



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 14.06.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink

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

1. Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.03.2016, Az.: BK8-13/1835-21, wird insoweit aufgehoben, als die Bundesnetzagentur mit Ziffer 1 Satz 2 des Tenors den Antrag auf Anpassung der Erlösbergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors hinsichtlich der Anlagegüter in der Hochspannungsebene ablehnt, und die Bundesnetzagentur verpflichtet, über den Antrag der Beschwerdeführerin vom 24.06.2013 insoweit unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin trägt die Bundesnetzagentur.
3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsverteilernetzes im Sinne des § 3 Nr. 3 EnWG. Sie nahm in den Jahren 2012 und 2013 Investitionen in die notwendige Erweiterung ihres Verteilernetzes in Höhe von insgesamt ... Euro vor, von denen ... Euro auf Investitionen in die Hochspannungsebene entfielen.

Die Erweiterungsinvestitionen führten zu einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe. Neben weiteren Veränderungen in der Mittel- und Niederspannungsebene kam es aufgrund des notwendigen Anschlusses der „...“ an die Hochspannungsebene mit Wirkung zum 20.11.2012 zu einer Erhöhung der Anzahl der Anschlusspunkte in der Hochspannung um ... von ... auf ....

Die Beschwerdeführerin beantragte daher mit Schreiben vom 24.06.2013 die Anpassung ihrer Erlösbergrenzen mit Wirkung zum 01.01.2014 um den Erweiterungsfaktor  $E_{Ft} = \dots$ . Im Antragszeitpunkt waren die Tatbestandsvoraussetzungen für die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV in der Fassung vom 03.09.2010, der bis zum 21.08.2013 galt, erfüllt.

Mit der am 22.08.2013 in Kraft getretenen Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts wurde unter anderem der neue § 23 Abs. 7 ARegV eingeführt. Danach können einem Betreiber von Verteilernetzen unter bestimmten Voraussetzungen Investitionsmaßnahmen durch die Regulierungsbehörde auch für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in der Hochspannungsebene genehmigt werden. Zugleich wurde § 10 Abs. 4 ARegV dahingehend geändert, dass die Hochspannungsebene aus dem Anwendungsbereich des Erweiterungsfaktors herausgenommen wurde. Während die Anreizregulierungsverordnung in der bis zum 21.08.2013 geltenden Fassung für Investitionsmaßnahmen von Verteilernetzbetreibern in der Hochspannungsebene einen Vorrang der Regelungen zum Erweiterungsfaktor vorsah und lediglich für solche

Vorhaben, die nicht durch den Erweiterungsfaktor abbildbar waren, gemäß § 23 Abs. 6 ARegV eine Investitionsmaßnahme bewilligt werden konnte, sieht die Neufassung der Anreizregulierungsverordnung vor, dass die Kosten des Ausbaus der Hochspannungsebene ausschließlich über das Instrumentarium der Investitionsmaßnahme abgebildet werden.

Gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV kann ein Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund des Erweiterungsfaktors jährlich zum 30. Juni des Kalenderjahres mit Wirkung zum 1. Januar des Folgejahres gestellt werden. Gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV sind hierbei nur bereits eingetretene Änderungen der Versorgungsaufgabe berücksichtigungsfähig, absehbare Änderungen genügen nicht.

Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen sind gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 ARegV sowohl in der ab dem 22.03.2012 als auch in der ab dem 22.08.2013 geltenden Fassung spätestens 9 Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investition erstmals ganz oder teilweise kostenwirksam werden soll, bei der Bundesnetzagentur zu stellen. Gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 ARegV in der bis zum 21.03.2012 geltenden Fassung musste die Antragstellung spätestens 6 Monate vor Beginn des Kalenderjahres erfolgen, in dem die Investition ganz oder teilweise kostenwirksam werden sollte.

Nach Anhörung der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 07.01.2016, zu dem die Beschwerdeführerin auch noch einmal mit Schreiben vom 29.01.2016 Stellung nahm (auf die Inhalte der beiden Schreiben Anlagen BF 3 und BF 4 wird Bezug genommen), lehnte die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 14.03.2016 den Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors insoweit ab, als dieser die Hochspannungsebene betrifft, und genehmigte nur einen Erweiterungsfaktor von  $E_{Ft} = \dots$ . Hierzu führt sie im Wesentlichen aus, § 10 Abs. 4 ARegV in der Fassung der ARegV-Novelle vom 22.08.2013 finde vorliegend Anwendung. Da die Verordnung keine Übergangsvorschriften zur Anwendbarkeit der Vorgängerfassung vorsehe, komme eine Fortgeltung alten Rechts für Anträge, die sich auf die Erlösobergrenze der zweiten Regulierungsperiode bezögen, nicht in Betracht. Bei der Frage des vorliegend anwendbaren Rechts sei nicht auf die im Zeitpunkt der Ordnungsänderung bereits in der Vergangenheit liegende Antragstellung durch den Netzbetreiber bis zum 30.06.2013 abzustellen. Eine Be-

schlussfassung unter Anwendung von außer Kraft getretenem Recht sei in Ermangelung einer Übergangsregelung ausgeschlossen. Damit seien bei der Ermittlung der Gesamtkosten die Kosten der Hochspannungsebene von Verteilernetzbetreibern nicht mehr zu berücksichtigen, soweit der Antrag im Jahr 2013 für die Erlösobergrenze des Jahres 2014 gestellt worden sei. Der Faktor für die Hochspannungsebene betrage somit stets 1. Der Verordnungsgeber habe durch die Verwaltungsänderung noch im Jahr 2013 zum Ausdruck gebracht, dass er eine Anwendung von § 10 Abs. 4 ARegV n. F. auch auf Erweiterungsfaktor-Anträge zum 30.06.2013 erstrecken wolle. Würde man die Hochspannungsebene erst ab dem zweiten Jahr der Regulierungsperiode nicht mehr berücksichtigen, würde der Netzbetreiber sich durch einen Folgeantrag benachteiligen. Stelle er keinen Folgeantrag, würde der Erweiterungsfaktor in die Hochspannungsebene entgegen der klaren Vorgaben des § 10 Abs. 4 ARegV n.F. noch bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode berücksichtigt werden. Es sei daher einheitlich für die gesamte zweite Regulierungsperiode von der Anwendbarkeit des § 10 Abs. 4 n.F. auszugehen.

