



# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## BESCHLUSS

### **In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache**

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2015

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 28.01.2009 (BK8-08/1835-11) wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zu 65 % und die Bundesnetzagentur zu 35 %. Die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur tragen diese zu 70 % und die Betroffene zu 30 %. Die außergerichtlichen Kosten der Betroffenen trägt diese selbst.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird wie folgend festgesetzt:

Bis zum 27.02.2012	auf bis zu € ...
Bis zum 29.06.2015	auf € ...
Sodann	auf € ...

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Betroffene ist Betreiberin eines Elektrizitätsverteilernetzes.

Mit Schreiben vom 02.09.2008 eröffnete die Bundesnetzagentur gegen die Betroffene von Amts wegen das Verfahren zur Festlegung der Erlösbergrenzen in der ersten Regulierungsperiode der Anreizregulierung. Der durchgeführte Effizienzvergleich hatte für die Betroffene einen Effizienzwert von ...% ergeben.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 28.01.2009 legte die Bundesnetzagentur die Erlösbergrenzen der Betroffenen für die erste Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen geltend gemacht fest, insbesondere legte sie einen jährlichen Verteilungsfaktor von 0,1 für den Abbau der Ineffizienzen zugrunde. Den von der Betroffenen im Verwaltungsverfahren begehrten Ansatz eines Verteilungsfaktors von 1/20 im ersten Jahr lehnte sie unter Hinweis auf die Verordnungsbegründung zu § 16 ARegV ab.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde. Die mit der Beschwerde ursprünglich gerügten weiteren Beschwerdepunkte „Nichtberücksichtigung der Plankosten 2009 im Ausgangsniveau“, hilfsweise „Korrektur der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie“ (Antrag zu 1.a), „Nichtberücksichtigung der Anlagen im Bau und der geleisteten Vorauszahlungen in der Verzinsungsbasis, EK II-Zinssatz, monatscharfe Abschreibungen“ (Antrag zu 1.b), „fehlerhafte Bestimmung des pauschalierten Investitionszuschlags“ (Antrag zu 1.c), „Verlustenergiekosten als beeinflussbare Kostenanteile“ (Antrag zu 1.d), „Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen 2009“ (Antrag zu 1.e), „Kosten für die Vergütung dezentraler Einspeisungen 2009“ (Antrag zu 1.f), „Zahlungen der Betreiber dezentraler Erzeugungsanlagen als kostenmindernde Erlöse“ (Antrag zu 1.g), „genereller sektoraler Produktivitätsfaktor“ (Antrag zu 1.i), „Erweiterungsfaktor 2009“ (Antrag zu 1.j), „Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabschöpfung“ (Antrag zu 2.) und „Härtefallantrag“ (Hilfsantrag zu 3.) hat die Betroffene mit Schriftsatz vom 28.02.2012 zurückgenommen, nachdem die Beteiligten einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag geschlossen haben. Bezüglich dieser Streitpunkte beantragt sie - entsprechend der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarung - die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufzuheben. Mit Schriftsatz vom

30.06.2015 hat die Betroffene ferner den Beschwerdepunkt „Preisindizes“ zurückgenommen.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Festlegung der Erlösobergrenzen sei im Hinblick auf den von der Bundesnetzagentur zum Abbau der Ineffizienzen in Ansatz gebrachten jährlichen Verteilungsfaktor von 0,1 rechtswidrig. Da die festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen jeweils ab dem 1. Januar eines Kalenderjahres anzuwenden seien, führe die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur dazu, dass die Betroffene die in der ersten Regulierungsperiode abzubauenen Ineffizienzen bereits zu Beginn eines jeden Kalenderjahres (01.01.) und damit auch zu Beginn des letzten Kalenderjahres der Regulierungsperiode (01.01.2013) abgebaut haben müsse und nicht erst zum Ende eines jeden Kalenderjahres (31.12.) und der ersten Regulierungsperiode (31.12.2013). Dies stehe jedoch im Widerspruch zu den Vorgaben des § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG i.V.m. § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV sowie zur Regelung in § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG.

