



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v. R. und die Richterinnen am Oberlandesgericht K. und Dr. B.

auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2018

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

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 11.01.2016 wird der Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 09.12.2015 - VB4-514-S - in Tenorziffer 7 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der beteiligten Bundesnetzagentur zu 70 % tragen. Die Landesregulierungsbehörde hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Betroffenen zu 30 % tragen. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird bis zur mündlichen Verhandlung auf ... €, ab dem Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung auf ... € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Betroffene betreibt in der Rechtsform einer GmbH das Fernwärme-, Wasser-, Gas- und Stromnetz im Stadtgebiet der Stadt X. Ihr Stromnetz weist mit Stand vom 31.12.2014 eine Länge von 502 km auf und umfasst das gesamte Stadtgebiet der Stadt C. Die elektrische Energie wird aus zwei Übergabeanlagen bezogen und in das Mittelspannungsnetz eingespeist, aus dem 32 Mittelspannungsanschlüsse versorgt werden. Auf der Niederspannungsebene werden 10.743 Hausanschlüsse von Verbrauchern versorgt, die Zahl der eingebauten Zähler beträgt 31.133. Vorgelagerte Netzbetreiberin ist die Y. GmbH.

Im Jahr 2012 leitete die Landesregulierungsbehörde gegen die Betroffene von Amts wegen das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV i.V.m. § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG für die zweite Regulierungsperiode ein. Dabei legte sie aufgrund der genehmigten Teilnahme der Betroffenen am vereinfachten Verfahren einen Effizienzwert von 96,14 % zugrunde. Dieser war den Netzbetreibern zuvor als gewichteter durchschnittlicher Wert aller in dem bundesweiten Effizienzvergleich nach den §§ 12 bis 14 ARegV für die vorangegangene Regulierungsperiode ermittelten und nach § 15 Abs. 1 ARegV bereinigten Effizienzwerte (gemittelter Effizienzwert) mitgeteilt worden.

Die Betroffene übermittelte im Rahmen des Verwaltungsverfahrens die erforderlichen Daten und Informationen, u.a. den Bericht nach § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV i.V.m. § 28 StromNEV. Die Betroffene hatte im Laufe des Verwaltungsverfahrens mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme. Unter dem 16.09.2013 teilte die Landesregulierungsbehörde ihr das aus ihrer Sicht berücksichtigungsfähige Ausgangsniveau zunächst mit ... € mit (Bl. 79 f. VV). Die Betroffene hat dazu mit Schreiben vom 13.11.2013 Stellung genommen, wobei sie sich die Klärung grundsätzlicher Fragen – Zinssätze zur Berechnung der kalkulatorischen

Eigenkapitalverzinsung einschließlich des etwaigen Risikozuschlags auf den Zinssatz für das Eigenkapital II, die Indexreihen zur Ermittlung der Tagesneuwerte, die Mittelwertbildung bei im Basisjahr aktivierten Anlagen sowie die Berechnungsmethodik der kalkulatorischen Gewerbesteuer – offenhielt und sich im Übrigen mit dem Ergebnis der Kostenprüfung einverstanden erklärte (Bl. 94 f. VV). Unter dem 18.08.2015 hat die Landesregulierungsbehörde die Betroffene zu der beabsichtigten Festlegung der Erlösobergrenzen angehört, wobei sie das Ausgangsniveau mit Blick auf die am 22.08.2013 in Kraft getretenen Ordnungsänderungen und die zwischenzeitlich ergangene obergerichtliche Rechtsprechung zur Mittelwertbildung für Neuanlagen des Basisjahres angepasst hat. Im Rahmen der Anhörung hat die Betroffene einen korrigierten B2-Bogen zur nachträglichen Berücksichtigung der versehentlich nicht enthaltenen Grundstücke und Anlagen im Bau im Anlagevermögen nachgereicht, woraufhin die Landesregulierungsbehörde mit E-Mail vom 21.09.2015 das Ausgangsniveau auf ... € korrigiert hat.

Mit Bescheid vom 09.12.2015 hat die Landesregulierungsbehörde die Erlösobergrenzen der Betroffenen für die zweite Regulierungsperiode wie folgt festgelegt:

2014	... €
2015	... €
2016	... €
2017	... €
2018	... €.

Dabei hat sie *verschiedene* Positionen im Rahmen der von der Betroffenen geltend gemachten aufwandsgleichen und kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau gekürzt und in Tenorziffer 7 des Bescheides darauf hingewiesen, dass sie befugt sei, die Festlegung der Erlösobergrenze nachträglich zu ändern.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Landesregulierungsbehörde habe die aufwandsgleichen und die kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze rechtswidrig zu niedrig ermittelt:

Die Landesregulierungsbehörde habe die von ihr geltend gemachten **Aufwendungen für Verlustenergie** nicht in vollem Umfang berücksichtigt; statt der jährlich benötigten Verlustenergiemenge von ca. ... kWh lediglich ... kWh.

Die Landesregulierungsbehörde habe rechtswidrig zu niedrige Restwerte des Sachanlagevermögens zugrunde gelegt, was zu einer rechtswidrigen Kürzung der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer und damit zu einer Verminderung der Erlösbergrenzen der zweiten Regulierungsperiode um ... € geführt habe.

Bei der Ermittlung der **Tagesneuwerte** habe die Landesregulierungsbehörde rechts- und sachwidrige **Indexreihen** zur Ermittlung der Tagesneuwerte des Altanlagevermögens zugrunde gelegt und damit zu geringe kalkulatorische Abschreibungen, eine zu geringe Eigenkapitalverzinsung und in der Folge eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer ermittelt, was – gemessen an den WIBERA-Reihen bei ihr, der Betroffenen – für die zweite Regulierungsperiode zu einer Kürzung des Ausgangsniveaus in Höhe von ... €/p.a. führe. Die in § 6a StromNEV festgelegten Indexreihen verstießen gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, § 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG, was die Nichtigkeit der Vorschrift zur Folge habe. Sie führten nicht zu der gesetzlich intendierten bestmöglichen und repräsentativen Bewertung der Anlagen und verstießen damit auch gegen die weiterhin maßgeblichen Vorgaben der Rechtsprechung zu den in der ersten Regulierungsperiode angewandten Indexreihen. Der gegenteiligen Rechtsprechung des erkennenden Senats sowie des 3. Kartellsenats des OLG Düsseldorf sei zu widersprechen, da sie auf sachfremden und fehlerhaften Erwägungen beruhe. Die Indexreihen in § 6a StromNEV seien zu stark vereinfacht und griffen auf hoch aggregierte Wirtschaftszweige zurück, die keine repräsentative und bestmögliche Abbildung der Preisentwicklung von Netzbetreiberanlagen ermöglichten. Darüber hinaus setzten sie sich aus verschiedensten Preisentwicklungen von Rohstoffen und Industrieerzeugnissen zusammen, welche größtenteils keine netzanlagespezifischen Merkmale aufwiesen. Dies zeige sich insbesondere am Index der „Erzeugerpreise gewerblicher Produkte gesamt (ohne Mineralölerzeugnisse)“ in § 6a Abs. 1 Nr. 5 StromNEV, der auch die Preisentwicklung des verarbeitenden Gewerbes und des Bergbaus enthalte, die nach der vom Bundesgerichtshof bestätigten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 06.06.2012, VI-3 Kart 269/07 (V)) zur Abbildung von Stromnetzanlagen nicht geeignet sei. Auch die Entwicklung der Lohnkosten würde

durch die Indexreihen nicht bestmöglich und repräsentativ abgebildet, heranzuziehen sei der Index der Löhne und Gehälter des Baugewerbes. Zudem sei der Rückgriff auf hochaggregierte Indexreihen unverhältnismäßig. Spezifische Indexreihen hätten durch Einholung eines Gutachtens ermittelt werden können oder es hätten aus den vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellten verschiedenen Indexreihen Mischindizes gebildet werden können. Die angewendeten Indexreihen seien zudem keiner Plausibilitätskontrolle unterzogen worden. Durch eine Plausibilisierungsrechnung der Bundesnetzagentur könne eine nicht ordnungsgemäß erfolgte Plausibilisierung durch den Verordnungsgeber nicht nachgeholt werden. Für Rechtsverordnungen sei grundsätzlich eine Begründung zu verlangen, wie sie auch im EU-Recht vorgesehen und überdies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich sei.