Die Beschwerdeführerin hat auch in den Jahren 2014, 2015 und 2016 Anträge auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors gestellt und in diesen Anträgen die Veränderung der Anschlusspunkte in der Hochspannung aus dem Antragsjahr 2013 fortgeführt und bei der Berechnung des von ihr beantragten Erweiterungsfaktors berücksichtigt. Die Bundesnetzagentur hat mit Blick auf das streitgegenständliche Verfahren im Einverständnis mit der Beschwerdeführerin bislang noch keine Entscheidung über die Folgeanträge getroffen.

Vorsorglich hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28.06.2017 noch einen Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum 31.03.2017 gestellt.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen diesen Beschluss. Sie meint, sie habe einen Anspruch auf Anpassung ihrer Erlösobergrenzen in der 2. Regulierungsperiode aufgrund eines Erweiterungsfaktors, der auch die in den Jahren 2012/2013 vorgenommenen Investitionen in die Hochspannungsebene umfasse, die am

20.11.2012 zu einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe geführt hätten.

Es sei eine Regelungslücke gegeben, weil Erweiterungsinvestitionen, die im Zeitraum vom 01.07.2012 bis 30.06.2013 sowie auch im hier nicht einschlägigen Zeitraum vom 01.07.2013 bis 31.12.2014 kostenwirksam geworden seien, von der Anreizregulierungsverordnung nicht abgedeckt würden. Insoweit liege der Fall ähnlich wie der vom Senat entschiedene Fall, der den Übergangszeitraum vom 01.07.2013 bis 31.12.2014 betroffen habe (vgl. Senat, Beschluss v. 18.05.2016, Az.: VI-3 Kart 174/14 (V)).

Diese Regelungslücke sei auch planwidrig, da eine sachliche Rechtfertigung für die Nichtberücksichtigung der vom 01.01.2012 bis zum 30.06.2013 getätigten Investitionen, die zu einer Änderung der Versorgungsaufgabe vor dem 30.06.2013 geführt hätten, nicht erkennbar sei. Es sei kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich sei, dass diese Investitionen nach dem Plan des Verordnungsgebers keine Berücksichtigung finden sollten. Der Verordnungsgeber habe mit der Verordnungsnovellierung Verteilernetzbetreiber im Hinblick auf ihre Investitionen in die Hochspannung besser stellen wollen und ausweislich der Verordnungsbegründung mit der Herausnahme dieser Investitionen aus dem Erweiterungsfaktor nur verhindern wollen, dass Investitionen doppelt berücksichtigt würden. Es sei hingegen nicht geplant gewesen, Investitionen in die Hochspannung infolge der Rechtsänderung völlig von der Berücksichtigung in der Erlösobergrenze auszuschließen. Die Bundesnetzagentur verkenne, dass es nicht um die Frage gehe, ob der Verordnungsgeber in der 2. Regulierungsperiode Investitionen von Verteilernetzbetreibern in die Hochspannung ganz allgemein aus dem Erweiterungsfaktor habe herausnehmen wollen. Zu berücksichtigen sei, dass der Erweiterungsfaktor in der 2. Regulierungsperiode zwar fortwirke, er aber inhaltlich nur bereits getätigte Investitionen aus der 1. Regulierungsperiode betreffe. Es sei daher zu fragen, ob der Verordnungsgeber tatsächlich geplant habe, dass bestimmte Investitionen, die noch aus der 1. Regulierungsperiode stammten, ggf. gar nicht „ersetzt“ würden. Hätte die Bundesnetzagentur vor Inkrafttreten der Ordnungsänderung entschieden, hätte der Erweiterungsfaktor im Übrigen ebenso Auswirkungen auf die gesamte zweite Regulierungsperiode gehabt.

Die dargestellte planwidrige Regelungslücke in Bezug auf die fehlende Übergangsregelung sei durch die fortgesetzte Anwendung des Erweiterungsfaktors zu schließen. Der Ansatz der Bundesnetzagentur, bei Fehlen einer Übergangsvorschrift sei zwingend immer aktuelles Recht anzuwenden, sei zu pauschal. Bei Fehlen einer Übergangsregelung sei vielmehr der Wille des Verordnungsgebers zu bestimmen und durch Auslegung des alten und des neuen Rechts im Einzelfall zu ermitteln, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung eines Anspruchs abzustellen sei. Gerade in so markanten Ausnahmefällen wie der vorliegenden Konstellation, in der eine Investition zu 100 % oder 0 % anerkannt werde, sei die Behörde zu einer besonderen Aufmerksamkeit auch in Bezug auf alternative Lösungsmöglichkeiten verpflichtet. Dies gelte in besonderem Maße im Bereich der regulierten Wirtschaft, in der das einzelne Unternehmen von der Umsetzung durch die Behörde abhängig sei. In der Rechtsprechung unter anderem zum Subventionsrecht sei daher anerkannt, dass es bei Antragskonstellationen typischerweise darauf ankomme, ob der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung einen Anspruch gehabt habe. Spätere Rechtsänderungen ließen diesen Anspruch dann unberührt. Diese Auslegungsgrundsätze führten für die Beurteilung des streitgegenständlichen Sachverhalts dazu, dass auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen sei.