Aus der Zusammenschau von § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV und § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV, wonach der Abbau der ermittelten Ineffizienzen in der ersten Regulierungsperiode erst nach zwei Regulierungsperioden, in den darauf folgenden Regulierungsperioden jeweils zum Ende der Regulierungsperiode abgeschlossen sein müsse, ergebe sich, dass die jeweils geltenden Effizienzvorgaben immer erst zum Ende des jeweiligen Kalenderjahres und insgesamt zum Ende der jeweiligen Regulierungsperiode erfüllt sein müssten. Dies decke sich auch mit § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG, wonach eine Obergrenze für das Ende der Regulierungsperiode zu bestimmen sei, mithin zum 31.12.2013. In der ersten Regulierungsperiode müsse der Betrachtungszeitraum für den Abbau der Hälfte der Ineffizienzen fünf Jahre betragen. Dies bedeute, dass die Ineffizienzen am Ende des ersten Jahres der Regulierungsperiode nur noch neun Zehntel, am Ende des zweiten Jahres acht Zehntel, am Ende des dritten Jahres sieben Zehntel, am Ende des vierten Jahres sechs Zehntel und am Ende des fünften Jahres fünf Zehntel des ursprünglichen Niveaus betragen dürften. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur führe demgegenüber zu einem Abbau der Hälfte der Ineffizienzen bereits nach vier Jahren.

Die Umsetzung der Effizienzvorgaben zum 01.01.2013 laufe auch der ökonomischen Grundüberlegung zuwider, die in § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG i.V.m. § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV umgesetzt werde. Diese bestehe darin, dass die Netzbetreiber –

vergleichbar der im Wettbewerb stehenden Unternehmen – zur Absenkung der Kostenbasis veranlasst würden. Ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen würde aber zunächst die Kostenbasis senken und erst anschließend die Kosteneinsparungen an seine Kunden weitergeben. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur verlange jedoch, dass die Kostensenkungen bereits zu einem Zeitpunkt weitergegeben werden müssten, zu dem diese noch nicht realisiert worden seien.

Die Forderung eines Abbaus der Ineffizienzen jeweils bis zum 01.01. eines Kalenderjahres verstoße auch gegen § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG, da das Gebot der Erreichbarkeit missachtet werde. Der Betroffenen sei es weder tatsächlich möglich noch zumutbar, die Ineffizienzen bereits zum 01.01. eines jeden Kalenderjahrs abzubauen. Die Absenkung der Kosten um die auf das jeweilige Jahr entfallenden Ineffizienzen sei nicht binnen einer juristischen Sekunde möglich, sondern erfordere erhebliche und vor allem zeitaufwendige Anstrengungen, um Verträge anzupassen, zu ändern, zu substituieren oder zu beenden. Vor dem Hintergrund dieser Unmöglichkeit sähen auch der Gesetzes- und der Verordnungsgeber vor, dass der Abbau der Ineffizienzen über die gesamte Dauer eines jeden Kalenderjahres erfolgen könne.

Um den gesetzlichen Vorgaben Rechnung zu tragen, müsse der Verteilungsfaktor am 01.01.2009 daher mit Null angesetzt werden. Erst ab dem 01.01.2010 dürfe der Verteilungsfaktor mit 0,1 in Ansatz gebracht werden. Nur hierdurch werde entsprechend der Vorgabe in § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV ein rechnerisch gleichmäßiger Abbau der Ineffizienzen, die Möglichkeit der Festlegung einer Erlösobergrenze für das Ende der Regulierungsperiode nach § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG sowie die Einhaltung des Gebots der Erreichbarkeit in § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG gewährleistet.

Die Verordnungsbegründung zu § 16 ARegV, wonach zum Verteilungsfaktor in Höhe von einem Zehntel im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode in den folgenden Jahren der ersten Regulierungsperiode jeweils ein Zehntel hinzu zu addieren sei, stehe dieser Vorgehensweise nicht entgegen. Auf die amtliche Verordnungsbegründung könne erst dann zurückgegriffen werden, wenn der Wortsinn und der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes Raum für verschiedene Auslegungen ließen. Dies sei jedoch nicht der Fall. Sowohl aus § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG als auch aus § 16 Abs. 1 ARegV ergebe sich, dass die auf das jeweilige Kalenderjahr einer Regulierungsperiode entfallenden Ineffizienzen erst mit dem Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres abgebaut sein müssten. Mathematisch könne diese Vorgabe in der Regulie-

rungsformel nur in der beschriebenen Weise umgesetzt werden. Aber selbst wenn man zur Auslegung des § 16 Abs. 1 ARegV auf die amtliche Begründung zurückgreifen wolle, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, da sich diese und damit auch das angeführte Zahlenbeispiel nur auf die Gleichmäßigkeit des Abbaus der Ineffizienzen beziehe.

