang vor einer Mehrerlösabschöpfung durch periodenübergreifende Saldierung gem. §§ 9, 11 StromNEV zu geben.

Vorliegend geht es indes nicht um die Frage, ob sich aus der Vorschrift des § 33 Abs. 2 EnWG ein verallgemeinerungsfähiger, auf andere Vorschriften übertragbarer Rechtsgedanke dahingehend begründen lasse, die Vorteilsabschöpfung sei subsidiär. Dies steht in dem hier zu entscheidenden Fall nicht in Streit. Vielmehr sind sich beide Parteien darüber einig, dass der wirtschaftliche Vorteil, den die A. GmbH aufgrund zuviel vereinnahmter Netzentgelte erlangt hat, grundsätzlich gemäß § 5 Abs. 3 ARegV bzw. § 5 Abs. 4 ARegV über das Regulierungskonto auszugleichen gewesen wäre, mithin den Vorschriften der ARegV auf jeden Fall der Vorrang zu geben gewesen wäre. Zu klären ist allein die Frage, ob die Anwendung des § 33 Abs. 1 EnWG bei einem schuldhaften Verstoß gegen die Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung ausgeschlossen ist, wenn eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils über die Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung nicht (mehr) möglich ist. Zu dieser Frage haben die zuvor genannten Oberlandesgerichte keine Ausführungen gemacht.

Zutreffend ist, dass die Rechtsfolge der Vorteilsabschöpfung, eine Zahlung des rechtswidrig erlangten wirtschaftlichen Vorteils in die Staatskasse, nicht der Zielsetzung der Anreizregulierungsverordnung entspricht, zu viel vereinnahmte Netzentgelte zukunftsgerichtet den Netznutzern zu Gute kommen zu lassen. Vorliegend besteht indes die Besonderheit, dass die Ziele der Anreizregulierung aufgrund des erfolgten Netzverkaufs nicht mehr erreicht werden können.

Der Einwand, § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV ermächtige die Regulierungsbehörde ausdrücklich dazu, Entscheidungen durch Festlegungen oder Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zu Ausgestaltung und Ausgleich des Regulierungskontos zu treffen, erwähne jedoch keine Ermächtigung nach § 33 EnWG, steht der Anwendbarkeit der Vorteilsabschöpfung auf die Anreizregulierungsverordnung ebenfalls nicht entgegen.

Für die Vorteilsabschöpfung enthält § 33 EnWG eine eigene Ermächtigungsgrundlage, indem der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eröffnet wird, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 EnWG die Abschöpfung eines rechtswidrig erlangten wirtschaftlichen Vorteils anzuordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages aufzugeben. Einer weiteren Ermächtigungsgrundlage in § 32 ARegV bedurfte es daher nicht mehr.

## 2.

Die Voraussetzungen des § 33 EnWG liegen vor.

Die Bundesnetzagentur hat ermessensfehlerfrei die Vorteilsabschöpfung angeordnet, da die A. GmbH schuldhaft gegen Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung verstoßen und hierdurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von ... € erlangt hat.

### 2.1.

Die A. GmbH hat gegen die Verpflichtung zur vorzeitigen Netzentgeltanpassung gem. § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV i.V.m. § 17 ARegV verstoßen, indem sie ihre Netzentgelte nicht zum 01.01.2011 angepasst hat.

Gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV ist der Netzbetreiber verpflichtet, seine Netzentgelte nach Maßgabe des § 17 ARegV anzupassen, wenn die tatsächlich erzielten Erlöse die nach § 4 zulässigen Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres um mehr als 5 % übersteigen. Korrespondierend hierzu verpflichtet § 17 Abs. 2 ARegV den Netzbetreiber, bei einer Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 und 5 ARegV die Netzentgelte anzupassen, soweit sich daraus eine Absenkung der Netzentgelte ergibt. Gemäß § 5 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 3 S. 1 ARegV erfolgt die Anpassung der Netzentgelte zum 1. Januar eines Kalenderjahres. Die Netzentgeltanpassung selbst erfolgt aus Gründen der Systematik mit zweijährigem Verzug (t+2), da eine mögliche Differenz im Jahr 2009 gemäß § 28 Nr. 2 ARegV erst zum 30.06.2010 festgestellt werden kann und eine Netzentgeltanpassung daraufhin zum 01.01.2011 erfolgt.