Bereits nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV und der Antragssystematik des § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ARegV entstehe der Anspruch vorliegend im Zeitpunkt der Antragstellung, da es darauf ankomme, ob sich ein Parameter im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert habe. Auch Sinn und Zweck des Erweiterungsfaktors sprächen dafür, auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Die Konzeption des Erweiterungsfaktors als nachträglicher Kostenerstattung verlange, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich dem der Antragstellung, eine Änderung der Versorgungsaufgabe bereits eingetreten sei. Hieran ändere auch die am 22.08.2013 in Kraft getretene Änderung der Anreizregulierungsverordnung nichts. Der Gesetzgeber habe bezweckt, Investitionen in die Hochspannungsebene durch eine individuelle Beurteilung anstelle eines pauschalen Ansatzes anzuregen. Diesem Zweck stünde es entgegen, für die rechtliche Beurteilung auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung abzustellen, da so die im Zeitraum vom 01.07.2012 bis 31.12.2014 kostenwirksam gewordene Investitionen überhaupt nicht berücksichtigt würden. Schließlich weise der Verordnungsgeber selbst darauf hin, dass Investitionen in die Hochspannung „zukünftig“ von dem

Instrument der Investitionsmaßnahme erfasst werden sollten. Eine Regelung, dass auch vollständig abgeschlossene Sachverhalte bereits dem neuen Regime unterfielen, finde sich an keiner Stelle. Der Verordnungsgeber habe erkennbar nicht gewollt, dass bestimmte Investitionen am Ende überhaupt nicht erfasst seien, sondern er habe eine Besserstellung aller Investitionen in die Hochspannung gewollt. Vor dem Hintergrund dieses Zieles sei davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber eine Regelung schlicht vergessen habe.

Schließlich sprächen auch Erwägungen des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbot es dafür, vorliegend auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Eine Anwendung des Erweiterungsfaktors auf Sachverhalte, die vor Inkrafttreten der Neuregelung am 22.08.2013 bereits abgeschlossen gewesen seien, stelle eine unzulässige, da vorliegend nicht angeordnete, Rückwirkung dar. Sie habe schließlich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Änderung der Versorgungsaufgabe am 20.11.2012 auch auf den Bestand des seinerzeit geltenden Rechts vertraut. Unerheblich sei, ob ihr eine mögliche Änderung der Rechtslage Mitte November 2012 bereits bekannt gewesen sei, da die Investitionsmaßnahme zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen gewesen sei. Zu berücksichtigen sei zudem, dass sie ihren Antrag fristgemäß gestellt und keinen Einfluss darauf habe, wann über diesen entschieden werde. Dies könne ihr nicht zum Nachteil gereichen.

Sollte der Erweiterungsfaktor nicht unmittelbar zur Anwendung kommen, sei jedenfalls eine teleologische Reduktion des § 10 Abs. 4 ARegV n.F. erforderlich. Eine solche sei möglich, wenn ein Fall vom Wortlaut einer Vorschrift umfasst werde, obwohl sich die Interessenlage gegenüber anderen vom Wortlaut erfassten Fällen maßgeblich unterscheide. Dies sei vorliegend der Fall. Die Sachverhaltskonstellation, in der die Investitionen in die Hochspannung nicht von einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV erfasst werden könnten, weil sie bei Abstellen auf den Entscheidungszeitpunkt in den Übergangszeitraum fielen, der weder von der Investitionsmaßnahme noch von dem Erweiterungsfaktor erfasst werde, unterscheide sich maßgeblich von der Sachverhaltskonstellation, in der vom Erweiterungsfaktor ausgeschlossene Investitionen in die Hochspannung grundsätzlich im Rahmen einer Investitionsmaßnahme berücksichtigungsfähig wären.

Sie könne vorliegend auch nicht darauf verwiesen werden, dass sie einen Wiedereinsetzungsantrag in die Frist zur Antragstellung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV n.F. hätte stellen müssen. Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezogen auf den Zeitpunkt 31.03.2013 wäre sinnlos gewesen, weil die hier in Streit stehenden Investitionen bereits im Jahr 2013 vollständig kostenwirksam geworden seien. Ein Wiedereinsetzungsantrag bezogen auf den Zeitpunkt 31.03.2012 wäre daran gescheitert, dass gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG eine Wiedereinsetzung ein Jahr nach dem Ende der versäumten Frist nicht mehr beantragt werden könne.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.03.2016 (BK8-13/1835-21) insoweit aufzuheben, als die Bundesnetzagentur mit Ziffer 1 Satz 2 des Tenors den Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors hinsichtlich der Anlagegüter in der Hochspannungsebene ablehnt und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Beschwerdeführerin insoweit unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angefochtenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Vorliegend sei für die rechtliche Beurteilung nicht auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Gemäß § 113 Abs. 5 VwGO komme es für den Erfolg einer Klage, mit der ein Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf erneute Entscheidung darüber geltend gemacht werde, vielmehr auf das zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende materielle Recht an. Maßgeblich sei daher vorliegend § 10 Abs. 4 ARegV in der seit dem 22.08.2013 geltenden Fassung. Die Verordnung enthalte keine Übergangsvorschriften zur Anwendbarkeit des § 10 ARegV a. F., so dass § 10 ARegV n.F. ab diesem Zeitpunkt für die Hochspannungsebene keine Anwendung mehr finde.

Der streitgegenständliche Antrag sei zudem auf Anpassung der Erlösbergrenzen ab dem 01.01.2014 gerichtet gewesen und hätte zu einer Anpassung der Erlösbergrenzen für die gesamte Regulierungsperiode, mithin bis zum Jahr 2018 geführt, obwohl der Erweiterungsfaktor bereits seit dem 22.08.2013 keine Anwendung mehr auf die Hochspannungsebene finde. Dies widerspreche dem Willen des Verordnungsgebers, der durch die Verwaltungsänderung ohne Übergangsregelung zum Ausdruck gebracht habe, dass in der zweiten Regulierungsperiode eine Anpassung der Erlösbergrenze aufgrund von Investitionen in die Hochspannung nicht mehr möglich sein solle. Wäre die Hochspannungsebene erst ab dem zweiten Jahr der zweiten Regulierungsperiode nicht mehr im Rahmen des Erweiterungsfaktors zu berücksichtigen, würde sich der Netzbetreiber zudem durch einen Folgeantrag benachteiligen.