Hilfsweise müssten die Erlösobergrenzen zu Beginn und zum Ende eines Kalenderjahres der Regulierungsperiode arithmetisch gemittelt werden. Dafür werde in der Regulierungsformel nach Anlage 1 zur ARegV für den Parameter  $V_t$  ein Wert von 0,05 angewendet und dieser Wert dann jährlich um 0,1 erhöht. Diese Vorgehensweise führe zu einem Abbau der ermittelten Ineffizienzen von 1/20 im ersten Jahr der Regulierungsperiode, 3/20 im zweiten Jahr, 5/20 im dritten Jahr, 7/20 im vierten Jahr und schließlich 9/20 im fünften Jahr, wie aus der Tabelle auf Seite 113 der Beschwerdebegründung (Bl. 124 GA) ersichtlich sei. Hierdurch würde gewährleistet, dass die Netzbetreiber zumindest sechs Monate Zeit hätten, um die Effizienzvorgaben für das jeweils laufende Kalenderjahr der Regulierungsperiode umzusetzen.

Die nichtverordnungskonforme Anwendung des Verteilungsfaktors durch die Bundesnetzagentur führe ausweislich der Tabellen auf Seite 16f. der Replik vom 30.06.2015 (Bl. 281f. GA) in der ersten Regulierungsperiode zu einem Mindererlös von € .... Bei der hilfsweise herangezogenen Vorgehensweise durch Bildung eines arithmetischen Mittelwerts ergebe sich ein Mindererlös von € ... in der ersten Regulierungsperiode.

Die Betroffene beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.01.2009 in Ziffer 1 Satz 1 aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung zur Bestimmung der Erlösobergrenzen für den Zeitraum der ersten Regulierungsperiode unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden, soweit die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der abzubauenen Ineffizienzen nicht einen Verteilungsfaktor von 1/20 zugrunde legt.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung

ihres Vorbringens. Sie habe mit dem Verteilungsfaktor von 0,1 pro Jahr die Vorgaben in § 16 Abs. 1 ARegV, wonach die Ineffizienzen gleichmäßig abgebaut werden müssten und der Abbau der für die erste Regulierungsperiode ermittelten Ineffizienzen nach zwei Regulierungsperioden abgeschlossen sein müsse, zutreffend umgesetzt. Diese Vorgehensweise werde durch die Verordnungsbegründung zu § 16 ARegV bestätigt, wonach zum Verteilungsfaktor in Höhe von einem Zehntel im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode in jedem folgenden Jahr der ersten Regulierungsperiode jeweils ein Zehntel hinzu zu addieren sei. In § 16 ARegV sei nicht geregelt, zu welchem Zeitpunkt der Verteilungsfaktor auf die Erlösobergrenze wirke. Dies ergebe sich vielmehr aus den §§ 4, 7 ARegV, wonach die Erlösobergrenzen für jedes Kalenderjahr der gesamten Regulierungsperiode jeweils nach der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV zu bestimmen seien.

Die Erwägungen der Betroffenen seien mit der Rechtslage nicht vereinbar und ignorierten das der ARegV zugrunde liegende Jährlichkeitsprinzip. Die Erlösobergrenze werde nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ARegV für ein ganzes Jahr bestimmt. Diese jährliche Betrachtung gelte nach § 17 ARegV auch für die von der Betroffenen erhobenen Netzentgelte. Die Effizienzvorgaben nach § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV würden rein rechnerisch und losgelöst von der betriebswirtschaftlichen Realität bestimmt. Ob und wie der Netzbetreiber die Effizienzvorgaben erfülle, bleibe ihm überlassen. Zudem sei die von der Betroffenen hilfsweise vorgetragene Mittelwertbildung nicht mit § 16 ARegV vereinbar. Der Verordnungsgeber regele an anderer Stelle konkret, wenn Mittelwerte aus Jahresanfangsbestand und Endbestand gebildet werden sollten (vgl. z.B. § 7 StromNEV). Eine solche Anordnung fehle jedoch in § 16 ARegV.

Die Bezugnahme des Verordnungsgebers auf den „gleichmäßigen Abbau“ in § 16 ARegV beziehe sich auf einen solchen über die fünf Jahre einer Regulierungsperiode. Es solle in jedem Jahr derselbe Zusatzbetrag abgebaut werden. Durch die Vorgehensweise der Betroffenen würden im ersten Jahr jedoch entweder gar keine oder nur die Hälfte der festgestellten Ineffizienzen abgebaut. Dies habe zur Folge, dass die festgestellten Ineffizienzen zum Ende der Regulierungsperiode nicht vollständig abgebaut seien. Nach beiden von der Betroffenen vertretenen Berechnungsmethoden verbleibe am Ende der zwei Regulierungsperioden eine Ineffizienz, nach Variante 1 in Höhe von € ..., nach Variante 2 in Höhe von € ..., wie die Tabellen auf Seite 3f. der Duplik (Bl. 292f. GA) zeigten.