Grundstücke seien zu Unrecht nur zu historischen Anschaffungskosten und nicht zu aktuellen Verkehrswerten berücksichtigt worden, so dass sich eine zu geringe kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer ergebe. Unzutreffend sei die Auffassung der Landesregulierungsbehörde, dass sich die Rechtslage nach dem mit Wirkung vom 06.11.2007 ergänzten Satz 3 des § 7 Abs. 1 StromNEV beurteile. Sie mache die Anerkennung von Grundstücken geltend, welche vor dem 01.01.2006 angeschafft worden seien, so dass es sich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 StromNEV um Altanlagen handele, die zu Tagesneuwerten zu bewerten seien (§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 StromNEV). Die Ergänzung des neuen Satzes 3 in § 7 Abs. 1 StromNEV ändere hieran nichts, sondern sei lediglich dem Umstand geschuldet, dass eine Bewertung von Grundstücken mangels vorhandener Indexreihen zu Tagesneuwerten nicht möglich sei. Daher müsse zur Abbildung des aktuellen Wertes eines Grundstücks nach der Verordnungsbegründung der Verkehrswert angesetzt werden. Auch Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung sprächen für dieses Verständnis. Der auch nach dem Prinzip der Nettosubstanzerhaltung bezweckte Ausgleich für die allgemeine Geldentwertung und spezifische Sachwertschwankungen müsse auch für Grundstücke gelten. Bei zutreffendem Ansatz erhöhten sich die Erlösbergrenzen für die zweite Regulierungsperiode um insgesamt ... €.

Die Landesregulierungsbehörde habe den **Zinssatz für das überschießende Eigenkapital** von 3,98 % rechtsfehlerhaft ermittelt und damit eine zu geringe

kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und in der Folge eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer in Ansatz gebracht, so dass die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode insgesamt um ... € zu niedrig festgesetzt worden seien. Die Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV sei wegen Verstoßes gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in §§ 24 Satz 1 Nr. 1 und 4 EnWG, 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG und § 1 Abs. 2 EnWG nichtig. Die festgelegten Umlaufsrenditen berücksichtigten die unternehmerischen Risiken des Netzbetriebs nicht in der vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung vorgeschriebenen Form. Die Netzbetreiber seien nicht mehr „natürliche Monopolisten“. Es bestehe ein erhebliches Risiko insolvenzbedingter Forderungsausfälle, die von der Landesregulierungsbehörde nur zu geringen Anteilen als Kosten anerkannt würden. Eine uneingeschränkte Nachschusspflicht der Gesellschafter zur Vermeidung einer Insolvenz sei ebenfalls nicht gegeben. Dies gelte auch für kommunale Anteilseigner, deren Finanzlage und Liquidität sich zudem stark verschlechtert hätten. Dennoch flössen Unternehmensanleihen, die am ehesten das unternehmerische Risiko eines Netzbetreibers widerspiegeln, nur zu einem Drittel in die Berechnung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital ein. Dies sei jedoch nicht ausreichend und hätte durch den Ordnungsgeber durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Ordnungsänderung aufgeklärt und berücksichtigt werden müssen, was jedoch nicht erfolgt sei. Nach der vom Bundesgerichtshof als angemessen angesehenen Methode auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. Kaserer würde der Zinssatz im Basisjahr 2011 um 0,5 % Punkte über dem nach der Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 7 StromNEV liegen und mindestens 4,48 % betragen, zumal sich das Rating der Netzbetreiber im Basisjahr 2011 im Vergleich zum Jahr 2004, für das der Gutachter Prof. Dr. Kaserer ein AA-Rating unterstellt habe, auf „A“ verschlechtert habe. Aufgrund der Entscheidung des OLG Koblenz zu den Zinssätzen auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. Kaserer habe Rechtssicherheit bestanden, so dass die Neuregelung durch den Ordnungsgeber auf sachfremden Erwägungen beruhe. Die Anwendung der in § 7 Abs. 7 StromNEV vorgegebenen Umlaufsrenditen habe zudem eine mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbare Ungleichbehandlung der Netzbetreiber zur Folge, deren Netzbetrieb überschießendes Eigenkapital aufweise, da dieses systematisch niedriger als Fremdkapital verzinst werde. Damit breche die Ordnungsänderung unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben in § 21 Abs. 2 EnWG und dem Gebot der Methodenrobustheit nach § 21 Abs. 5 Satz 5 EnWG mit

der Systematik der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 StromNEV, wonach unterstellt werde, dass sich ein im Wettbewerb befindlicher effizienter Netzbetreiber über die Eigenkapitalquote von 40 % hinaus mit günstigerem Fremdkapital eindecken würde.

Des Weiteren habe die Landesregulierungsbehörde der Erlösobergrenzenfestlegung einen falschen **Effizienzwert** zugrunde gelegt. Der von der Bundesnetzagentur ermittelte pauschalierte Effizienzwert in Höhe von 96,14 % sei rechtswidrig zu niedrig, weil er entgegen der Vorgabe aus § 24 Abs. 2 ARegV nicht als gewichteter durchschnittlicher Wert aller in dem bundesweiten Effizienzvergleich für die erste Regulierungsperiode ermittelten „und nach § 15 Abs. 1 ARegV bereinigten“ Effizienzwerte gebildet worden sei. Der pauschalierte Effizienzwert habe vielmehr auf den unbereinigten Effizienzwerten der ersten Regulierungsperiode beruht, weil die Bundesnetzagentur den Begriff der Besonderheit der Versorgungsaufgabe rechtswidrig zu eng ausgelegt habe. Eine Bereinigung von Effizienzwerten in erheblicher Anzahl sei von den Regulierungsbehörden erst vorgenommen worden, nachdem sich vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf abgezeichnet habe, dass die zuvor angelegten Begriffs- und Seltenheitsmaßstäbe rechtswidrig verengt worden seien. Eine Anpassung des pauschalierten Effizienzwerts sei nicht gemäß § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV ausgeschlossen. Auch könne aus § 78 Abs. 4 Nr. 2 EnWG nicht auf eine rechtsvernichtende Präklusion geschlossen werden. Verwirkung sei ebenfalls nicht eingetreten. Vielmehr sei die nachträgliche Anpassung des pauschalierten Effizienzwerts im vereinfachten Verfahren schon aufgrund des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG geboten, weil ihr ansonsten jegliche Möglichkeit genommen werde, sich gegen einen zu niedrig ermittelten pauschalierten Effizienzwert zu wehren. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlenden „inter-omnes“-Wirkung stehe dem nicht entgegen, weil es sich bei der Veröffentlichung des pauschalierten Effizienzwertes nicht um eine Festlegung handele. Die Teilnahme am vereinfachten Verfahren führe nicht zum Verlust des Rechts auf effektiven Rechtsschutz. Nach § 24 Abs. 4 Satz 4 ARegV sei sie lediglich an das gewählte Verfahren, nicht jedoch an die Höhe des veröffentlichten pauschalierten Effizienzwertes gebunden. Auch Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens stehe der Anpassung nicht entgegen. Die Berücksichtigung von nachträglichen Bereinigungen führe auch nicht zu einer ewigen Korrekturschleife. Entweder werde bis zum rechtskräftigen Abschluss des letzten gerichtlichen Verfahrens gewartet oder

schon vorher eine Neubescheidung nach aktuellem Stand der Effizienzwerte vorgenommen. Verbleibende Unwägbarkeiten ließen sich im Wege der einvernehmlichen Streitbeilegung oder durch einen pauschalen Sicherheitszuschlag lösen.