Unstreitig erwirtschaftete die A. GmbH im Jahr 2009 Netzentgelterlöse in Höhe von ... €. Mit Beschluss vom 03.12.2008 hatte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenze für die A. GmbH für das Jahr 2009 auf ... € festgesetzt. Nachdem die ... GmbH im Laufe des Jahres 2009 insgesamt 13 von 25 Netzen verkauft und an andere Netzbetreiber übertragen hatte, setzte die Bundesnetzagentur auf übereinstimmenden Antrag der ... GmbH sowie der beiden Erwerberinnen mit Beschluss vom 08.04.2011 (BK 9 - 09/1034, BK 9 - 10/1034, BK 9 - 11/1034) die Erlösobergrenzen neu fest, und zwar für die ... GmbH für 2009 auf ... € (Anlage K 2). Unter

Abzug von in der ursprünglich festgesetzten Erlösobergrenze nicht berücksichtigten Kosten für die Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ARegV in Höhe von ... € (... € angefallen abzgl. ... € in EOG berücksichtigt) und Abzug von Kostenveränderungen im Rahmen des Messstellenbetriebs inkl. Maßnahmen gemäß § 21b EnWG in Höhe von ... € überstiegen die tatsächlich erzielten Erlöse damit in 2009 die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse um ... €. Diese in 2009 erwirtschafteten Mehrerlöse hätte die A. GmbH durch Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 an die Netzkunden zurückführen müssen. Eine Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 ist indes nicht erfolgt, noch hat die A. GmbH auf eine andere Art und Weise die zu viel vereinnahmten Netzentgelte an die Netzkunden ausgezahlt.

Die Betroffene kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, am 30.06.2010 habe bei der A. GmbH noch keine Überschreitung des Schwellenwertes gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV vorgelegen, da zu diesem Zeitpunkt noch zugunsten der A. GmbH eine Erlösobergrenze für das Jahr 2009 in Höhe von ... € festgelegt gewesen und die Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Neufestlegung der Erlösobergrenze erst mit Beschluss vom 08.04.2011 ergangen sei.

Dem Erlösabgleich des § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV und damit auch der Beurteilung der Frage, ob der Schwellenwert von 5 % überschritten ist, sind die materiell rechtlich zulässigen Erlöse zugrunde zu legen (Holznagel/Schütz, ARegV Kommentar, § 5 Rn. 40). Es kommt nicht darauf an, welche Erlösobergrenze gem. § 4 ARegV zum Zeitpunkt der Feststellung einer Mengenüberschreitung (hier der 30.06.2010) formal durch Bescheid festgelegt war, sondern darauf, welche Erlösobergrenze zu diesem Stichtag gemäß § 4 ARegV materiell-rechtlich zutreffend ist.

Zwar ist der Wortlaut der Vorschrift des § 5 Abs. 3 ARegV, der auf die „nach § 4 zulässigen Erlöse des letzten Kalenderjahres“ abstellt, nicht ganz eindeutig. So können die zulässigen Erlöse sich sowohl auf die formell zulässigen Erlöse als auch auf die materiell zulässigen Erlöse des letzten Kalenderjahres beziehen.

Aus der Systematik der Gesetzesvorschriften ergibt sich indes, dass die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse allein die materiell zulässigen Erlöse erfassen.



So sind die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse diejenigen, die sich bei vollständiger Anwendung des § 4 ARegV ergeben. Es ist daher bei ihrer Ermittlung nicht nur die für das jeweilige Kalenderjahr nach § 4 Abs. 1 ARegV erfolgte Festlegung der Erlösobergrenze heranzuziehen, sondern es müssen sämtliche nach § 4 Abs. 3-5 ARegV für das jeweilige Kalenderjahr erfolgten Anpassungen berücksichtigt werden (Danner/Theobald/Hummel, ARegV, 87. EL Januar 2016, Rn. 14). So hat jeder Netzbetreiber bei Änderungen des Verbrauchspreisgesamindexes, von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten und von volatilen Kostenanteilen gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 ARegV zum 1. Januar eines Kalenderjahres eine Anpassung seiner Erlösobergrenze vorzunehmen. Die Änderung wird nach § 4 Abs. 3 S. 2 ARegV von der Regulierungsbehörde nicht erneut festgelegt. Der Netzbetreiber hat sich vielmehr an die materiell-rechtlichen Vorgaben der ARegV zu halten (Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 Rn. 42).

Zu relevanten Schwankungen der Erlösobergrenze kommt es auch dann, wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Netzbetreiber sein Preisblatt nach § 17 ARegV bildet, die Erlösobergrenze noch nicht zutreffend gebildet worden ist. Dies kann sich daraus ergeben, dass die Regulierungsbehörde wegen zeitlicher Verzögerungen zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Erlösobergrenze gebildet hat, oder dass sich im Nachhinein abweichende Erlösobergrenzen ergeben, zB bei einer Änderung der Erlösobergrenze aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung (Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 Rn. 40, Danner/Theobald/Hummel, ARegV, 87. EL Januar 2016, Rn. 15). Auch diese Schwankungen der Erlösobergrenze müssen bei der Ermittlung der nach § 4 zulässigen Erlöse berücksichtigt werden und werden als Differenzen gem. § 5 Abs. 1 ARegV im Regulierungskonto erfasst. Auch hieraus folgt, dass es bei der Ermittlung der Erlösobergrenze im Rahmen des § 4 ARegV nicht auf die rein formal von der Bundesnetzagentur festgesetzte Erlösobergrenze, sondern auf die materiell-rechtlich zutreffende ankommt.