Sofern es der Betroffenen unter Nutzung aller ihr möglichen und zumutbaren Maßnahmen nicht möglich sein sollte, die Effizienzvorgaben zu erreichen, stehe es ihr frei, einen Antrag nach § 16 Abs. 2 ARegV zu stellen und diese Umstände konkret nachzuweisen.

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 Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

### **I.**

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form eines Bescheidungsantrags statthaft (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG).

### **II.**

Die Beschwerde der Betroffenen hat aus den in der Senatssitzung mit den Beteiligten erörterten Gründen in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die für die erste Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen sind im Hinblick auf den zwischen den Beteiligten einzig noch streitigen Beschwerdepunkt „Verteilungsfaktor“ nicht zu beanstanden. Zu Recht hat die Beschlusskammer 8 den Verteilungsfaktor zum Abbau der Ineffizienzen in der ersten Regulierungsperiode mit 0,1 im ersten und jeweils weiteren 0,1 in den Folgejahren in Ansatz gebracht.

1. § 16 ARegV regelt die im Rahmen der Erlösobergrenzenfestsetzung zu berücksichtigenden Effizienzvorgaben durch Anwendung eines Verteilungsfaktors. Insoweit bestimmt § 21a Abs. 2 EnWG, dass die Anreizregulierung die Vorgabe von Obergrenzen für eine Regulierungsperiode unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben enthält. Die unternehmensindividuellen Effizienzvorgaben werden gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG auf der Grundlage eines Effizienzvergleiches ermittelt. Mit ihnen soll der Netzbetreiber an die Effizienzgrenze des im Effizienzvergleich ermittelten (relativ) effizienten Unternehmens (Best-Practice- oder Frontier-Unternehmen) herangeführt werden, indem er veranlasst wird, individuelle Effizienzdefizite abzubauen und den

Rückstand gegenüber dem effizienten Unternehmen aufzuholen (vgl. Schütz/Schreiber in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 21a EnWG RN 169f.). Dieser Rückstand des Netzbetreibers zur Kostenbasis des Best-Practice-Unternehmens stellt seine individuelle Ineffizienz dar (Meinzenbach in: Säcker, BerlKommEnR, 3. Aufl., § 21a EnWG RN 112). Nach § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG sind Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen. Schließlich müssen Effizienzvorgaben so gestaltet und über die Regulierungsperiode verteilt sein, dass sie mit den Netzbetreibern möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichbar und über-treffbar sind, § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG.

Diese normativen Vorgaben werden in §§ 12 bis 16 ARegV umgesetzt. §§ 12 bis 14 ARegV regeln die Durchführung des Effizienzvergleichs, § 15 ARegV regelt die Ermittlung der Ineffizienzen, § 16 ARegV die Bestimmung der Effizienzvorgaben. § 15 Abs. 3 ARegV sieht vor, dass aus dem nach §§ 12 bis 14 ARegV oder im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV ermittelten und gegebenenfalls nach § 15 Abs. 1 ARegV wegen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe bereinigten Effizienzwert die im Rahmen der individuellen Effizienzvorgaben abzubauenen Ineffizienzen ermittelt werden. Die Ineffizienzen ergeben sich dabei aus der Differenz zwischen den Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile und den mit dem – gegebenenfalls bereinigten - Effizienzwert multiplizierten Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV hat die Festlegung der Erlösbergrenzen durch die Regulierungsbehörde so zu erfolgen, dass die nach §§ 12 bis 15 ARegV ermittelten Ineffizienzen unter Anwendung eines Verteilungsfaktors rechnerisch innerhalb einer oder mehrerer Regulierungsperioden gleichmäßig abgebaut werden (individuelle Effizienzvorgabe). Der Verteilungsfaktor dient damit der rechnerischen Verteilung der abzubauenen individuellen Ineffizienz auf eine oder mehrere Regulierungsperioden (Krüger in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 RN 44). In der Regulierungsformel nach Anlage 1 zu § 7 ARegV wird die individuelle Effizienzvorgabe durch den Verteilungsfaktor  $V_t$  repräsentiert. Für die erste Regulierungsperiode bestimmt § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV, dass der Abbau der ermittelten Ineffizienzen erst nach zwei Regulierungsperioden abgeschlossen sein muss. Die damit verbundene Streckung des Abbaus der Ineffizienzen über einen Zeitraum von mehreren Jahren soll vermeiden, dass die Netzbetreiber ihre Kosten sofort auf ein effizientes Niveau senken müssen und gewährleistet damit die Zumutbarkeit der Vorgaben i.S.v. § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG (vgl. BR-Drs.