Der pauschalierte Effizienzwert sei darüber hinaus auch deshalb zu niedrig angesetzt, weil bei der Berechnung der individuellen Effizienzwerte nach der SFA-Methode (Stochastic Frontier Analysis) für die erste Regulierungsperiode von dem beauftragten Beratungsunternehmen SUMICSID ein zwingend zu berücksichtigender Störterm rechtswidrig nicht berücksichtigt worden sei. Wäre diese Störgröße – wie von dem Beratungsunternehmen Frontier Economics bei der Durchführung des Effizienzvergleichs VNB-Gas für die zweite Regulierungsperiode - bei jedem Berechnungsschritt, auch bei der Umrechnung des Verhältnisses der effizienten und ermittelten Kosten in einen prozentualen individuellen Effizienzwert berücksichtigt worden, hätten sich für eine Vielzahl von Netzbetreibern höhere Effizienzwerte und damit insgesamt ein höherer pauschalierter Effizienzwert ergeben.

Schließlich sei die von der Landesregulierungsbehörde in Tenorziffer 7 ausgesprochene uneingeschränkte **Änderungsbefugnis** rechtswidrig. Nach dem Willen der Landesregulierungsbehörde sei die Änderungsbefugnis gerade nicht auf bestimmte Aspekte beschränkt, sondern solle eine jederzeit uneingeschränkte und auch rückwirkende Abänderung ermöglichen. Diese uneingeschränkte Änderungsbefugnis sei ebenso rechtswidrig wie der von der Landesregulierungsbehörde in ihrer Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas verwendete Widerrufsvorbehalt. Die Umbenennung bzw. andere Bezeichnung könne daran nichts ändern. Für die Änderungsbefugnis finde sich keine Ermächtigungsgrundlage, insbesondere könne sie nicht auf § 29 Abs. 2 EnWG gestützt werden. Sie verstoße in ihrer unbeschränkten Ausgestaltung auch gegen verwaltungsrechtliche Grundsätze, da sich die Landesregulierungsbehörde eine Änderung mit Wirkung für die Vergangenheit vorbehalte. Ein „Rücknahmevorbehalt“ sei als Rechtsfigur jedoch weder nach den Regelungen des EnWG noch im sonstigen Verwaltungsrecht zu finden, geschweige denn zulässig. Zudem sei die Änderungsbefugnis ermessensfehlerhaft, da keinerlei Abwägung mit den Belangen der Betroffenen stattgefunden habe.

Mit Schriftsatz vom 11.10.2017 hat die Betroffene ihr bisheriges Vorbringen um ein **Vorabentscheidungsersuchen** an den Gerichtshof der Europäischen Union ergänzt. Sie macht nunmehr geltend, zwar habe der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 25.04.2017 (EnVR 17/16, RdE 2017, 344 „Stadtwerke Werl GmbH“) die Rechtmäßigkeit der Regelungen zu den Indexreihen in § 6a StromNEV (*gemeint wohl: GasNEV*), dem Zinssatz auf das überschießende Eigenkapital (sog. EK II) in § 7 Abs. 1 Satz 5 StromNEV (*gemeint wohl: GasNEV*), § 7 Abs. 7 GasNEV, zur Bewertung der Grundstücke zu historischen Anschaffungskosten in § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV sowie zum Effizienzwert im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV bestätigt; die genannten Regelungen seien indes mit höherrangigem europäischem Recht nicht vereinbar und daher nichtig.

Nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sei der Verordnungsgeber unzuständig für die Festlegung der Berechnungsformeln und Methodenregelungen in §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV, 24 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 5 ARegV. Die Festlegungskompetenz obliege nach europäischem Recht allein den nationalen unabhängigen Regulierungsbehörden; Art. 37 Abs. 6 der Richtlinie 2009/72/EG („EltRL“) stehe einer „umfassenden normativen Regulierung“ entgegen. Mit „einer abschließenden Regelung durch die Bundesregierung als Verordnungsgeber“ sei das „Mindestmaß an behördlicher Regulierung“ nicht mehr gewährleistet, weil mit den Regelungen das Ermessen der Regulierungsbehörde „vorstrukturiert“ werde. Zudem stehe Art. 37 Abs. 17 EltRL i.V.m. Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einer nationalen Rechtsprechung entgegen, nach der die normative Regulierung durch die Bundesregierung „nur einer Evidenzkontrolle bzw. Plausibilitätskontrolle“ unterworfen werde. Eine derartige eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte sei mit der Verfahrensgarantie gemäß Art. 37 Abs. 17 EltRL nicht vereinbar, die „effektiven Rechtsschutz“ gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde garantiere.

Vor Inkrafttreten des § 6a StromNEV habe die „Landesregulierungsbehörde“ sachgerechte, an den Vorgaben zu § 6 Abs. 3 StromNEV orientierte Indexreihen selbst festlegen können. Durch die „Festschreibung“ der Indexreihen in der StromNEV verbleibe für die administrative Tätigkeit der Regulierungsbehörden kein Raum mehr, weil sie die Indexreihen nicht mehr selbst festlegen dürften, sondern verpflichtet seien, die in § 7 Abs. 7 StromNEV vorgegebenen Indexreihen anzuwenden. Damit habe der

Verordnungsgeber eine wesentliche Entscheidung für die Regulierungsbehörde getroffen, die diese „nur noch vollziehen“ müsse.

Nach den europarechtlichen Vorgaben des dritten Energiebinnenmarktpakets seien die Mitgliedstaaten zur Errichtung von Regulierungsbehörden und zur Sicherstellung ihrer Unabhängigkeit verpflichtet. Die nationalen Regulierungsbehörden hätten größere Kompetenzen erhalten und die Verfahrens- und Organisationsvorgaben für die nationale Regulierung seien nochmals verschärft worden. Die Regulierungsbehörde müsse danach nicht nur von Marktinteressen, sondern auch von Regierungsstellen personell und funktional unabhängig sein, autonom von der Regierung entscheiden und agieren und die Tarife der Netznutzung festlegen können. Die detaillierte Ausgestaltung der Methoden und Formeln durch den Verordnungsgeber schränke diese Befugnisse ein und sei vom europäischen Recht nicht gedeckt. Der Verordnungsgeber habe nicht die Kompetenz, die Methoden und Tarife für die Netzentgelte zu regeln. „Detaillierte abschließende normative Vorgaben“ zur Regulierung des Energiesektors – wie sie etwa bei den Regelungen zu den Indexreihen vorlägen - seien mit dem Wortlaut, der Entstehung sowie Sinn und Zweck der Erdgas- bzw. Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie unvereinbar. Auch die ausdrückliche Differenzierung zwischen den verschiedenen Adressaten durch die Richtlinien zeige, dass sich die Festlegungskompetenz allein an „die Regulierungsbehörden“ richte.

Zwar habe das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21.12.2009 (1 BvR 2738/08) entschieden, dass es nach Art. 23 Abs. 2a der Richtlinie 2003/54/EG des zweiten Energiebinnenmarktpakets („BRL“) den Mitgliedstaaten überlassen sei, ob sie die einzelnen Inhalte administrativ oder normativ regeln wollten. Diese Rechtsprechung sei jedoch auf die streitgegenständlichen Regelungen nicht übertragbar; sie stehe überdies in Widerspruch zu nahezu zeitgleich ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteile vom 29.10.2009 – C-274/08; vom 04.11.2008 - C-474/08). Durch „detaillierte abschließende Vorgaben des Verordnungsgebers zur Regulierung“ werde die nach der EitRL angestrebte Schlüsselrolle der Regulierungsbehörden unterlaufen, denn diese vollzögen danach lediglich noch politische Entscheidungen der Bundesregierung. Noch nicht einmal der deutsche Gesetzgeber dürfe die Festlegungskompetenz der Regulierungsbehörde an sich ziehen, geschweige denn die Bundesregierung als Verordnungsgeber. Diese

Sichtweise werde durch einen Vergleich zum Telekommunikationssektor bestätigt, für den der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden habe, dass das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde wegen deren Unabhängigkeit nicht durch ein Gesetz „vorstrukturiert“ werden dürfe (EuGH, Urteil vom 03.12.2009 – C-424/07 Rn. 40).