Auch Sinn und Zweck der Bildung der Erlösobergrenzen und der Führung eines Regulierungskontos sprechen für diese Auslegung. Die Erlöse dienen dazu, die Kosten des Netzbetriebs zu decken und dem Netzbetreiber eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zu gewähren. Mit dem Netzübergang verändern sich jedoch unmittelbar die von den beteiligten Betreibern jeweils zu tragenden Kosten. Dem-

entsprechend müssen sich auch die zulässigerweise erzielbaren Einnahmen ohne Zeitverzug verändern.

Dass ein Netzbetreiber bei einer Anpassung der Netzentgelte gem. § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV damit von einer fiktiven Erlösobergrenze ausgehen muss bzw. sich die Erlösobergrenze im Nachhinein ändert, ist dem System der Erlösobergrenzenbildung, die den oben genannten Schwankungen unterworfen ist, immanent und von den Beteiligten hinzunehmen.

Die zwar erst im Nachhinein mit Beschluss vom 08.04.2011, jedoch mit Wirkung für 2009 herabgesetzte Erlösobergrenze ist damit ausschlaggebend.

Auf die Frage, ob die A. GmbH auch dadurch einen Rechtsverstoß begangen hat, dass sie nach der mit Beschluss vom 08.04.2011 erfolgten Neufestlegung der Erlösobergrenze für 2009 keine Anpassung der Netzentgelte vorgenommen hat, kommt es nach alledem nicht an.

## **2.2.**

Die A. GmbH handelte auch schuldhaft.

Diesbezüglich kann auf die allgemeinen zivilrechtlichen Verschuldensmaßstäbe gemäß § 276 BGB verwiesen werden (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 33 Rn. 1-16, beck-online). Der Verstoß muss daher vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 BGB. Fahrlässigkeit setzt Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des pflichtwidrigen Erfolgs voraus.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Die A. GmbH hätte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch bereits Mitte 2010 erkennen können, dass die in 2009 erzielten Erlöse aus Netzentgelten die nach § 4 zulässigen Erlöse des Jahres 2009 um mehr als 5 % überstiegen und daher eine Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 erforderlich werden würde. Ihr war zu diesem Zeitpunkt bekannt, dass die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenze für 2009 mit Beschluss vom 03.12.2008 auf ... € festgesetzt und sie in 2009 Umsätze aus Netzerlösen in Höhe von ... € erzielt hatte. Da sie zum 01.05.2009 13 ihrer 25 Netze verkauft hatte, hätte sie auch erkennen können, dass

die nach § 4 zulässigen Erlösobergrenze für 2009 von der Bundesnetzagentur herabgesetzt werden würde. In Kenntnis der Erforderlichkeit der Herabsetzung der Erlösobergrenze für 2009 hat die A. GmbH auch einen Antrag auf Neufestsetzung der Erlösobergrenzen gemäß § 26 Abs. 2 ARegV gestellt, und zwar am 18.03.2010 betreffend ihren in 2009 zuerst erfolgten Verkauf an die B. AG und am 24.11.2010 betreffend den Verkauf von 12 weiteren Netzen an die D. GmbH.

Ihr war mithin bewusst, dass eine Herabsetzung der Erlösobergrenzen für 2009 erfolgen werde und sie hatte auch bereits – in Übereinstimmung mit den jeweiligen Erwerbern – die Erlösobergrenzen aufgeteilt und beziffert, indem sie eine Herabsetzung der Erlösobergrenze gemäß § 26 Abs. 2 ARegV auf ... € beantragt hatte. In Folge dessen hätte sie auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bereits Mitte 2010 erkennen können, dass die tatsächlich vereinnahmten Erlöse die nach Korrektur der Erlösobergrenze zulässigen Erlöse erheblich überschreiten würden und der so entstandene positive Saldo in 2011 durch Anpassung der Netzentgelte gemäß § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV anzupassen gewesen wäre.

Die A. GmbH entlastet auch nicht, dass die Erlösobergrenze zum 30.06.2010 noch nicht neu festgelegt worden war. So stand einer Neufestlegung zu diesem Zeitpunkt bereits entgegen, dass die A. GmbH zum 30.06.2010 im Hinblick auf die Übertragung ihrer 12 Netze an die D. GmbH noch gar keinen Antrag auf Neufestlegung gestellt hatte, über den die Bundesnetzagentur hätte entscheiden können.

Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte sie auch erkennen können, dass es bei der Berechnung der zulässigen Erlöse gemäß § 4 ARegV nicht auf die formal festgesetzten Erlöse, sondern auch die materiell rechtmäßigen Erlöse ankommen muss. Dies ergibt sich schon aus § 4 ARegV, der, wie bereits ausgeführt, in § 4 Abs. 3-5 bestimmte Vorgaben zur Anpassung vorgibt.