417/97 vom 15.06.2007, S. 60). Für die folgenden Regulierungsperioden wird die individuelle Effizienzvorgabe nach § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV so bestimmt, dass der Abbau der ermittelten Ineffizienzen jeweils zum Ende der Regulierungsperiode abgeschlossen ist.

2. Nach diesen Grundsätzen hat die Bundesnetzagentur den Verteilungsfaktor zutreffend mit 0,1 im ersten und jeweils weiteren 0,1 in den Folgejahren in Ansatz gebracht.

Da eine Regulierungsperiode nach § 3 Abs. 2 ARegV jeweils fünf Jahre dauert, sind die Ineffizienzen aufgrund der Vorgabe in § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV in der ersten Regulierungsperiode innerhalb von zehn Jahren abzubauen, wobei der Abbau nach § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV gleichmäßig zu erfolgen hat. Dies wird mathematisch dadurch gewährleistet, dass der in der Regulierungsformel gemäß Anlage 1 zu § 7 ARegV zu berücksichtigende Verteilungsfaktor mit jeweils einem Zehntel bzw. 0,1 pro Jahr berücksichtigt wird (Krüger in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 RN 44; Albrecht/Mallossek/Petermann in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 16 RN 7; Säcker/Meinzenbach in: Säcker, BerlKommEnR, 2. Aufl. 2010, Bd. 1, § 16 ARegV (Anhang zu § 21a) RN 3; a.A. Weyer, RdE 2008, 261, 266; Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, 84. EL, April 2015, § 16 ARegV RN 9). Mit diesem Ansatz wird gleichzeitig auch sichergestellt, dass der Abbau der Ineffizienzen nach zwei Regulierungsperioden zum Ende der zweiten Regulierungsperiode abgeschlossen ist, wie es § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV vorsieht.

3. Dass aufgrund der Festlegung der Erlösobergrenzen jeweils zum 01.01. eines Kalenderjahres auch der Verteilungsfaktor zum 01.01. des jeweiligen Kalenderjahres in Ansatz gebracht wird und dadurch der beeinflussbare Kostenanteil bereits durch die auf dieses Kalenderjahr entfallende Ineffizienz vermindert wird, missachtet weder die Vorgaben in § 16 ARegV noch liegt ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben in § 21a EnWG vor. Die Rüge der Betroffenen, die Ineffizienzen seien zwingend erst zum 31.12. eines Kalenderjahres abzubauen, geht fehl.

3.1. Entgegen der Ansicht der Betroffenen gebietet die Vorgabe „zum Ende der Regulierungsperiode“ in § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV nicht, den Verteilungsfaktor so zu bestimmen, dass der Abbau der Ineffizienzen insgesamt erst am Ende der zweiten Regulierungsperiode, d.h. am 31.12.2017 vollendet ist und dementsprechend auch in

den Vorjahren jeweils erst am 31.12. abgeschlossen sein muss. Was unter „zum Ende der Regulierungsperiode“ zu verstehen ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus § 16 Abs. 1 ARegV, insbesondere ist in § 16 Abs. 1 Satz 3 ARegV nicht vom „31.12.“ die Rede. § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV gibt allerdings vor, dass der Verteilungsfaktor bei der „Festlegung der Erlösobergrenzen“ durch die Regulierungsbehörde anzuwenden ist. Die Festlegung der Erlösobergrenzen hat nach § 4 Abs. 2 ARegV jedoch für jedes Kalenderjahr der gesamten Regulierungsperiode zu erfolgen, wobei die erste Regulierungsperiode nach § 3 Abs. 1 ARegV am 01.01.2009 beginnt. Demnach sind auch die Erlösobergrenzen der Folgejahre jeweils zum 01.01. eines Kalenderjahres zu bestimmen. Zwangsläufige Folge des damit vorgegebenen Jährlichkeitsprinzips ist es, dass der Abbau der Ineffizienzen mit der jährlich festgesetzten Erlösobergrenze zum 01.01 eines Kalenderjahres berücksichtigt wird. Dies ist auch in der Regulierungsformel nach Anlage 1 zu § 7 ARegV so vorgesehen. Danach wird der beeinflussbare Kostenanteil ( $KA_{b,0}$ ) in jedem Jahr um den abzubauenen Anteil der Ineffizienz gekürzt. Dies geschieht durch den Formelbestandteil  $((1-V_t) \times KA_{b,0})$ .