Nach den Auslegungshilfen der Europäischen Kommission sollten die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Methoden und Tarife „keine wesentliche Rolle“ mehr spielen. Insbesondere seien *direkte Anweisungen* an die Regulierungsbehörde verboten. „Anzumerken“ sei auch, dass bei der Europäischen Kommission derzeit ein Vertragsverletzungsverfahren (Nr. 20142285) gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der nicht vollständigen Umsetzung des dritten Energiebinnenmarktpakets anhängig sei. Ganz offensichtlich rüge auch die Europäische Kommission, dass „viele wichtige Fragen“ auf dem Verordnungswege von der Bundesregierung geregelt würden.

Zudem verstießen die genannten Regelungen gegen die europarechtliche Rechtsschutzgarantie. Dem Verordnungsgeber werde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgrund der gesetzlichen Vorgaben ein weiter Gestaltungsspielraum für eine typisierende Regelung eingeräumt, was zu einer reinen Plausibilitätskontrolle führe; eine weitergehende Kontrolle erfolge aufgrund dessen und der Typisierungsbefugnis des Verordnungsgebers nicht. Eine derartige – vom Bundesgerichtshof gebilligte – Regulierung auf Gesetzes- oder Verordnungsebene (sog. normative Regulierung) führe dazu, dass der Prüfungsmaßstab der Gerichte zu stark eingeschränkt werde. Eine weitergehende inhaltliche Kontrolle der Berechnungsmethoden finde nicht mehr statt. Dem Netzbetreiber würde überdies keine gerichtliche Überprüfung des ermittelten pauschalen Effizienzwertes mehr zugestanden. Auch damit werde der effektive Rechtsschutz verkürzt. Der Senat sei deshalb zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV verpflichtet; sie selbst habe die fehlende Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und die Einschränkung effektiven Rechtsschutzes überdies mit am 15.03.2018 bei der Europäischen Kommission eingereichter Beschwerde gerügt.

Soweit die Betroffene die Anwendung der Eigenkapitalzinssätze der Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011 (BK4-11-/304) bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung gerügt hatte, haben die Beteiligten diesen

Beschwerdepunkt in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem die Landesregulierungsbehörde eine Anpassung des EK I-Zinssatzes für den Fall zugesagt hat, dass in dem von der Betroffenen gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Beschwerdeverfahren VI-3 Kart 439/11 (V) oder in dem ebenfalls bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Musterverfahren VI-3 Kart 459/11 (V) - bzw. in entsprechenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof - zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige Entscheidung ergeht.

Auch soweit die Betroffene des Weiteren die berücksichtigten Aufwendungen für Verlustenergie angegriffen hatte, haben die Beteiligten diesen Beschwerdepunkt in der mündlichen Verhandlung für erledigt erklärt, nachdem die Landesregulierungsbehörde eine Anpassung der Verlustenergiekosten für den Fall zugesagt hat, dass in dem bei dem Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen EnVR 29/16 anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren zu dem bei dem Senat anhängig gewesenen Musterverfahren VI-5 Kart 2/15 (V) oder in dem von der Betroffenen gegen die Festlegung geführten Beschwerdeverfahren VI-5 Kart 4/15 (V) – bzw. in einem entsprechenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof - zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige Entscheidung ergeht.

Ihre zunächst auch zum Beschwerdepunkt kalkulatorische Gewerbesteuer eingelegte Beschwerde hat die Betroffene zurückgenommen.

Sie beantragt nunmehr,

den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 09.12.2015 - Aktenzeichen: VB4-514-S – aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu verpflichten, eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.

Die Landesregulierungsbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung der maßgeblichen Gründe. Sie weist darauf hin, dass die Betroffene sich unter dem 13.11.2013 mit einem mit ihr abgestimmten Ausgangsniveau von ... € - unter

Vorbehalten hinsichtlich verschiedener, grundsätzlicher Fragestellungen – prinzipiell einverstanden erklärt habe und sodann ein finales Prüfungsergebnis von ... € ermittelt worden sei, zu dem sie unter dem 07.10.2015 Stellung genommen habe.

Soweit die Betroffene sich gegen die angewandten Indexreihen und den EK-II-Zinssatz gewendet habe, habe sie als Landesregulierungsbehörde die Neuregelungen in § 6a und § 7 Abs. 6 und 7 StromNEV zu den Indexreihen und der Verzinsung des sogenannten überschießenden Eigenkapitals anwenden müssen. Ihr Ansatz der Grundstücke zu Anschaffungskosten stehe im Einklang mit den Vorgaben des Ordnungsgebers in § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV.

Die Ermittlung des Effizienzwerts für das vereinfachte Verfahren sei nicht zu beanstanden. Einwendungen gegenüber dem bereinigten Effizienzwert nach § 24 Abs. 2 ARegV könnten zum jetzigen Zeitpunkt ohnehin nicht mehr vorgebracht werden, nachdem der gemittelte Effizienzwert den Netzbetreibern bereits am 8.12.2010 mitgeteilt worden sei und sich die Netzbetreiber auf dieser Basis für ihre Teilnahme am vereinfachten Verfahren entschieden hätten. Zumindest seien Netzbetreiber unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung mit Einwendungen ausgeschlossen.

Der Hinweis in Tenorziffer 7 auf die Änderungsbefugnis habe keinen eigenständigen Regelungsgehalt, sondern weise lediglich auf die bestehende Rechtslage hin (§ 29 Abs. 2 EnWG). Dementsprechend bedürfe es keiner Ermächtigungsgrundlage, vielmehr sei § 29 Abs. 2 EnWG die Änderungsbefugnis.

Anlass zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen bestehe nicht; die in Rede stehenden Regelungen seien europarechtskonform.

Die beteiligte Bundesnetzagentur hat im Einzelnen zu der Ordnungsänderung des § 6a StromNEV, dem Ansatz der Grundstücke zu historischen Anschaffungskosten, der Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals nach der Neuregelung des § 7 Abs. 7 StromNEV, der Methodik zur Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie dem Effizienzwert im vereinfachten Verfahren Stellung genommen. Auch sie ist der von der Betroffenen beantragten Vorlage entgegen getreten, da die streitgegenständlichen Regelungen mit den europäischen Vorgaben konform seien.

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.

II.

Die zulässige Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen ganz überwiegend keinen Erfolg. Die Festsetzung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode ist nicht zu beanstanden, die von der Betroffenen aufgeworfenen Rechtsfragen sind höchstrichterlich im Sinne der Verwaltungspraxis der Landesregulierungsbehörde geklärt. Anlass zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union besteht nicht. Allein der in Tenorziffer 7 enthaltene Hinweis auf die Änderungsbefugnis ist rechtswidrig und daher aufzuheben.

1. Indexreihen

Der Einwand der Betroffenen, die Landesregulierungsbehörde habe bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 Satz 2 StromNEV rechtsfehlerhaft die in § 6a StromNEV angeführten Indexreihen des Statistischen Bundesamts zugrunde gelegt, geht fehl.

Der Senat hat – höchstrichterlich bestätigt - bereits entschieden, dass die – entsprechende - Neuregelung in § 6a GasNEV sachgerecht und rechtmäßig ist (Beschluss vom 21.01.2016 – VI-5 Kart 33/14 (V), RdE 2016, 242 – nachgehend BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – EnVR 17/16, RdE 2017, 344 Rn. 12 ff. „Stadtwerke Werl GmbH“; Senat, Beschluss vom 06.10.2016 - VI-5 Kart 21/14 (V), juris Rn. 103 ff.; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2015 - VI-3 Kart 113/13 (V), juris Rn. 53 ff.; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.03.2016 - 16 Kart 3/14, juris Rn. 32 ff.). Nichts anderes gilt – wie der Senat mit Beschluss vom 27.04.2017 - VI-5 Kart 17/15 (V) festgestellt hat - auch für die in § 6a StromNEV normierten Indexreihen (RdE 2017, 298 Rn. 73 ff.); die Landesregulierungsbehörde hatte diese als geltendes Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG zu berücksichtigen. Eine Nichtigkeit der Regelung ist nicht ersichtlich. Das gegen diese Rechtsprechung gerichtete Vorbringen der Betroffenen gibt dem Senat keine Veranlassung, davon abzuweichen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Senatsbeschlüsse vom 21.01.2016 und 27.04.2017 (jeweils aaO) verwiesen.