Selbst wenn die A. GmbH sich in einem Rechtsirrtum befunden haben sollte und davon ausgegangen ist, es komme auf die am 30.06.2010 von der Bundesnetzagentur festgesetzten Erlösobergrenzen an, entlastet sie dies nicht, weil ein solcher Rechtsirrtum der A. GmbH vorwerfbar gewesen wäre.

Hält der Schädiger sein Verhalten für rechtmäßig, muss ihm dieser Rechtsirrtum vorwerfbar sein. Das ist der Fall, wenn der Schädiger bei Anwendung der im

Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung seines Verhaltens durch die Gerichte rechnen musste. Dass eine fehlerhaft beurteilte Frage höchst-richterlich noch nicht entschieden ist, ist nicht bereits dann ein Entschuldigungsgrund, wenn die fehlerhafte Beurteilung ernsthaft vertreten werden kann. Ein Rechtsirrtum kommt vielmehr nur in Betracht, wenn der Schädiger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen gerichtlichen Beurteilung nicht zu rechnen brauchte. Damit soll erreicht werden, dass der Schädiger das Risiko der zweifelhaften Rechtslage trägt (BGH v. 10.10.1989, WuW/E BGH 2603, 2607 „Neugeborenentransporte“; Bornkamm, in: L/B, GWB, § 33, Rn. 95 m.w.N.; Behr/Gorn, N&R 2009, 1, 5; Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 32 Rn. 1-37, beck-online).

So liegt der Fall hier. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte die A. GmbH nicht davon ausgehen dürfen, dass Gerichte in keinem Fall auf die materiell rechtmäßige Erlösobergrenze abstellen würden.

Dass die A. GmbH nicht wusste, ob die Bundesnetzagentur ihre Anträge gemäß § 26 Abs. 2 ARegV antragsgemäß bescheiden würde, entlastet sie ebenfalls nicht. Zunächst haben sie und die beiden Erwerber, die B. AG und die D. GmbH, inhaltsgleiche Anträge gestellt, so dass eine antragsgemäße Bescheidung durch die Bundesnetzagentur jedenfalls nicht unwahrscheinlich war. Dass eine erhebliche Korrektur der Erlösobergrenze für 2009 in Anbetracht von 12 Netzverkäufen erfolgen werde, stand zudem bereits Mitte des Jahres 2010 fest. Die A. GmbH hätte daher – auch wenn sie die neu festgesetzte Erlösobergrenze zum 01.01.2011 nicht kannte, ohne Risiko eine erhebliche Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 vornehmen können.

Auch das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 20.12.2010 steht dem Verschuldensvorwurf nicht entgegen. Denn die A. GmbH durfte nicht aufgrund des Schreibens vom 20.12.2010 darauf vertrauen, dass die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen für 2009 nicht korrigieren würde oder das Schreiben bereits eine Korrektur enthielt.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Übersicht über das Regulierungskonto 2009 noch die ursprünglich für 2009 festgesetzte Erlösobergrenze von ... € unverändert enthielt und sich aus dem Schreiben auch keine Hinweise ergaben, dass

die Erlösobergrenze trotz des Übergangs von 13 Netzen in 2009 nicht korrigiert werden würde.

Ein Bescheid zu ihren Anträgen auf Anpassung der Erlösobergrenze war der A. GmbH zu diesem Zeitpunkt ebenfalls noch nicht zugegangen.

Da sie aufgrund des Übergangs von insgesamt 13 Netzen selbst einen erheblichen Korrekturbedarf der Erlösobergrenze für 2009 in ihren gemäß § 26 Abs. 2 ARegV gestellten Anträgen errechnet hatte, konnte die A. GmbH auch nicht davon ausgehen, die Erheblichkeitsschwelle sei nicht erreicht oder es werde überhaupt keine Korrektur für 2009 vorgenommen, die bei der Entgeltbildung zum 01.01.2011 zu berücksichtigen sei. Damit musste für sie indes klar sein, dass der Hinweis „Keine Anpassung“ unter der Rubrik „Anpassung der Netzentgelte gemäß § 5 Abs. 3 ARegV zum 01.01.2011“ nicht den aktuellen Stand unter Berücksichtigung der Anträge auf Aufteilung der Erlösobergrenze und der Kontoauszug nicht die materiell rechtmäßige Erlösobergrenze auswies.

Unabhängig davon heißt es auch auf Seite 1, 2. Absatz des Schreibens:

„Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass diese Mitteilung zum Stand des Regulierungskontos einen rein informatorischen Charakter hat. Einen Bescheid, in dem der Saldo des Regulierungskontos festgestellt wird, erhalten Sie am Ende der ersten Regulierungsperiode.“

Auf der Seite 2 führt die Bundesnetzagentur im ersten Absatz aus: „Die Prüfungen der eingereichten Erhebungsbögen haben ergeben, dass in einer Reihe von Fällen die Erhebungsbögen und damit auch die Berechnungen der Beschlusskammer noch der Korrektur bedürfen. Um diese im kommenden Jahr vornehmen zu können, werden im folgenden zunächst „Hinweise zur sachgerechten Befüllung des Erhebungsbogens zum Regulierungsskonto“ gegeben.