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG, wonach Obergrenzen mindestens für den Beginn und das Ende der Regulierungsperiode vorzusehen sind. Denn auch diesbezüglich ist mit dem „Ende der Regulierungsperiode“ nicht der 31.12. eines Jahres, sondern lediglich das letzte Jahr der Regulierungsperiode gemeint. Insoweit geht auch § 21a EnWG vom Jährlichkeitsprinzip aus. So bestimmt § 21a Abs. 3 Satz 1 EnWG, dass die Regulierungsperiode zwei Jahre nicht unterschreiten und fünf Jahre nicht überschreiten darf. Bei einer zweijährigen Regulierungsperiode müsste daher für das erste und das letzte Jahr jeweils eine Erlösobergrenze gebildet werden. Es würde aber wenig Sinn machen, die Erlösobergrenze zum 01.01. des ersten Jahres und zum 31.12. des zweiten Jahres festzusetzen. Denn für den Netzbetreiber bestünde wenig Anreiz, seine Kosten vor dem 31.12. des zweiten Jahres zu senken. Damit würde aber die mit der Anreizregulierung bezweckte Wirkung, den Netzbetreiber zu Effizienzsteigerungen zu motivieren, verfehlt.

3.2. Der Ansatz eines jährlichen Verteilungsfaktors in der ersten Regulierungsperiode von 0,1 wird auch durch die Verordnungsbegründung zu § 16 ARegV bestätigt. Dort heißt es zur Ermittlung des Verteilungsfaktors ausdrücklich (vgl. BR-Drs. 417/97 vom 15.06.2007, S. 60f.):

„...Für die erste Regulierungsperiode sind die Erlösobergrenzen auf der Grundlage der Regulierungsformel nach Anlage 1 so festzulegen, dass die ermittelten Ineffizienzen rechnerisch innerhalb von zwei Regulierungsperioden, d.h. bei einer Länge von jeweils fünf Jahren pro Regulierungsperiode in zehn Jahren abgebaut werden. ... Der Verteilungsfaktor ( $V_t$ ) in der Regulierungsformel ist so zu bestimmen, dass ein gleichmäßiger Abbau über den vorgegebenen Zeitraum gewährleistet ist. **Zum Verteilungsfaktor i.H.v. ein Zehntel im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode ist somit in jedem folgenden Jahr der ersten Regulierungsperiode jeweils ein Zehntel hinzu zu addieren.** In den darauf folgenden Regulierungsperioden hat der Abbau der Ineffizienzen innerhalb von jeweils einer Regulierungsperiode, d.h. innerhalb von fünf Jahren zu erfolgen. Zum Verteilungsfaktor i.H.v. ein Fünftel im ersten Jahr der Regulierungsperiode ist somit in jedem folgenden Jahr der Regulierungsperiode jeweils ein Fünftel hinzu zu addieren.“ (Hervorhebung durch den Senat)

Damit hat der Ordnungsgeber hinreichend deutlich gemacht, dass der Verteilungsfaktor in der ersten Regulierungsperiode im ersten Jahr  $1/10$  beträgt und in den folgenden Jahren bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode jeweils um  $1/10$  erhöht wird. Genau dies hat die Bundesnetzagentur auch umgesetzt.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen kann die amtliche Verordnungsbegründung zur Auslegung des § 16 ARegV herangezogen werden. Denn, wie ausgeführt, ergibt sich weder aus § 21a Abs. 2 Satz 3 EnWG noch aus § 16 Abs. 1 ARegV, dass die auf das jeweilige Kalenderjahr einer Regulierungsperiode entfallenden Ineffizienzen erst mit dem Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres abgebaut sein müssen. Bei den vom Ordnungsgeber angeführten Werten handelt es sich auch nicht lediglich um ein – unzutreffendes – Zahlenbeispiel für die Gleichmäßigkeit des Abbaus der Ineffizienzen. Dagegen spricht schon, dass der Ordnungsgeber ausdrücklich auf den verlängerten Abschmelzungszeitraum für die erste Regulierungsperiode von zehn Jahren hinweist und der Ansatz eines Zehntels pro Jahr den Abbau der Ineffizienzen innerhalb dieses Zeitraums mathematisch exakt umsetzt. Dementsprechend hat der Ordnungsgeber auch nicht die Formulierung „zum Beispiel“ gewählt, sondern die Werte als gegeben dargestellt („Zum Verteilungsfaktor i.H.v. ein Zehntel...ist...jeweils ein Zehntel hinzu zu addieren“). Schließlich hat er auch für die nachfolgenden Regulierungsperioden die Höhe des Verteilungsfaktors folgerichtig und exakt angegeben.