2. Grundstücke zu aktuellen Beschaffungswerten

Dass die Landesregulierungsbehörde Grundstücke zu Anschaffungskosten in Ansatz gebracht hat, steht nach gefestigter Rechtsprechung im Einklang mit der insoweit maßgeblichen Vorgabe des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV und ist daher nicht zu beanstanden (Senat, Beschluss vom 27.04.2017 - VI-5 Kart 17/15 (V), RdE 2017, 298 Rn. 86 ff.; für den gleichlautenden § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV: Senat, Beschluss vom 21.01.2016 - VI-5 Kart 33/14 (V), RdE 2016, 242 - nachgehend BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – EnVR 17/16, RdE 2017, 344 Rn. 45 ff. „Stadtwerke Werl GmbH“; Beschluss vom 06.10.2016 - VI-5 Kart 21/14 (V), juris Rn. 118 ff.). Die dagegen gerichteten Rügen der Betroffenen können daher keinen Erfolg haben.

3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene gegen den Zinssatz für den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals nach § 7 Absatz 1 Satz 5 StromNEV (im Folgenden: EK II-Zinssatz). Dieser ist mit 3,98 % nicht zu beanstanden.

3.1. Nach der am 22.08.2013 in Kraft getretenen Neuregelung des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 StromNEV bestimmt sich dieser Zinssatz als Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts dreier von der Deutschen Bundesbank veröffentlichter Umlaufrenditen. Diese, die Regulierungsbehörden als geltendes Recht bindenden Vorgaben, hat die Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Zinssatzes eingehalten und ist – wie auch die beteiligte Bundesnetzagentur – zu einem Zinssatz von 3,98 % gelangt. Dies stellt auch die Betroffene nicht in Frage.

3.2. Die Vorgaben in § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV sind weder wegen Verstoßes gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch wegen einer mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbaren Ungleichbehandlung der Netzbetreiber materiell rechtswidrig und damit nichtig. Dass die Neuregelung insoweit nicht zu beanstanden ist, hat der Senat – höchstrichterlich bestätigt - bereits entschieden (Beschluss vom 27.04.2017 - VI-5 Kart 17/15 (V), RdE 2017, 298 Rn. 107 ff.; für die gleichlautende Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV Beschluss vom 21.01.2016 - VI-5 Kart 33/14 (V), RdE 2016, 242 - nachgehend BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – EnVR 17/16, RdE 2017, 344 Rn. 63 ff. „Stadtwerke Werl GmbH“; Senat, Beschluss vom 06.10.2016 –

VI-5 Kart 21/14 (V), juris Rn. 124 ff.). Auch mit Blick auf das Vorbringen der Betroffenen in diesem Beschwerdeverfahren, insbesondere auch zu den zitierten Senatsentscheidungen in der Replik vom 16.03.2017, besteht keine Veranlassung, von dieser Auffassung abzuweichen.

4. Effizienzwert im vereinfachten Verfahren

Der im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV festgesetzte pauschalierte Effizienzwert ist nicht nachträglich zu korrigieren, soweit - nach seiner Bekanntgabe gemäß § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV - bei am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern individuelle Effizienzwerte korrigiert worden sind, weil nachträglich eine „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ im Sinne des § 15 ARegV anerkannt worden war. Auch etwaige methodische Fehler im Rahmen des Effizienzvergleichs können eine Korrektur des pauschalierten Effizienzwerts nicht rechtfertigen. Nach höchstrichterlich bestätigter Rechtsprechung kommt eine nachträgliche Änderung des pauschalierten Effizienzwerts nicht in Betracht (Senat, Beschluss vom 27.04.2017 - VI-5 Kart 17/15 (V), RdE 2017, 298 Rn. 127 ff.; vom 21.01.2016 – VI-5 Kart 33/14 (V), RdE 2016, 242 - nachgehend BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – EnVR 17/16, RdE 2017, 344 Rn. 87 ff. „Stadtwerke Werl GmbH“). An dieser Auffassung hält der Senat fest.

5. Vorabentscheidungsersuchen

Für die von der Betroffenen beantragte Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union, damit dieser über die Auslegung von Art. 37 Abs. 6 und Abs. 17 der Richtlinie 2009/72/EG („EltRL“) entscheiden kann, besteht kein Anlass.

Eine Vorlagepflicht des Senats besteht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV schon in formeller Hinsicht nicht, weil mit der – zugelassenen – Rechtsbeschwerde ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung statthaft ist, der Senat demzufolge nicht letztinstanzlich entscheidet. Ungeachtet dessen besteht aber auch in der Sache kein vernünftiger Zweifel daran, dass die auf der Grundlage der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, § 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG ergangenen Regelungen in §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 StromNEV ebenso wie § 24 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 5 ARegV - auch unter Berücksichtigung der von der Betroffenen zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union –

konform mit der EltRL sind; insbesondere besteht kein Zweifel an der EU-Grundrechtskonformität des innerstaatlichen Umsetzungsrechts. Auf die von der Betroffenen bei der Europäischen Kommission eingereichte Beschwerde kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

5.1 Entgegen dem Einwand der Betroffenen wird durch die normativen Regelungen nicht in unzulässiger Weise in die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde eingegriffen, wie sie Art. 35, 37 EltRL vorsehen.

Nach Art. 37 Abs. 6 EltRL, die Bestandteil des Dritten Binnenmarktpakets war und – zusammen mit der Richtlinie 2009/73/EG (Gas) – die sog. Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG (Strom) und 2003/55/EG (Gas) abgelöst hat, obliegt es – wie schon nach der inhaltlich nahezu identischen Vorgänger-Regelung in Art. 23 Abs. 2 BRL - den Regulierungsbehörden, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen, wobei hierunter auch die Tarife fallen. Daneben obliegt es den Regulierungsbehörden auch, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen.

Soweit die Betroffene aus Art. 37 Abs. 6 EltRL herzuleiten versucht, der Verordnungsgeber sei unzuständig für die Festlegung der Berechnungsformeln und Methodenregelungen in §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV sowie § 24 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 5 ARegV, weil die Mitgliedstaaten nach europäischem Recht bei der Festlegung der Methoden und Tarife „keine wesentliche Rolle“ mehr spielen sollten und die Festlegungskompetenz „allein den nationalen unabhängigen Regulierungsbehörden“ obliege, lassen sich der Richtlinie derartige Vorgaben nicht entnehmen.

Nach Art. 51 EltRL ist die Richtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet, die gemäß der - Art 20 Abs. 1 BRL wortgleichen – Regelung in Art. 32 Abs. 1 EltRL die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife gewährleisten; die Zugangsregelung gilt für alle

zugelassenen Kunden und wird nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netznutzern angewandt. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung vor ihrem Inkrafttreten genehmigt und veröffentlicht werden. Die Adressierung an die Mitgliedstaaten entspricht den grundlegenden Vorgaben im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der in Art. 288 AEUV vorsieht, dass Richtlinien für jeden Mitgliedstaat (nur) hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, die Wahl der Form und der Mittel jedoch den innerstaatlichen Stellen überlassen bleibt (Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Stand Juli 2017, Art. 288 Rn. 132). Die Umsetzung erfolgt nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Organisations-, Verfassungs- und Prozessrechts. Entsprechend bestimmt Art. 291 Abs. 1 AEUV, dass die Mitgliedstaaten alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht ergreifen (sog. Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie; ausführlich dazu Ludwigs, Die Verwaltung 2011, 41 ff., 63; Stelkens, EUR 2012, 511 ff.).

Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat sich gegen eine administrative und für eine normative Regulierung in dem Sinne entschieden, dass die regulatorischen Entscheidungen zur Konkretisierung der Regulierungsziele durch Gesetz, Netzzugangs- und Netzentgeltverordnungen erfolgen; daneben besteht die Möglichkeit von Festlegungen durch die Regulierungsbehörden. Bereits die im Jahre 2003 erlassenen Beschleunigungsrichtlinien beinhalteten als wesentliche Vorgabe die obligatorische Einrichtung einer sektorspezifischen ex-ante-Regulierung, mit der auch die Etablierung einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde verbunden war (ausführlich dazu Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze (2005), S. 267 ff.; Schellberg, Die Regulierung der Netzentgelte nach der EnWG-Novelle (2006), S. 8 ff.; Büdenbender, ET-Special 2003, 2 ff.; Rosin/Krause, ET-Spezial 2003, 17; Schneider, ZWeR 2003, 381, 388 f.; weiterführend Lecheler/Gundel, EuZW 2003, 621 ff.; Britz in: Festschrift für Zezschwitz (2006), S. 374 ff.). In den ersten Energiebinnenmarkttrichtlinien der 90er Jahre hatten sich auf europäischer Ebene im Wesentlichen das System des verhandelten Netzzugangs – für das man sich nach der Liberalisierung im Jahr 1998 zunächst in Deutschland entschieden hatte - und des regulierten Netzzugangs gegenübergestellt. Mit den Beschleunigungsrichtlinien wurde dieses Wahlrecht abgeschafft und für die Zukunft der regulierte Netzzugang von

europäischer Seite vorgegeben (vgl. Scholtka/Brucker, Entgeltregulierung der Energienetze (2013), S. 21).

Diese Vorgaben wurden in Deutschland mit dem am 13.07.2005 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG 2005) umgesetzt. Dabei beinhaltet § 24 Satz 1 EnWG nach der Begründung des Gesetzentwurfs die Rechtsgrundlage sowohl für eine unmittelbare Regulierung der Bedingungen und Methoden durch die Rechtsverordnung selbst als auch für deren Festlegung oder Genehmigung durch die Regulierungsbehörde (BT-Drs. 15/5736 S. 5). Die Normierungskompetenzen liegen damit zu einem Teil beim Verordnungsgeber, der insbesondere durch § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen oder Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang festzulegen. Von dieser Ermächtigung wurde u. a. mit den Netzentgeltverordnungen Gebrauch gemacht, wobei schon seinerzeit in der StromNEV vom 25.07.2005 (BGBl. I S. 2225) - bis zur erstmaligen Festlegung durch die Regulierungsbehörden – auch die Höhe der EK I-Zinssätze vom Verordnungsgeber festgelegt war (vgl. § 7 Abs. 6 Satz 3 StromNEV a.F.: für Neuanlagen 7,91 % vor Steuern und für Altanlagen 6,5 % vor Steuern). Daneben hat der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber u.a. mit § 24 Satz 1 Nr. 2 EnWG die Möglichkeit eingeräumt, seinerseits die Regulierungsbehörde zur Festlegung zu ermächtigen, wovon in § 30 StromNEV, § 30 GasNEV, § 27 StromNZV und § 50 GasNZV umfassend Gebrauch gemacht worden ist. Diese Festlegungsermächtigungen ermöglichen es der Regulierungsbehörde, die in den Verordnungen festgelegten Methoden durch behördliche Festlegungen zu ergänzen und zu modifizieren. Die Behörde kann überdies Regelungen zur Berechnungsmethodik treffen, die von den durch den Verordnungsgeber selbst vorgegebenen Methoden abweicht (z.B. § 30 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 6, 8 StromNEV). Diese besondere durch das EnWG eingeräumte Möglichkeit, durch Festlegungen im Sinne des § 29 EnWG normierend tätig zu werden, führt in Deutschland zu einer Dominanz der Exekutive, die teilweise skeptisch gesehen wird (ausführlich dazu Britz in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 9 Energie Rn. 121 ff., 124 ff. und in EuZW 2004, 462 ff.). Der Vorteil der normativen Regulierung wird insbesondere in der erhöhten Rechtssicherheit für die Marktakteure und geminderten Transaktionskosten

gesehen (dahingehend etwa Britz, EuZW 2004, 462 ff., 464; Schneider, aaO S. 385); aufgrund der Intensität und Grundrechtssensibilität regulatorischer Eingriffe seien aus rechtsstaatlicher, demokratischer und grundrechtlicher Perspektive autonome, rechtlich nicht gebundene Spielräume der Regulierungsbehörde nicht akzeptabel (BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, 3. A., § 29 EnWG Rn. 7).

Wie das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21.12.2009 (1 BvR 2738/08 Rn. 35, RdE 2010, 92 ff. „Netzentgeltregulierung, Stromnetzbetreiber Mehrerlössaldierung“) entschieden hat, wirft die abstrakt-generelle Methodenbestimmung durch den Ordnungsgeber vor dem Hintergrund der – mit Art. 37 Abs. 6 EitRL nahezu identischen – Regelung der Befugnisse der Regulierungsbehörde in Art. 23 Abs. 2 BRL keine Bedenken auf (ebenso bereits Herrmann aaO S. 268; Schellberg aaO S. 10; Büdenbender aaO S. 7; Rosin/Krause aaO S. 18, Britz aaO). Nach der Richtlinie bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie die einzelnen Inhalte administrativ oder normativ regeln wollen (Art. 20 BRL; BVerfG aaO).

Die Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden vor politischem Einfluss in Art. 35, 37 EitRL ändert daran nichts. Dies folgt schon im Ansatz daraus, dass die Richtlinienkompetenz der Europäischen Union die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für abstrakt-generelle Methodenbestimmungen nach dem o.g. Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie weder beschränken kann noch will. Die von der Betroffenen vorgetragenen Bedenken beruhen auf einem zu weitgehenden Verständnis, wobei bezeichnend ist, dass die Regulierungsbehörden selbst eine solche Unabhängigkeit und damit Methodenbestimmung durch sie allein nicht für sich reklamieren. Hinzu kommt, dass die EitRL keine konzeptionellen Anforderungen, etwa ein von den Mitgliedstaaten zu übernehmendes Entgeltregulierungsmodell oder Vorgaben zur Kostenarten-, -stellen, und – trägerrechnung enthält. Auch die Entscheidung zwischen Methoden- und Einzelgenehmigung bleibt offen. Den Mitgliedstaaten ist daher bei der Art der Umsetzung der Richtlinie ein - außergewöhnlich weiter - Spielraum eröffnet (vgl. BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, aaO Einl. B EnWG Rn. 101; Groebel/Horstmann in: Holznagel/Schütz, ARegV, Einf Rn. 169, 183).

Nach den grundlegenden Vorgaben des Vertrags über die Europäische Union, der in seiner durch den Vertrag von Lissabon geänderten Fassung am 01.12.2009 in Kraft getreten ist, achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon). Organisatorische und inhaltliche Grundprinzipien der nationalen Verfassungsordnung werden daher durch die Richtlinien nicht angetastet, wodurch gewährleistet ist, dass den Mitgliedstaaten nicht Organisationsstrukturen aufgezwungen werden, die in den Kernbereich der Staatsorganisation eingreifen (eingehend dazu Gärditz in: Löwer (Hrsg.), Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt (2010), S. 23 ff., 55; ders. in AöR 2010 (Band 135), S. 251 ff.).

Für die Umsetzung in das deutsche Recht folgt daraus, dass der Einrichtung unabhängiger Regulierungsbehörden durch das Erfordernis hinreichender demokratischer Legitimation Grenzen gesetzt sind. In der freiheitlichen Demokratie geht alle Staatsgewalt vom Volk aus. Sie wird vom Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). Jede Ausübung von Staatsgewalt muss sich in einer demokratischen Legitimationskette auf das Volk zurückführen lassen; überdies muss gewährleistet sein, dass sie die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers ist (st. Rspr., vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 Rn. 135 ff., BVerfGE 93, 37, 65 f. „Einigungsstelle Schleswig-Holstein“). Nach diesen Verfassungsgrundsätzen ist die Verwaltung im Verhältnis zur Regierung grundsätzlich weisungsgebunden. Dies führt zu einer inhaltlichen Einbettung amtlicher Entscheidungen, die sich auf das Parlament zurückführen lässt, und die „ministerialfreie Räume“ grundsätzlich ausschließt. Eine vollkommene Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörde kann es demzufolge nicht geben (vgl. auch §§ 61 EnWG, 117 TKG; ebenso übereinstimmend Holznagel/Schumacher in: Gramlich/Manger-Nestler (Hrsg.), Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke, S. 37 ff., 51; Gärditz in: Löwer aaO S. 49 und in AöR 2010, S. 277; Bauer/Seckelmann, DÖV 2014, 951, 954 f.; Muffler, Regulierung außer Kontrolle?, Rescriptum 2014, 85 ff., 88).