Ersichtlich handelte es sich damit bei dem Schreiben nur um eine informatorische Mitteilung, die keinen endgültigen Bescheid über eine Ausschüttungspflicht enthielt.

### **2.3.**

Die A. GmbH hat auf Grund des schuldhaften Verstoßes einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von den im Beschluss festgesetzten ... € erlangt.

Für die Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils wird in der Entwurfsbegründung - ebenso wie bei der parallelen Vorschrift des § 34 GWB - auf die zu § 17 Abs. 4 OWiG entwickelten Rechtsgrundsätze verwiesen. Dies bedeutet, dass nicht nur ein in Geld bestehender Gewinn zu berücksichtigen ist, sondern auch ein sonstiger wirtschaftlicher Vorteil, wie beispielsweise eine Verbesserung der Marktposition des Täters durch die Ausschaltung oder Zurückdrängung von Wettbewerbern. Der wirtschaftliche Vorteil ist im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und ohne diese für ihn eingetreten wäre (Saldierungsgrundsatz) (BT-Drucks. 15/3917, S. 64).

Der nach § 17 Abs. 4 OWiG abzuschöpfende wirtschaftliche Vorteil ist nach dem sogenannten „Nettoprinzip“ zu bemessen. Aus der Tat gezogene wirtschaftliche Vorteile werden hiernach definiert als der Gewinn aufgrund der Ordnungswidrigkeit, und zwar abzüglich von Kosten und Aufwendungen, die zur Erzielung des Gewinns erforderlich waren. Zur Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils ist demnach eine Saldierung erforderlich. Diese Grundsätze gelten für die Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils iSv § 33 Abs. 1 entsprechend. Davon ausgehend ist im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und ohne diese für ihn eingetreten wäre (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 33 Rn. 1-16, beck-online; Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 33 Rn. 7, KK-OWiG/Mitsch OWiG § 17 Rn. 118 - 121, beck-online)

Grundsätzlich ist bei der Bemessung des wirtschaftlichen Vorteils daher nur auf die Zuwiderhandlung an sich – hier also den Verstoß gegen § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV wegen Nichtanpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 nach Überschreitung der Erlösobergrenze um mehr als 5 % – abzustellen. Der hierdurch erlangte wirtschaftliche Vorteil berechnet sich unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen auf die von der Bundesnetzagentur festgesetzten ... € (... € zzgl. Verzinsung). Ein wirtschaftlicher Nachteil bzw. Kosten, die in Abzug zu bringen wären, sind der A GmbH aufgrund dieser Pflichtverletzung nicht entstanden. Ohne die konkrete Zuwiderhandlung hätte die A. GmbH die Netzentgelte zum 01.01.2011 angepasst und so ... € weniger eingenommen. Die in 2010 und 2011 erwirtschaft-

teten Mindererlöse hätten hieran zunächst nichts geändert. Sie beruhen, wie die Bundesnetzagentur zutreffend ausführt, nicht auf der Zuwiderhandlung und schmälern daher nicht den in 2009 erlangten wirtschaftlichen Vorteil.

#### **2.4.**

Die Betroffene haftet auch für die Verbindlichkeiten der A. GmbH. Die A. GmbH ist gemäß Verschmelzungsvertrag vom 15.10.2012 als übertragender Rechtsträger durch Aufnahme mit der Betroffenen als übernehmender Rechtsträgerin gemäß § 2 Nr. 1 UmwG verschmolzen. Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bewirkt die Eintragung der Verschmelzung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers den Übergang des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Semler/Stengel, UmwG, 3. Auflage 2012, § 20 Rn. 8).

Vorliegend ist die Verschmelzung am 22.10.2012 in das Handelsregister des ... eingetragen worden.

Die Gesamtrechtsnachfolge betrifft privatrechtlich zugeordnete Vermögenspositionen. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse sind nicht automatisch einbezogen. Vielmehr ist nach den Zwecken zu differenzieren, die den jeweiligen Regelungsmaterien zugrunde liegen (Semler/Stengel, UmwG, 3. Auflage 2012, § 20 Rn. 8).

Bei dem Anspruch aus einer Vorteilsabschöpfung gemäß § 33 EnWG handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Dieser Anspruch ist bereits mit Veräußerung des letzten Netzes im Jahr 2012 durch die A. GmbH gegenüber dieser entstanden. Vorliegend spricht der Zweck der Regelungsmaterie für einen Übergang des Anspruchs auf die Betroffene. Denn die Vorteilsabschöpfung hat keinen höchstpersönlichen Charakter, sondern ist darauf gerichtet, einen aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung in einem Unternehmen entstandenen wirtschaftlichen Vorteil einzuziehen und hierdurch eine durch zu viel vereinnahmte Netzentgelte eingetretene Marktstörung zu korrigieren. Dieser Zweck wird auch erreicht, wenn die bevorteilte juristische Person auf eine andere verschmolzen wird.