Es liege im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Erweiterungsfaktors auf Hochspannungsnetze von Verteilernetzbetreibern auch keine planwidrige Regelungslücke vor. Hierfür spreche bereits die oben dargestellte Systematik der §§ 4, 10 ARegV. Auf Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die vor dem 01.07.2012 eingetreten seien, also auf Anträge auf Anpassung der Erlösbergrenze mit Wirkung zum 01.01.2013 oder früher, sei § 10 ARegV a.F. unstreitig anwendbar und eine Anpassung der für die erste Regulierungsperiode festgelegten Erlösbergrenze bis zum Jahr 2013 möglich. Eine Anpassung der für die zweite Regulierungsperiode festgelegten Erlösbergrenze aufgrund dieser Parameteränderung wäre jedoch ebenfalls gemäß § 10 Abs. 4 ARegV n. F. nicht möglich. Gleiches gelte auch für die ab dem 01.07.2013 eingetretenen Änderungen der Versorgungsaufgabe in der Hochspannungsebene. Würde man die im vorliegenden Fall von der Beschwerdeführerin begehrte fortgesetzte Anwendung des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV gewähren, hätte dies zur Folge, dass nur für Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die im Zeitraum vom 01.07.2012 bis 30.06.2013 erfolgt seien, für die gesamte zweite Regulierungsperiode bis zum Jahr 2018 eine Anpassung der Erlösbergrenze vorgenommen werden könnte. Dies entspreche jedoch nicht dem Willen des Verordnungsgebers.

Sollte eine planwidrige Regelungslücke bejaht werden, wäre es jedenfalls aus den dargestellten Gründen nicht sachgerecht, diese über eine fortgesetzte Anwendung des Erweiterungsfaktors zu schließen.

Die Beschwerdeführerin könne sich auch nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz oder das Rückwirkungsverbot berufen. Das Rückwirkungsverbot gelte dort nicht, wo sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts habe bilden können. Dies sei dann der Fall, wenn die Beschwerdeführerin schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen werde, nicht mehr mit dem Fortbestand der Regelung habe rechnen können. Bereits in der Plenarsitzung der Plattform „Zukunftsfähige Energienetze“ am 07.11.2012 im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sei die Empfehlung ausgesprochen worden, Kosten aus Erweiterungsinvestitionen der Spannungsebene Hochspannung zukünftig vollständig über Investitionsmaßnahmen zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin sei Mitglied des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW), der wiederum Mitglied des Plenums der Plattform Energienetze sei.

Aus diesem Grunde komme die von der Beschwerdeführerin vorgetragene teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 10 Abs. 4 ARegV auch in zeitlicher Hinsicht nicht in Betracht. Diese würde ebenfalls zu dem vom Verordnungsgeber nicht gewollten Ergebnis führen, dass eine Anpassung der für die zweite Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenze aufgrund einer Parameteränderung in der Hochspannungsebene möglich wäre.

Schließlich übersehe die Beschwerdeführerin, dass es trotz der versagten Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode aufgrund eines Erweiterungsfaktors bei der Regelrefinanzierung der streitgegenständlichen Investitionen über die Erlösobergrenze ab der dritten Regulierungsperiode bleibe. In diesem Zusammenhang würden die streitgegenständlichen Investitionen in der Kostenprüfung für das Ausgangsniveau der dritten Regulierungsperiode (im Rahmen einer Betrachtung des Basisjahres 2016) berücksichtigt werden. Durch diesen Budgetansatz der Anreizregulierungsverordnung komme es somit, sofern keine speziellen Anpassungsmöglichkeiten wie Erweiterungsfaktor oder Investitionsmaßnahmen griffen, höchstens zu einer Nichterstattung der kalkulatorischen Kosten für die streitgegenständlichen Anlagengüter in der Hochspannungsebene

für die Jahre 2012-2015, da die Maßnahme bereits im November 2012 fertiggestellt worden sei, aber erst im Basisjahr 2016 in Bezug auf die Kapitalkosten berücksichtigt werden könne. Auch bei einer antragsgemäßen Entscheidung über die streitgegenständliche Anpassung der Erlösobergrenze wäre es aufgrund der pauschalierten Betrachtungsweise des Erweiterungsfaktors voraussichtlich nicht zu einer 100-prozentigen Kostendeckung gekommen.

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 form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der Entscheidung und zur Verpflichtung der Bundesnetzagentur, über den Antrag der Beschwerdeführerin vom 24.06.2013 auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors hinsichtlich der Anlagegüter in der Hochspannungsebene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

## **I.**

Mit rechtsfehlerhafter Begründung ist die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Beschluss davon ausgegangen, der Antrag der Beschwerdeführerin vom 24.06.2013 auf Anpassung ihrer Erlösobergrenzen gem. § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ARegV i.V.m. § 10 ARegV sei abzulehnen, weil § 10 Abs. 4 ARegV in der Fassung der ARegV-Novelle vom 22.08.2013 auch auf Erweiterungsfaktor-Anträge zum 30.06.2013 Anwendung finde und die von der Beschwerdeführerin in der Hochspannungsebene getätigten Maßnahmen bei der Ermittlung der Gesamtkosten nicht zu berücksichtigen seien. Auch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgebrachten Einwendungen der Bundesnetzagentur gegen die Anerkennungsfähigkeit tragen die angegriffene Entscheidung nicht. Da die Sache noch nicht spruchreif ist, wird die Bundesnetzagentur den Antrag neu zu bescheiden haben.

**1.**

Die von der Beschwerdeführerin aufgewandten streitgegenständlichen Kosten ihrer Erweiterungsinvestitionen in die Hochspannungsebene werden bei einer wortlautgetreuen Anwendung der Neuregelung des § 10 Abs. 4 ARegV nicht mehr durch den Erweiterungsfaktor gemäß § 10 ARegV berücksichtigt, noch werden sie schon über das Instrument der Investitionsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 7 n.F. ARegV erfasst (vgl. Sandhaus, Investitionsmaßnahmen in die Hochspannungsebene, RdE 2015, 170, 176).