3.3. Die Umsetzung der Effizienzvorgaben jeweils zum 01.01. eines Jahres läuft auch nicht der „ökonomischen Grundüberlegung“ zuwider, den Netzbetreiber - vergleich-

bar der im Wettbewerb stehenden Unternehmen – zur Absenkung der Kostenbasis zu veranlassen. Allein die Tatsache, dass die abzubauenen Ineffizienzen erlösmin-dernd wirken, setzt für den Netzbetreiber einen Anreiz, seine Kosten zu minimieren, um dadurch seinen Gewinn zu maximieren. Dabei sind im System der Anreizregulierung zwar die im Basisjahr ermittelten Kosten ausschlaggebend für die Festsetzung der Erlösobergrenzen. Im Übrigen sind die Erlösobergrenzen jedoch von der weiteren Kostenentwicklung im Wesentlichen abgekoppelt. Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, dass ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen zunächst die Kostenbasis senken und erst anschließend die Kosteneinsparungen an seine Kunden weitergeben würde. Zwar mag es sein, dass der Netzbetreiber Kostensenkungen bereits zu einem Zeitpunkt an die Netznutzer weitergeben muss, zu dem diese noch nicht realisiert wurden. Dies wird im System der Anreizregulierung jedoch dadurch kompensiert, dass der Netzbetreiber die Effizienzvorgaben im Laufe der Regulierungsperiode durch entsprechende Kostensenkungen unterschreiten und dennoch die nach der festgelegten Erlösobergrenze zulässigerweise vereinnahmten Erlöse in voller Höhe behalten kann. Ferner ist zu berücksichtigen, dass es den Netzbetreibern auch schon in der Vergangenheit nach § 21 Abs. 2 EnWG nicht erlaubt war, ineffiziente Kosten an die Netzkunden weiterzugeben. Insoweit hat mit der Anreizregulierung kein Systemwechsel stattgefunden (Müller-Kirchbauer in: Danner/Theobald, Energie-recht, 84. EL, April 2015, § 21a EnWG RN 87ff).

3.4. Der Ansatz eines Verteilungsfaktors von 0,1 pro Jahr verstößt schließlich auch nicht gegen das in § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG normierte Gebot der Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben. Wie bereits ausgeführt, geht es im Rahmen der Anreizregulierung nicht darum, die tatsächlichen Kosten im Rahmen der Erlösobergrenzen exakt nachzufahren. Vielmehr ist die Kostenentwicklung von der Erlösobergrenzenfestsetzung grundsätzlich abgekoppelt. Der Netzbetreiber muss daher die Absenkung seiner Kosten nicht „binnen einer juristischen Sekunde“ zum 01.01 eines jeden Jahres durchführen. Vielmehr steht es allein in seinem unternehmerischen Planungs- und Handlungsermessen, wann er welche Kosten senkt. Ohnehin bestand auch vor Beginn der Anreizregulierung nach § 21 Abs. 2 EnWG die Verpflichtung, die Kosten effizient zu halten. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur eine sofortige Umsetzung der Effizienzergebnisse für geboten gehalten (Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, RN 268). Allerdings hat sie wegen