Der Einwand der Betroffenen, die Marktstörung werde bereits deshalb nicht korrigiert, weil die Netznutzer die zu viel vereinnahmten Netzentgelte nicht durch eine

Zahlung an die Staatskasse zurück erhalten, ist nicht zutreffend. Eine Rückführung an die Netznutzer ist vorliegend, da die A. GmbH alle Netze veräußert und an dritte Unternehmen übertragen hat und auch die Betroffene keine Netze betreibt, nicht mehr möglich. Die A. GmbH hat in 2009 aber unstreitig Erlöse aus Netzentgelten in Höhe von ... € und damit – mit Zinsen - ... € mehr als zulässig vereinnahmt. Damit bleibt als einzige Korrektur zur Beseitigung des durch das marktschädliche Verhalten erlangten Vorteils die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils. Auf die Frage, ob der Vorteil zum Zeitpunkt der Verschmelzung so noch vorhanden war, kommt es nicht an.

Dass § 33 EnWG keine dem § 30 Abs. 2a OWiG entsprechende Berechtigung zur Inanspruchnahme von Gesamtrechtsnachfolgern enthält, ist unerheblich. Denn es handelt sich bei § 33 EnWG um eine verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung und nicht um eine bußgeldrechtliche Mehrerlösabschöpfung (vgl. Immenga/Mestmäcker/Emmerich GWB § 34 Rn. 1 - 6, beck-online zur Unterscheidung der gleichlautenden Vorschrift des § 34 GWB von der bußgeldrechtlichen Mehrerlösabschöpfung des § 81 GWB), die nicht dem Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG unterfällt.

## **2.5.**

Die Bundesnetzagentur hat bei Erlass der angegriffenen Entscheidung, den durch die Zuwiderhandlung erlangten wirtschaftlichen Vorteil einzuziehen, nicht ermessensfehlerhaft gehandelt. Dass sie keine Saldierung mit Mindererlösen aus den Jahren 2010 und 2011 vorgenommen, sondern die Betroffene zur Zahlung des gesamten, in 2009 erwirtschafteten Vorteils in Höhe von ... € an die Staatskasse verpflichtet hat, ist ebenfalls frei von Ermessensfehlern.

Gemäß § 33 Abs. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3 oder gegen auf Grund bzw. auf Grundlage dieser Vorschriften ergangene Rechtsverordnungen / Entscheidungen der Regulierungsbehörde die Abschöpfung des hierdurch erlangten wirtschaftlichen Vorteils anordnen. Die Anordnung der Vorteilsabschöpfung steht damit, anders als bei § 43 TKG, im behördlichen Ermessen. Das Ermessen umfasst dabei sowohl das Entschließungsermessen, also die Frage, ob die Behörde eine Vorteilsabschöpfung vornehmen will, als auch das Auswahlermessen,



also die Frage, wie im Einzelnen die Vorteilsabschöpfung vorgenommen werden soll (Baur, Salje, Schmist-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Kapitel 110, Rn. 19). Der Ermessensspielraum wird allerdings durch § 33 Abs. 3 EnWG eingeschränkt (Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Auflage 2015, § 33 EnWG, Rn. 10). Die Ermessensentscheidung ist nach den auch im Energierecht geltenden allgemeinen Grundsätzen nur daraufhin überprüfbar, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten (Ermessensüberschreitung), ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt (Ermessensnichtgebrauch), oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (Ermessens Fehlgebrauch).

Nach diesen Maßgaben liegt eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung nicht vor.

### **2.5.1.**

Die Bundesnetzagentur hat ihr Entschließungsermessen rechtmäßig ausgeübt. Insbesondere kommt nicht als einzig rechtmäßige Entscheidung die Nichtvornahme des Erlasses der Vorteilsabschöpfung in Betracht.

Wie bereits ausgeführt, ist § 33 EnWG auch im System der Anreizregulierung anwendbar, so dass eine Vorteilsabschöpfung bei einem Verstoß gegen § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV subsidiär in dem Fall vorgenommen werden kann, wenn eine Ausschüttung der zu viel vereinnahmten Erlöse durch Anpassung der Netzentgelte nicht mehr möglich ist. So liegt der Fall – wie bereits ausgeführt - hier.