Die am 22.08.2013 in Kraft getretene Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts enthält keine Übergangsvorschriften für den die Investitionen von Verteilernetzbetreibern auf der Hochspannungsebene betreffenden Wechsel vom zuvor vorrangigen Regime des Erweiterungsfaktors gemäß § 10 ARegV zum Regime der Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 Abs. 7 ARegV n.F.. Der Regimewechsel wirkt sich bei wortlautgetreuer Anwendung der Neuregelungen für die Beschwerdeführerin dahingehend aus, dass die durch die Erweiterungsinvestition geänderten Versorgungsparameter in der Hochspannungsebene nicht mehr Eingang in die Ermittlung eines Erweiterungsfaktors finden, aber auch noch nicht über das Instrument der Investitionsmaßnahme berücksichtigt werden können.

**a)**

Die Erweiterungsinvestitionen der Beschwerdeführerin in der Hochspannungsebene können bei wortlautgetreuer Anwendung der Vorschriften nicht mehr über einen Erweiterungsfaktor abgebildet werden. Ein entsprechender Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze kann gem. § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 ARegV einmal zum 30.06. des Kalenderjahres gestellt werden und führt zu einer Anpassung der Erlösobergrenze zum 01.01. des folgenden Kalenderjahres, wobei gem. § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV nur bereits eingetretene Änderungen der Versorgungsaufgabe berücksichtigungsfähig sind. Zwar ist ein Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors auch in der Hochspannungsebene gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 ARegV am 24.06.2013 und damit fristgemäß zum 30.06.2013 wegen einer Änderung der Versorgungsaufgabe gem. § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV gestellt worden. Auch hatte sich durch den Anschluss der „...“ an die Hochspannungsnetzebene die Anzahl der Anschlusspunkte in der Hochspan-

nung bereits am 20.11.2012 von 89 auf 90 erhöht, so dass zum 30.06.2013 eine Parameterveränderung in der Hochspannungsebene eingetreten war. Über den fristgerecht eingereichten Antrag hat die Bundesnetzagentur jedoch erst am 14.03.2016 und damit weit nach der am 22.08.2013 in Kraft getretenen Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts entschieden. Zum Zeitpunkt der Entscheidung war § 10 Abs. 4 ARegV n.F bereits anwendbar und die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors für Investitionen eines Verteilernetzbetreibers in die Hochspannungsebene nicht mehr möglich (vgl. Sandhaus, Investitionsmaßnahmen in die Hochspannungsebene, RdE 2015, 170, 176).

**b)**

Die in den Investitionen aktivierten Kosten können nach dem Wortlaut der Regelungen in § 23 Abs. 7, Abs. 3 S. 1 ARegV n.F. auch noch nicht als Investitionsmaßnahme berücksichtigt werden. Zwar handelt es sich bei der streitgegenständlichen Investition um eine Erweiterungsinvestition in der Hochspannungsebene im Sinne des § 23 Abs. 7 ARegV n.F.. Jedoch ist der zeitliche Anwendungsbereich für eine Anerkennung der in 2012 und 2013 aktivierten Kosten im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme nicht eröffnet.

So hätte die Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer in 2012 kostenwirksam gewordenen Investitionen entsprechend der bis zum 22.03.2012 geltenden Fassung des § 23 Abs. 3 S. 1 ARegV den Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme spätestens sechs Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investitionskosten wirksam werden sollen, d.h. zum 30.06.2011, stellen müssen. Für die in 2013 kostenwirksam gewordenen Investitionen hätte sie den Antrag gem. § 23 Abs. 3 ARegV in der ab dem 22.03.2013 geltenden Fassung bis zum 31.03.2012 stellen müssen, nämlich neun Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investitionen ganz oder teilweise kostenwirksam werden sollen. Somit ist die Antragsfrist weder für die in 2012, noch für die in 2013 kostenwirksam gewordenen Investitionen gewahrt.

Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezogen auf die Anträge auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme zum 30.06.2011 bzw. 31.03.2012 scheitern daran, dass gem. § 32 Abs. 3 VwVfG eine Wiedereinsetzung nach einem Jahr nach dem Ende der versäumten Frist nicht mehr beantragt werden kann. Zum

Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verwaltungsänderung am 22.08.2013 war seit den Daten der versäumten Fristen am 30.06.2011 bzw. 31.03.2012 bereits mehr als ein Jahr vergangen.

## 2.

Die dargestellte Regelungslücke ist auch planwidrig.

Für die Nichtberücksichtigung der in den Jahren 2012 und 2013 aktivierten Kosten, die am 20.11.2012 durch den Anschluss der „...“ zu einer Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben, ist eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar. Sie entspricht weder dem Regelungskonzept noch dem Zweck der Neuregelung. Mit Einführung des § 23 Abs. 7 ARegV beabsichtigte der Verordnungsgeber, Investitionsanreize angesichts der auch von Verteilernetzbetreibern zu erbringenden und mit hohen Kosten verbundenen Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen zu schaffen und diese Investitionskosten über das Instrument der Investitionsmaßnahme anstelle des bis dahin vorrangigen Instituts des Erweiterungsfaktors abzubilden. Verteilernetzbetreiber sollten so im Hinblick auf ihre Investitionen in der Hochspannungsebene besser gestellt werden, weil der bis dahin geltende Erweiterungsfaktor als unzureichend bewertet wurde. Der Verordnungsgeber hatte erkannt, dass sich der pauschalisierende Erweiterungsfaktor nachteilig auf die Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber im Hochspannungsbereich auswirken könnte. Mit der Neuregelung sollte eine individuelle, unternehmensscharfe Beurteilung und Berücksichtigung von Investitionen in der Hochspannungsebene über das Instrument der Investitionsmaßnahme ermöglicht werden (vgl. BR-Drs. 447/13, S. 20) (Senat, Beschluss v. 18.05.2016 – VI-3 Kart 174/14 (V) –, Rn. 45, juris). Dieser Regelungszweck spricht für eine Berücksichtigung der in den Jahren 2012 und 2013 in der Hochspannungsebene kostenwirksam gewordenen Investitionen. Ansonsten würde die Neuregelung dazu führen, dass die Beschwerdeführerin gegenüber dem Status quo ante schlechter stehen würde. Während bei einem Fortbestand der alten Regelung auf den Antrag der Beschwerdeführerin vom 24.06.2013 für die Parameteränderungen ein Erweiterungsfaktor mit Wirkung für die Erlösobergrenze zum 01.01.2014 für die gesamte 2. Regulierungsperiode gewährt worden wäre, würden bereits in 2012 und 2013 kostenwirksam gewordene Investitionen in der Hochspannungsebene unter Anwendung des § 10 Abs. 4 in der ab dem 22.08.2013 geltenden Fassung erstmals in der 3. Regulierungsperiode,

mithin ab dem Jahre 2019 – Basisjahr 2016 – refinanziert. Dies spricht gegen den zuvor beschriebenen Sinn und Zweck der Neuregelung (vgl. auch Sandhaus, Investitionsmaßnahmen in die Hochspannungsebene, RdE 2015, 170, 176).