Ungeachtet dessen gilt auch hier, dass mit Art. 37 Abs. 6 EitRL lediglich ein Zustand beschrieben wird, der allein durch die Mitgliedstaaten als Folge der Richtlinienumsetzung sicherzustellen ist (Ludwigs, Die Verwaltung 2011, 41 ff., 63 m.w.N.). Im Einklang damit sieht etwa Art. 3 Abs. 3a der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (RRL TK) explizit vor, dass die im Zuge der Umsetzung von den Mitgliedstaaten zu schaffende behördliche Kompetenz „einer Aufsicht im Einklang mit nationalem Verfassungsrecht nicht entgegen steht“. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in energiewirtschaftlichen Fragen kann sich danach nur auf den Kernbereich der Entscheidung beziehen; insoweit wird die Weisungsfreiheit dadurch abgesichert, dass die energiewirtschaftlichen Entscheidungen von Beschlusskammern getroffen werden, die „justizähnliche Unabhängigkeit“ genießen (§ 59 Abs. 1 EnWG; vgl. dazu BT-Drs. 15/3917, S. 70).

Entgegen der von der Betroffenen geäußerten Einschätzung steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in Widerspruch zu den von ihr angeführten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union. Die zugrundeliegenden Sachverhalte - betreffend die Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien in das schwedische und belgische Energierecht - sind dem deutschen Energiewirtschaftsrecht ersichtlich nicht vergleichbar.

In seinem Urteil vom 29.10.2009 (Rs. C-474/08, von der Betroffenen überreicht als Anlage Bf. 17) hat der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden, dass das Königreich Belgien gegen seine Verpflichtungen aus der Beschleunigungsrichtlinie (Strom) verstoßen hat, da es bestimmte Faktoren, die für die Berechnung der Tarife entscheidend sind, der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde gemäß Art. 23 Abs. 2 BRL entzogen hatte. Der Begründung zufolge war dem König – als Teil der Exekutive und damit einer anderen Behörde – die Befugnis zur Festlegung von Abschreibungskriterien und der Gewinnspanne für bestimmte Investitionen übertragen

worden, wobei die Kommission betont hat, dass die Gewinnspanne ein entscheidender Faktor bei der Festlegung der Tarife ist (EuGH aaO Tz. 24). Eine solche Konstellation liegt mit den hier in Rede stehenden Regelungen, die nur einzelne Parameter im Rahmen der hochkomplexen Anreizregulierung betreffen, ersichtlich nicht vor. Die Regelungen der Netzentgeltverordnungen betreffen nur einzelne Parameter des Ausgangskostenniveaus/der Kostenermittlung nach § 6 ARegV, die in die sehr komplexe Anreizregulierungsmethodik einfließen und die - auch bei einer Gesamtbetrachtung - nicht entscheidende Faktoren der Regulierungsmethodik sind. Dies gilt für die Umrechnung der historischen Anschaffungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter in Tagesneuwerte (relevant für den eigenfinanzierten Anteil der Altanlagen und damit für die Abbildung des Kapitalbedarfs für die Wiederbeschaffung), den EK II-Zinssatz wie auch für den Ansatz von Grundstücken zu historischen Anschaffungskosten. Sie beinhalten lediglich eine – nach der Richtlinie keineswegs ausgeschlossene - gewisse legislative Vorstrukturierung der regulierungsbehördlichen Entscheidungsspielräume (so zutreffend Gärditz aaO S. 63); eine umfassende regulatorische Feinsteuerung des Regulierers, die die Unabhängigkeit der regulierungsbehördlichen Entscheidung berühren könnte, liegt – entgegen den von der Betroffenen gewählten Formulierungen in ihren Vorlagefragen – darin nicht. Im Einklang mit diesem Verständnis wird auch in dem die Vorgaben der Richtlinie zu den Regulierungsbehörden betreffenden Auslegungsvermerk der Europäischen Kommission vom 22.01.2010 unter Ziffer 2.2.3. (S. 7) zu Art. 35 Abs. 4b EltRL erläutert, dass die Richtlinien Strom und Gas der Regierung nicht die Möglichkeit nehmen, ihre nationale Energiepolitik festzulegen und es insoweit - abhängig von der nationalen Verfassung – auch die Zuständigkeit der Regierung sein kann, den politischen Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen die nationale Regulierungsbehörde tätig sein muss, etwa in Bezug auf die Versorgungssicherheit, erneuerbare Energien oder Energie-Effizienzziele. Weiter wird unter Ziffer 4.1.1. (S. 14) herausgestellt, dass die „Kernaufgabe“ der nationalen Regulierungsbehörde der Bestimmung der Netzentgelte den Mitgliedstaat nicht der Möglichkeit beraubt, allgemeine politische Leitlinien herauszugeben, die letztlich von den nationalen Regulierungsbehörden in die Tarifstruktur und die Methodik umgesetzt werden müssen. Diese sollten jedoch nicht in die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde eingreifen oder die Anforderungen der Elt/GasRL und Verordnungen verletzen. Hingegen wäre nach Auffassung der Dienststellen der

Kommission aber z.B. eine Regelung untersagt, durch die die Gewinnspanne im Kostenplus-Tarif direkt vorgegeben wird. Eine derartige Konstellation liegt mit den hier in Rede stehenden Regelungen der Netzentgeltverordnungen nicht vor.

Auch der Hinweis der Betroffenen auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3.12.2009 (C-424/07, Slg. 2009, I-11431-11486) geht fehl. Die Entscheidung besagt schon im Ansatz nichts über die Auslegung der hier in Rede stehenden Richtlinie, weil sie die Vereinbarkeit von § 9a TKG 2004 mit den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 6 und 7 der Richtlinie 2002/21 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 2002/19 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, aus Art. 6 bis 8 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 der Richtlinie 2002/21 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste sowie aus Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten betrifft. Mit der beanstandeten Regelung des § 9a TKG 2004 hatte der Gesetzgeber festgelegt, dass die – im Übrigen von ihm definierten – neuen Märkte grundsätzlich nicht der Regulierung unterliegen. Er hatte damit nicht nur einen Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte eingeführt und etwaige Ausnahmen definiert, sondern überdies umfassend normativ definiert, unter welchen Voraussetzungen neue Märkte vorliegen. Darin liegt nach den Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs ein Eingriff in die Befugnisse der Regulierungsbehörde (EuGH aaO Rn. 78). Die Regelung sei deshalb, soweit mit ihr ein Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte eingeführt werde, nicht mit Art. 16 der Rahmenrichtlinie vereinbar (EuGH aaO Rn. 79). Auch ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor.

In seinem Urteil vom 29.10.2009 (Rs. C-274/08, Slg. 2009, I-10647-10666) hat der Gerichtshof der Europäischen Union u.a. festgestellt, das schwedische Recht habe (seinerzeit) nicht der sich aus der Richtlinie ergebenden Anforderung der Vorhersehbarkeit der Tarife genügt, insbesondere sei der in der Richtlinie vorgesehene Mechanismus der Vorabkontrolle nicht in das innerstaatliche Recht eingeführt worden (EuGH aaO Rn. 41). Der schwedische Rechtsrahmen enthalte nur allgemeine Grundsätze und Kriterien, denen die Netztarife entsprechen müssten, und

damit keine Methode, die es den Wirtschaftsteilnehmern erlaubte, die anzuwendenden Tarife auch nur annäherungsweise vorauszusehen (EuGH aaO Rn. 39). Eine vergleichbare Konstellation, die den Vorwurf der fehlenden Vorabfestlegung rechtfertigen könnte, liegt ebenfalls nicht vor. In Deutschland sind die europarechtlichen Vorgaben – wie bereits ausgeführt wurde - mit dem am 13.07.2005 in Kraft getretenen EnWG 2005 umgesetzt und der Wechsel zum System eines staatlich regulierten Netzzugangs mit einer ex-ante-Kontrolle der Entgelte für den Netzzugang vollzogen worden (vgl. § 23a EnWG, so zuletzt BVerfG, Beschluss vom 26.09.2017 – 1 BvR 1486/16 Rn. 2, RdE 2018, 71 ff.); der Hinweis der Betroffenen auf eine „abweichende Auslegung vom Wortlaut“ der Richtlinie geht fehl. Widersprüche der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Nichtannahmebeschluss vom 21.12.2009 (aaO) zu der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union liegen nach alledem nicht vor.