Zutreffend hat die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang in die Ermessensentscheidung mit einbezogen hat, dass die A. GmbH durch Nichtvorlage der testierten Spartenabschlüsse für die Jahre 2009 bis 2011 eine frühzeitige Entdeckung des hier behandelten Sachverhalts wesentlich erschwert hat. Unstreitig hat die A. GmbH einen testierten Spartenbericht für das Jahr 2009 erst im Rahmen der abschließenden Regulierungskontoprüfung am 23.01.2014 und damit zu einem Zeitpunkt übermittelt, als sie sämtliche Netze bereits verkauft hatte und ein Ausgleich über die Regulierungskonten nicht mehr möglich war. Zwar konnte die Bundesnetzagentur bereits im Jahr 2010 durch Einsichtnahme in das Regulierungskonto der A. GmbH erkennen, dass diese in 2009 Netzentgelte in Höhe von ... € erlöst hatte. Hierbei handelte es sich indes um die eigenen Angaben der A.

GmbH, die nicht von der Regulierungsbehörde überprüft oder von einem Wirtschaftsprüfer testiert waren.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen kam es daher auch nicht in Betracht, der H. GmbH, die die letzten drei Netze, die Erdgasnetze im Jahr 2012 von der A. GmbH erworben hatte, die Rückführung der durch die A. GmbH zu viel vereinnahmten Erlöse aufzuerlegen. Denn ein Ausgleich über das Regulierungskonto hätte gemäß § 5 Abs. 4 ARegV für die folgende Regulierungsperiode zum 01.01.2013 erfolgen müssen. Zu diesem Zeitpunkt lagen indes die Spartenabschlüsse für 2009 noch gar nicht vor. Als diese Anfang 2014 eingereicht wurden, war ein Ausgleich des Saldos über das Regulierungskonto der A. GmbH zur zweiten Regulierungsperiode nicht mehr möglich.

Die H. GmbH hatte zudem nur 3 von 25 (bzw. ab Mitte 2009 noch vorhandenen 12) Netzen übernommen, bei denen die A. GmbH rechtswidrig eine Rückführung zu viel vereinnahmter Netzentgelte unterlassen hatte. Hätte man ihr die vollständige Korrektur des Regulierungskontos auferlegt, hätte dies zu einer überproportionalen und nicht gerechtfertigten Netzentgeltanpassung in den drei noch verbliebenen Netzen der H. GmbH geführt, was nicht sachgerecht gewesen wäre. Es ist aus diesem Grunde auch nicht zu beanstanden, dass die Regulierungsbehörde diese Erwägungen nicht ausdrücklich im Rahmen der Ermessensentscheidung zugunsten der A. GmbH berücksichtigt hat.

Soweit die Betroffene einwendet, die Übernahme eines negativen Regulierungskontos sei ein Problem, das zivilrechtlich zwischen den beiden Kaufvertragsparteien zu lösen sei, mag dies zutreffen. Dies führt aber nicht zu dem zwingenden Schluss, dass der neue Netzbetreiber in Anspruch zu nehmen ist. Denkbar ist vielmehr auch, den übertragenden Netzbetreiber in Anspruch zu nehmen und ihn darauf zu verweisen, dies bei dem Verkauf im Rahmen der Kaufpreisbildung zu berücksichtigen.

Das Schreiben vom 20.12.2010 führt entgegen der Auffassung der Betroffenen ebenfalls nicht zu einer Einschränkung des Ermessens. Wie bereits ausgeführt konnte die A. GmbH nach Erhalt des Schreibens nicht darauf vertrauen, die Erlösobergrenze für 2009 würde in Anbetracht des Verkaufs von 13 von 25 Teilnetzen

unverändert bleiben und nicht herabgesetzt werden. Vielmehr musste die A GmbH den Kontoauszug für das Regulierungskonto so verstehen, dass die Antragsanpassung der Erlösobergrenze für 2009 noch erfolgen werde. Auf die Ausführungen zu Ziffer 2.2. wird Bezug genommen.

Auch im Übrigen hat die Bundesnetzagentur ihr Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt. So hat die Regulierungsbehörde ermessensfehlerfrei berücksichtigt, dass die Erlösobergrenze für 2009 um 36 % und damit erheblich überschritten war.

Es ist auch nicht ermessensfehlerhaft, dass die Bundesnetzagentur nicht zu Gunsten der Betroffenen berücksichtigt hat, dass ihr, der Bundesnetzagentur, eine Feststellung der Überschreitung der festgesetzten Erlösobergrenze möglich gewesen wäre. Die Bundesnetzagentur prüft das Regulierungskonto im Rahmen der Festlegung der neuen Regulierungsperiode gemäß § 5 Abs. 4 ARegV zum Ende einer Regulierungsperiode und gleicht es mit den testierten Jahresabschlüssen ab. Bis dahin ist es Aufgabe des Netzbetreibers, die Netzentgelte gemäß § 5 Abs. 3 ARegV iVm § 17 ARegV anzupassen. Der A. GmbH wäre, wie bereits ausgeführt, eine entsprechende Anpassung zum 01.01.2011 auch möglich gewesen, da sie die Größenordnung der Erlöse aus den Netzentgelten kannte und wusste, dass die Erlösobergrenze für 2009 angepasst werden würde.