Zudem würden Verteilernetzbetreiber, die ihr Verteilernetz innerhalb der Antragsfrist erweitert und auch einen fristgerechten Antrag auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors zum 30.06.2013 gestellt haben, sowohl gegenüber den in der Nieder- und Mittelspannungsebene investierenden Verteilernetzbetreibern als auch gegenüber Übertragungsnetzbetreibern benachteiligt. Da infolge der Rechtsänderung der pauschale Ausgleich der Änderung der Versorgungsaufgabe in der Hochspannungsebene mittels des Erweiterungsfaktors nicht mehr möglich ist, werden sie schlechter behandelt als Verteilernetzbetreiber, die im Jahr 2012 auf der Nieder- oder Umspannungsebene investierten, denn diese Investitionen werden - mit einem Zeitverzug - über den Erweiterungsfaktor vergütet. Übertragungsnetzbetreiber konnten dagegen schon nach altem Recht eine Investitionsmaßnahme beantragen, so dass sich auch insoweit eine Schlechterstellung ergibt. Die Schlechterstellung rührt nicht daher, dass die Refinanzierung von Investitionen vor dem Stichtag nach altem Recht über den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV und für danach liegende Investitionen nach neuem Recht über das Institut der Investitionsmaßnahme abgewickelt wird, sondern daher, dass mangels Übergangsregelung auf Investitionen in dem genannten Zeitfenster weder das eine noch das andere Instrumentarium Anwendung finden (Senat, Beschluss v. 18.05.2016, VI-3 Kart 174/14 (V), Rn. 46, juris).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass eine Berücksichtigung der in 2012 und 2013 in die Hochspannungsebene getätigten Investitionen allein deshalb nicht mehr über den Erweiterungsfaktor erfolgen konnte, weil die Bundesnetzagentur erst nach Inkrafttreten der Neuregelung entschieden hat. Wäre eine Entscheidung der Bundesnetzagentur bis zum 21.08.2013 gefasst worden, wären die Investitionen durch Anpassung der Erlösobergrenze zum 01.01.2014 refinanziert worden.

Für das Verständnis des vom Verordnungsgeber intendierten Verhältnisses der beiden Instrumente und ihres zeitlichen Anwendungsbereichs ist schließlich maßgeblich, dass der Focus auf der Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung

derselben Maßnahme lag. So heißt es in der Begründung ausdrücklich (BR-Drs. 447/13 S. 19): "Werden Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen im Hochspannungsnetz zukünftig nun über den Erweiterungsfaktor (Anmerkung: Gemeint ist wohl „über die Investitionsmaßnahme“) berücksichtigt, müssen sie aus dem Anwendungsbereich des Erweiterungsfaktors ausgenommen werden, um eine Doppelberücksichtigung von Investitionskosten in der Erlösobergrenze auszuschließen“. Daraus folgt indes nicht, dass es dem Regelungsplan des Verordnungsgebers entspricht, die Investitionen, die bei einer sofortigen Entscheidung der Regulierungsbehörde noch über das eine Instrument hätten abgebildet werden können, weder über das eine noch das andere Instrument abzubilden. In der Absicht, mittels der Ablösung des Erweiterungsfaktors durch das Institut der Investitionsmaßnahme eine doppelte Berücksichtigung derselben Investitionskosten auszuschließen, dürfte es dem Verordnungsgeber entgangen sein, dass infolge des Zusammenspiels der Regelungen zur Antragstellung und zur Wirkung der Investitionsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 3 und Abs. 7 ARegV n.F. und des Erweiterungsfaktors gem. § 10 Abs. 4 und § 4 Abs. 4 ARegV Investitionen, die noch innerhalb der Antragsfrist und des Geltungsbereichs des Erweiterungsfaktors erfolgt sind, über die die Bundesnetzagentur indes erst nach Geltung der Neuregelung entscheidet, weder über das eine noch über das andere Instrument berücksichtigt werden.

Der Bejahung einer planwidrigen Regelungslücke steht entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur auch nicht der ausdrückliche Wille des Verordnungsgebers entgegen, dass in der ab dem 01.01.2014 beginnenden zweiten Regulierungsperiode eine Anpassung der Erlösobergrenze durch Erweiterungsfaktor aufgrund von Investitionen in die Hochspannungsebene nicht mehr möglich sein soll. Der Verordnungsgeber weist vielmehr darauf hin, dass „Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen auf der Hochspannungsebene zukünftig vollständig über das Instrument der Investitionsmaßnahmen berücksichtigt werden“ sollen. Eine Erklärung, dass auch vor dem Inkrafttreten der Verordnungsänderung bereits gestellte Anträge vom neuen Regime erfasst sein sollen, findet sich in der Verordnungs Begründung nicht.

Diese Regelungslücke ist über eine fortgesetzte, verfassungskonforme Anwendung des Erweiterungsfaktors gem. § 10 ARegV für alle bis zum 30.06.2013 gestellten Anträge von Verteilernetzbetreibern wegen Erweiterungsinvestitionen in der Hochspannungsebene zu schließen.