der von den Netzbetreibern und Verbänden vorgebrachten Kritik von einer initialen Absenkung der Kosten zum Beginn der Anreizregulierung abgesehen und stattdessen den Abbau der Ineffizienzen innerhalb von zwei Regulierungsperioden vorgeschlagen (Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, RN 131-133, 284, 287). Dem trägt § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV mit Blick auf die Vorgaben des § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG dadurch Rechnung, dass der Abbau der Ineffizienzen über einen Zeitraum von zwei Regulierungsperioden gestreckt wird. Dadurch wird zur Gewährleistung der Zumutbarkeit vermieden, dass der Netzbetreiber seine Kosten sofort auf ein effizientes Niveau senken muss (vgl. BR-Drs. 417/97 vom 15.06.2007, S. 60). Entgegen der Ansicht der Betroffenen sind damit aber nicht jegliche Effizienzvorgaben zu Beginn der Regulierungsperiode ausgeschlossen, sondern nur die initiale Absenkung auf das Effizienzniveau des Frontierunternehmens. Etwas anderes lässt sich der Verordnungsbegründung nicht entnehmen. Dem Netzbetreiber soll mit der Streckung des Abbaus der Ineffizienzen über zwei Regulierungsperioden lediglich ein Übergangszeitraum geschaffen werden, innerhalb dessen er seine Kosten an das effiziente Niveau heranführen und dieses sogar übertreffen kann. Dies entspricht ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 21a EnWG auch der Intention des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 15/5268 vom 13.04.2005, S. 119f.). Ein solcher Übergangszeitraum – in der ersten Regulierungsperiode über zwei Regulierungsperioden – bis zum vollständigen Abbau der Ineffizienzen bleibt den Netzbetreibern jedoch beim Ansatz eines Verteilungsfaktors von 0,1 pro Jahr zweifellos erhalten.

Soweit dem Netzbetreiber im Einzelfall dennoch nicht möglich ist, die für ihn festgelegte individuelle Effizienzvorgabe unter Nutzung aller ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu erreichen und zu übertreffen, sieht § 16 Abs. 2 ARegV die Möglichkeit einer Anpassung der Effizienzvorgabe vor. Da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, muss allerdings der Netzbetreiber nachweisen, dass er vorher alle Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat. Dafür ist nach dem Vorbringen der Betroffenen nichts ersichtlich. Die Betroffene wendet sich auch nicht gegen die individuelle Unzumutbarkeit der Effizienzvorgabe, sondern gegen die generelle Vorgabe eines Abbaus der Ineffizienzen zum 01.01. eines Jahres. Dies steht jedoch, wie ausgeführt, im Einklang mit den Vorschriften des EnWG und der ARegV.

3.5. Die von der Betroffenen angeführten Berechnungsmethoden sind hingegen mit

den Vorgaben in § 16 ARegV nicht vereinbar. So führen beide Berechnungsansätze schon nicht, wie in § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV vorgesehen, zum vollständigen Abbau der Ineffizienzen innerhalb der ersten beiden Regulierungsperioden. Der vorrangig verfolgte Ansatz eines Verteilungsfaktors von Null im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode und sodann von 0,1 in den Folgejahren führt am Ende der zwei Regulierungsperioden zu einer fortbestehenden Ineffizienz in Höhe von € .... Bei Zugrundelegung des hilfsweise begehrten arithmetischen Mittels kommt es am Ende der zweiten Regulierungsperiode zu einer nicht abgebauten Ineffizienz von € .... Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Tabellen der Bundesnetzagentur auf Seite 4 der Duplik (Bl. 293 GA) verwiesen. Entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV kommt es bei den Berechnungsmethoden der Betroffenen auch nicht zu einem gleichmäßigen Abbau der Ineffizienzen, da im ersten Jahr – anders als in den Folgejahren - entweder gar keine Ineffizienz oder nur die Hälfte der Ineffizienzen abgebaut wird, wie die Bundesnetzagentur in der Tabelle auf Seite 3 der Duplik (Bl. 292 GA), auf die Bezug genommen wird, zutreffend veranschaulicht hat.

### III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten im Verhältnis des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen. Dabei waren entsprechend der Vereinbarung der Beteiligten die Kosten, soweit sie auf den zurückgenommenen Teil der von dem Vergleich erfassten Beschwerdepunkte entfielen, gegeneinander aufzuheben. Die auf die übrigen Beschwerdepunkte entfallenden Kosten (Preisindizes, Verteilungsfaktor) sind von der Betroffenen zu tragen, da sie insoweit unterlegen ist (Verteilungsfaktor) bzw. ihre Beschwerde zurückgenommen hat (Preisindizes).

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an einer höheren Festsetzung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode bemisst der Senat ihren Angaben entsprechend auf € .... Dem liegen folgende Einzelstreitwerte zugrunde:

Preisindizes:	€ ...
Verteilungsfaktor:	€ ...

Vergleichsweise beigelegte Beschwerdepunkte: € ...  
(einschl. Verlustenergiekosten 2009 iHv. € ...)

.... Der ursprüngliche Beschwerdewert reduzierte sich infolge der Teilrücknahmen auf den Wert der zwischen den Parteien noch streitigen Beschwerdepunkte.

#### IV.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde 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 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

**L.**

**F.**

**A.**