Da die Bundesnetzagentur zutreffend davon ausgegangen ist, dass das Schreiben vom 20.12.2010 keinen Vertrauensschutz bei der A. GmbH begründen konnte, ist es ebenfalls nicht zu beanstanden, dass sie es nicht im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung zugunsten der A. GmbH einbezogen hat.

Das freiwillige Angebot der Betroffenen vom 16.09.2014, einen Betrag in Höhe von ... € zugunsten der Letztverbraucher aufzuwenden, ist kein Gesichtspunkt, den die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung hätte berücksichtigen müssen.

### **2.5.2.**

Auch ihr Auswahlermessen hat die Bundesnetzagentur fehlerfrei ausgeübt, insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass sie keine Saldierung des wirtschaftlichen

Vorteils mit den in 2010 und 2011 erzielten Mindererlösen der A GmbH in Höhe von ... € bzw. ... € vorgenommen hat.

Zwar kann der nachträgliche Wegfall des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der Ermessensausübung nicht außer Betracht bleiben (Gürtler in Göhler, OWiG, 16. Auflage, § 17 Rn. 42), so dass im Rahmen des Ermessens auch die Mindererlöse in den Jahren 2010 und 2011 zu berücksichtigen sein könnten. Eine Saldierung der Erlösobergrenzen in den Jahren 2009 bis 2011 entspräche auch dem System der Anreizregulierungsverordnung, das nach Beendigung der Regulierungsperiode in § 5 Abs. 4 iVm § 34 ARegV eine Saldierung der Salden aus den Einzeldifferenzen der Jahre 2009 bis 2011 und entsprechenden Zu- und Abschlägen in der nachfolgenden Regulierungsperiode vorsieht.

Wie die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung indes erläutert und auch die Betroffene vorgetragen hat, sind die Regulierungskonten der A. GmbH bzw. die Salden derselben beim Verkauf der Netze auf die übernehmenden Netzbetreiber übergegangen. Soweit die Betroffene daher in den Jahren 2010 und 2011 Mindererlöse erwirtschaftet hat, haben die übernehmenden Netzbetreiber diese Mindererlöse in Form eines negativen Saldos auf dem Regulierungskonto übernommen. Für den Fall, dass die tatsächlich erzielten Erlöse um mehr als 5 Prozent hinter den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres zurück blieben, waren die übernehmenden Netzbetreiber damit berechtigt, ihre Netzentgelte nach § 17 ARegV anzupassen, § 5 Abs. 3 ARegV. Aber auch wenn die Voraussetzungen nicht vorgelegen haben oder eine Anpassung aus sonstigen Gründen nicht erfolgt ist, ist ein Ausgleich des übernommenen Regulierungskontos in der folgenden Regulierungsperiode durch gleichmäßig verteilte Zuschläge auf die Erlösobergrenze erfolgt, § 5 Abs. 4 ARegV. Die Netznutzer haben daher die in 2010 und 2011 erwirtschafteten Mindererlöse der A. GmbH durch Zahlung entsprechend erhöhter Netzentgelte wieder ausgeglichen.

Würden die in 2010 und 2011 erwirtschafteten Mindererlöse daher von den in 2009 erwirtschafteten Mehrererlösen der A. GmbH in Abzug gebracht, würde man sie doppelt berücksichtigen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Vortrag der Betroffenen, in den Kaufverträgen zwischen der A. GmbH und der H. GmbH sei der H. GmbH kein besonderer Stand des Regulierungskontos zugesichert worden, Grundlage für die Kaufpreise der Erdgasnetze ... sei allein der aktuelle Restbuchwert der Netze gewesen. Selbst wenn diese von der Bundesnetzagentur bestrittene Behauptung zutreffen sollte, bleibt es dabei, dass die Netznutzer die Mindererlöse der Jahre 2010 und 2011 durch Zahlung erhöhter Netzentgelte in den Folgejahren ausgeglichen und die Netzerwerber die ihnen mit dem jeweiligen Kaufvertrag übertragenen Forderungen - in Form eines Negativsaldos auf dem jeweiligen Regulierungskonto - realisiert haben. Die in 2009 erwirtschafteten Mehrerlöse sind daher nicht durch Mindererlöse in den Folgejahren an die Netznutzer zurückgeführt worden, sondern bei der A. GmbH verblieben.

Dass die A. GmbH beim Verkauf ihrer Netze den Stand des Regulierungskontos und damit auch die in den Folgejahren zu realisierenden Mindererlöse möglicherweise nicht bei der Kaufpreisbildung berücksichtigt hat, ändert hieran nichts.

Ermessensfehlerfrei hat die Bundesnetzagentur daher keine erneute Berücksichtigung der Mindererlöse in 2010 und 2011 durch Saldierung vorgenommen.

### C.

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Betroffene mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, ist es sachgerecht, ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Regulierungsbehörden aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten mit ... €.

**D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen. (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnWG) haben.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

Dr. E.

K. R.