**a)**

Aus § 113 Abs. 5 VwGO folgt, dass einer Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage nur dann stattgegeben werden darf, wenn der Kläger im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung einen Anspruch auf den mit der Klage begehrten Verwaltungsakt hat. Ob der vom Kläger mit der Verpflichtungsklage geltend gemachte Anspruch jedoch besteht, das heißt, ob die Ablehnung des begehrten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, beurteilt sich nach dem materiellen Recht, dem nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs selbst, sondern auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen (BVerwG, Urteil vom 03.11.1987, 9 C 254/86, Rn. 8, juris). Ändert sich während des gerichtlichen Verfahrens das materielle Recht, so haben Gerichte bei der Beurteilung von Verpflichtungs- und Neubescheidungsbegehren die während des behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens in Kraft getretenen Rechtsänderungen zu berücksichtigen, sofern das neue, zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende Recht nichts anderes bestimmt. Durch seine Auslegung ist zu ermitteln, ob Verpflichtungs- und Neubescheidungsbegehren für bestimmte Fallkonstellationen noch nach dem aufgehobenen oder inhaltlich geänderten Recht zu beurteilen sind (BVerwG, Urteil v. 23.02.2012, 2 C 76/10, Rn. 11, juris). Von Bedeutung ist dies vornehmlich bei solchen begünstigenden Verwaltungsakten, bei denen das Gesetz für das Entstehen eines Anspruchs an einen ganz bestimmten Zeitpunkt anknüpft, zu dem die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen müssen und ihm auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes nicht zu entnehmen ist, dass bei rechtswidriger Nichterfüllung dieses Anspruchs ein solcher Anspruch wegen einer späteren Veränderung der Sach- oder Rechtslage untergehen soll (W.-R. Schenke / R.P. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 22. Auflage, § 113 Rn. 221).

**b)**

Die Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts enthält keine Übergangsvorschriften für den die Investitionen auf der Hochspannungsebene betreffenden Wechsel vom zuvor vorrangigen Regime

des Erweiterungsfaktors gemäß § 10 ARegV zum Regime der Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 Abs. 7 ARegV n.F..

Eine Auslegung des alten und des neuen Rechts sowie auch verfassungsrechtliche Grundsätze führen vorliegend zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss der Hochspannungsebene aus dem Erweiterungsfaktor erstmals für zum 30.06.2014 gestellte Anträge greift.

§ 10 Abs. 2 ARegV stellt hinsichtlich der nachhaltigen Veränderung der Versorgungsaufgabe darauf ab, ob sich eine oder mehrere der unter § 10 Abs. 2 Nr. 2 ARegV genannten Parameter im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben. Die Worte „im Antragszeitpunkt“ sind erst mit der Änderung des § 10 ARegV durch die Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts zum 09.09.2010 aufgenommen worden. Bis dahin lautete die Vorschrift lediglich „wenn sich einer oder mehrere der unter § 10 Abs. 2 Nr. 2 genannten Parameter dauerhaft und in erheblichem Umfang ändern“ (BR-Drs. 312/10 vom 09.07.2010, S. 20). Der Ordnungsgeber hat damit klargestellt, dass für die Frage der nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen ist. In der Rechtsprechung zum Subventionsrecht ist anerkannt, dass es für einen Subventionsanspruch nach Aufhebung der Subventionsnorm im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommen kann (BVerwG, Urteil vom 18.07.2002, 3 C 54/01, Rn. 19, juris; W.-R. Schenke / R.P. Schenke in Kopp/Schenke, aaO, § 113 Rn. 21). Der Gleichheitsgrundsatz spricht auch vorliegend dafür, hinsichtlich der maßgeblichen Rechtslage auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. So werden Verteilernetzbetreiber, die ihr Netz in der Hochspannung innerhalb der Antragsfrist erweitert und auch einen fristgerechten Antrag auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors zum 30.06.2013 gestellt haben, sowohl gegenüber den in der Nieder- und Mittelspannungsebene investierenden Verteilernetzbetreibern als auch gegenüber Übertragungsnetzbetreibern benachteiligt. Denn beide Gruppen erhalten für ihre Investitionen eine zeitnahe Refinanzierung in der zweiten Regulierungsperiode, die Verteilernetzbetreiber für ihre Investitionen in der Mittel- und Niederspannungsebene über das Institut des Erweiterungsfaktors und die Übertragungsnetzbetreiber für ihre Investitionen in der Hochspannungsebene über die Investitionsmaßnahme.

Die Beschwerdeführerin erhält demgegenüber bei Anwendung des § 10 Abs. 4 n.F. bereits auf ihren zum 30.06.2013 gestellten Antrag lediglich eine Regelfinanzierung der Investitionen über die Erlösobergrenze ab der 3. Regulierungsperiode.

Auch Sinn und Zweck des Erweiterungsfaktors sprechen dafür, auf alle bis zum 30.06.2013 gestellten Anträge die Regelung des § 10 ARegV weiter anzuwenden und einen Erweiterungsfaktor für die Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode zu genehmigen. Denn bei dem Erweiterungsfaktor handelt es sich um eine nachträgliche Kostenerstattung für bereits in der ersten Regulierungsperiode getätigte Investitionen. Die Bundesnetzagentur hat zu prüfen, ob zu einem bestimmten Stichtag, dem 30.06., eine Änderung der Versorgungsaufgabe eingetreten ist.

Schließlich ist bei der Auslegung des anwendbaren Rechts entscheidend zu berücksichtigen, dass der Verordnungsgeber mit der Erfassung der Hochspannungsinvestitionen von Verteilernetzbetreibern über das Instrument der Investitionsmaßnahme beabsichtigte, die Investitionsbereitschaft von Verteilernetzbetreibern in der Hochspannungsebene zu fördern, um den aufgrund der Energiewende entstehenden bzw. entstandenen geänderten Anforderungen an die Hochspannungsebene, bei denen, abhängig vom Einzelfall, mal die Transporteigenschaften und dann wieder die Verteilereigenschaften überwiegen können, gerecht zu werden. Der Verordnungsgeber sah die Gefahr, dass Netzinvestitionen zur Integration erneuerbarer Energien bei einzelnen Netzbetreibern auf der Hochspannungsebene nicht adäquat über vorhandene Instrument des Erweiterungsfaktors nach § 10 der Anreizregulierungsverordnung abgedeckt werden, was sich nachteilig auf die Investitionsbereitschaft einzelner Netzbetreiber und die Integrationsgeschwindigkeit erneuerbarer Energien auswirken könnte (BR-Drs. 447/13, S. 12, 19 und 20). Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, Investitionen von Verteilernetzbetreibern in die Hochspannungsebene, die im Zeitraum vom 01.07.2012 bis zum 30.06.2013 auch zu einer Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben, nicht bevorzugt zu refinanzieren, sondern erst im Rahmen der Kostenprüfung für die dritte Regulierungsperiode zu erfassen, führt zu einer Verschlechterung der Investitionsbedingungen und widerspricht den bezweckten Investitionsanreizen. Die Herausnahme dieser Investitionen aus dem Erweiterungsfaktor sollte nach dem Willen des Verordnungsgebers allein dazu dienen, eine doppelte Berücksichtigung

von Investitionskosten derselben Maßnahme in der Erlösobergrenze zu verhindern, und nicht, die Investitionen weder über das Instrument des Erweiterungsfaktors noch über das Instrument der Investitionsmaßnahme zu berücksichtigen.

Dass nach dem Willen des Verordnungsgebers der Wechsel des Regelungsregimes zur Abbildung von Investitionen in der Hochspannungsebene zukünftig erfolgen soll, spricht ebenfalls dafür, erstmals zum 30.06.2014 Erweiterungsinvestitionen in die Hochspannungsebene nicht mehr über den Erweiterungsfaktor, sondern über das Instrument der Investitionsmaßnahme zu refinanzieren. "Zukünftig" ist somit in dem Sinne zu verstehen, dass das Institut der Erweiterungsmaßnahme an die Stelle des Erweiterungsfaktors treten und die bislang über den Erweiterungsfaktor erfassten Investitionen nach Inkrafttreten der Neuregelung über die Investitionsmaßnahme abgebildet werden sollen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2016 – VI-3 Kart 174/14 (V) –, Rn. 52, juris).

Für eine fortgesetzte Anwendung des § 10 ARegV auf bis zum 30.06.2013 eingereichte Anträge von Verteilernetzbetreibern wegen Investitionen in die Hochspannungsebene sprechen auch Erwägungen des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots. Wenn und soweit wesentliche Rechtspositionen betroffen sind - insbesondere auch durch Grundrechte geschützte Rechtspositionen –, in die nach den Grundsätzen über die echte oder unechte Rückwirkung von Gesetzen nicht ohne angemessene Übergangsregelung eingegriffen werden darf, ist im Zweifel anzunehmen, dass das neue Recht bei verfassungskonformer Auslegung für solche Fälle keine Anwendung findet, sondern vielmehr noch kraft ungeschriebenen Überleitungsrechts das bisherige Recht anwendbar bleibt (W.-R. Schenke / R.P. Schenke in Kopp/Schenke, aaO, § 113 Rn. 228). Eine unzulässige, echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (BVerfG, Beschluss v. 18.02.2009, 1 BvR 3076/08). Dies ist insbesondere der Fall, wenn seine Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt der Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Die Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass § 10 Abs. 4 ARegV n.F. bereits vor ihrem Inkrafttreten gelten soll. Indem die Bundesnetzagentur § 10 Abs. 4 ARegV in der ab dem 22.08.2013 geltenden Fassung jedoch auf die bis zum 30.06.2013 gestellten Anträge auf Genehmigung

eines Erweiterungsfaktors anwendet, wirkt seine belastende Rechtsfolge – die Nichtanwendung des Erweiterungsfaktors - indes faktisch auf einen bereits abgeschlossenen Tatbestand vor Inkrafttreten der Verordnung zurück. Der Einwand der Bundesnetzagentur, die Beschwerdeführerin als Mitglied des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. habe kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden können, weil bereits in einer Plenarsitzung am 07.11.2012 die Empfehlung ausgesprochen worden sei, Kosten aus Erweiterungsinvestitionen der Hochspannungsebene zukünftig vollständig über die Investitionsmaßnahmen zu berücksichtigen, hat keinen Erfolg. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Parameterveränderung am 20.11.2012 vertraute die Beschwerdeführerin darauf, dass sie ihre Investitionen in die Hochspannungsebene über die Anpassung der Erlösobergrenzen durch Erweiterungsfaktor refinanzieren kann. Ihre Bestandsinteressen widersprechen auch nicht dem Zweck der Ordnungsänderung, Verteilernetzbetreiber im Hinblick auf die Investitionen in die Hochspannungsebene zukünftig besser zu stellen.

Gegen eine Fortführung der Altregelung des § 10 a.F. spricht zwar, worauf die Bundesnetzagentur zu Recht verweist, dass entsprechend der Systematik der §§ 4 und 10 ARegV eine Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors stets für die gesamte verbleibende Regulierungsperiode ausgesprochen wird und somit, falls kein ändernder Folgeantrag gestellt wird, zu einer Anpassung der Erlösobergrenzen für die gesamte zweite Regulierungsperiode führt. Bei einer antragsgemäßen Entscheidung würde die Erlösobergrenze somit bis Ende des Jahres 2018 aufgrund eines Erweiterungsfaktors angepasst, obwohl der Erweiterungsfaktor seit dem 22.08.2013 keine Anwendung mehr auf die Hochspannungsebene findet. Diese Rechtsfolge ist jedoch im Hinblick auf den Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin, den Gleichbehandlungsgrundsatz der investierenden Netzbetreiber sowie den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, Anreize für Investitionen von Verteilernetzbetreibern schaffen zu wollen, hinzunehmen.

Ob § 10 ARegV auch bei einem in der zweiten Regulierungsperiode gestellten Folgeantrag auf Genehmigung eines Erweiterungsfaktors für die vor dem 30.06.2013 getätigten Investitionen in die Hochspannungsebene fortgesetzt an-

zuwenden ist, kann dahin stehen. Eine solche Konstellation ist vorliegend nicht streitgegenständlich.

### **C.**

Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vollumfänglich Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zu einer zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur 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 Beschwerdeführerin bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten mit ... Euro.

### **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).

#### 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) einzu-

reichenden 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).

Laubenstein

Frister

Klein Reesink