5.2 Ein Verstoß gegen Art. 37 Abs. 17 EitRL, wie mit der 2./3. Vorlagefrage von der Betroffenen geltend gemacht, ist nicht ansatzweise ersichtlich.

Wie schon ausgeführt, haben die Mitgliedstaaten danach sicherzustellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen. Ohne Erfolg meint die Betroffene, insoweit aus der eingeschränkten Kontrolldichte bei Rechtsverordnungen eine Verkürzung des Rechtsschutzes ableiten zu können. Entscheidend, aber auch ausreichend ist, dass auf nationaler Ebene gemäß §§ 75 ff. EnWG geeignete Verfahren gewährleistet sind, die es den Betroffenen ermöglichen, eine Entscheidung der Regulierungsbehörde und ggf. auch inzident der vom Verordnungsgeber erlassenen Rechtsvorschriften überprüfen zu lassen. Die Art und Weise der richterlichen Kontrolle ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten. Diese bestimmen im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie unter Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes das zuständige Gericht, die Verfahrensart und damit die Art und Weise der richterlichen Kontrolle von Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde, wie der Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Arcor-Entscheidung vom 24.04.2008 (C-55/06 Rn. 163 ff., MMR 2008, 523) betont hat. Daran hat er in dem von der Betroffenen überreichten

Urteil in der Rechtssache Kommission gegen Königreich Belgien (C-474/08) ausdrücklich festgehalten (EuGH aaO Rn. 19 m.w.N.).

Die von der Betroffenen angeführte Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19.03.2015 (C-510/13, juris) rechtfertigt keine abweichende Bewertung. Dieser hat in dem genannten Urteil – bezogen auf die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in Ungarn - u.a. entschieden, dass Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.09.2005 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen in Verbindung mit dem Anhang dieser Verordnung und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einer nationalen Regelung über die Erhebung von Klagen vor dem für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsakten einer Regulierungsbehörde zuständigen Gericht entgegenstehen, nach der einem Wirtschaftsteilnehmer wie der E.ON Földgáz Trade Zrt. „unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens“ keine Befugnis zur Klageerhebung gegen eine Entscheidung der Regulierungsbehörde über den Netzkodex zuerkannt werden kann. Auch diese Entscheidung ist hier ersichtlich nicht einschlägig und rechtfertigt keine abweichende Bewertung.

Das Vorlageersuchen zu Ziffer 3 geht schon deshalb fehl, weil die Regelung in § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV keine Aussage darüber trifft, bis zu welchem Zeitpunkt Einwendungen gegen den Effizienzwert geltend gemacht werden können, wie die Landesregulierungsbehörde zu Recht ausgeführt hat. Ungeachtet dessen ist eine Verkürzung der Rechtsschutzgarantie aber auch nicht erkennbar, ohne dass es entscheidend darauf ankäme, ob die Veröffentlichung des pauschalierten Effizienzwerts eine „Entscheidung einer Regulierungsbehörde“ im Sinne des Art. 37 Abs. 17 EltRL darstellt. Den betroffenen Netzbetreibern ist die Wahl eingeräumt, ob sie die Effizienzwerte mittels eines umfassenden Effizienzvergleichs nach §§ 12 bis 14 ARegV bestimmen lassen oder am vereinfachten Verfahren teilnehmen. Ein Netzbetreiber, der sich für das vereinfachte Verfahren entscheidet, begibt sich der Chance, dass sich im Verfahren nach §§ 12 ff. ARegV ein besserer Effizienzwert für ihn ergeben könnte. Er wird aber zugleich von dem Risiko befreit, dass dieses Verfahren zu einem schlechteren Wert führt. Ob dies sinnvoll ist, kann jeder betroffene Netzbetreiber nach Veröffentlichung des ermittelten Werts innerhalb der in § 24 Abs.

4 ARegV vorgesehenen Frist individuell entscheiden. Hierbei dürfen die Netzbetreiber darauf vertrauen, dass der gemittelte Wert nicht nachträglich zu ihren Ungunsten verändert wird. Sie haben aber kein schützenswertes Interesse daran, dass der Wert nachträglich zu ihren Gunsten korrigiert wird. Vielmehr müssen sie ihre Entscheidung auf der Basis des veröffentlichten Werts treffen (BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – EnVR 17/16 aaO Rn. 103).

Nach alledem hat der Senat keinen Zweifel, dass die Regelungen in §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 StromNEV sowie § 24 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 5 ARegV konform mit der EltRL sind.

6. Änderungshinweis

Mit dem Hinweis in Tenorziffer 7 hat sich die Landesregulierungsbehörde die nachträgliche Abänderung der Erlösobergrenzenfestlegung vorbehalten. Ein solcher Änderungsvorbehalt ist – wie der Senat bereits entschieden hat - rechtswidrig und daher aufzuheben (Senat, Beschluss vom 27.04.2017 - VI-5 Kart 17/15 (V), RdE 2017, 298 Rn. 144 ff.).

7. Verlustenergiekosten

Für eine Entscheidung des Senats über die im Ausgangsniveau zu berücksichtigende Verlustenergiemenge ist – entgegen der von der Betroffenen im Termin geäußerten Auffassung - kein Raum.

Wie sich aus dem Sitzungsprotokoll (dort S. 2) ergibt, haben die Beteiligten den mit der Beschwerde geltend gemachten Beschwerdepunkt „Aufwendungen für Verlustenergie“ – entsprechend der Ankündigung der Landesregulierungsbehörde mit Schreiben vom 16.01.2017 bzw. der Betroffenen mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 24.01.2017 (Bl. 204 f. GA) – übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem der Vertreter der Landesregulierungsbehörde eine Anpassung für den Fall zugesagt hat, dass in dem bei dem Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen EnVR 29/16 anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren zu dem bei dem Senat anhängig gewesenen Musterverfahren VI-5 Kart 2/15 (V) oder in dem von der Betroffenen gegen die Festlegung geführten Beschwerdeverfahren VI-5 Kart 4/15 (V) – bzw. in einem entsprechenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof - zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige

Entscheidung ergeht. Darin liegt entgegen dem von der Betroffenen vorgetragenen Verständnis eine umfassende und abschließende Erledigungserklärung dieses Beschwerdepunkts.

Mit ihrer Beschwerde hatte die Betroffene im Wesentlichen gerügt, die Landesregulierungsbehörde habe die Verlustenergiemengen rechtsfehlerhaft auf das im Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode angefallene Niveau gedeckelt. Diese Deckelung sei nicht sachgerecht, weil sie „nachhaltige, nach dem Basisjahr 2011 nachweislich eintretende“ Mengensteigerungen außer Betracht lasse, ferner müssten die „außerordentlich niedrigen“ Verlustenergiemengen des Basisjahres 2011 als negative Besonderheiten des Basisjahres bereinigt werden, indem „zumindest der Mittelwert“ der Verlustenergiemengen in den Jahren 2012 bis 2016 angesetzt werde (Beschwerdebegründung S. 12, Bl. 60 ff. GA).

Danach resultiert die mit der Beschwerdebegründung gerügte Differenz der Verlustenergiemenge - ... kWh, d.h. dem anerkannten Wert des Basisjahres 2011 anstelle von ca. ... kWh, entsprechend dem von der Betroffenen geltend gemachten Mittelwert – vollständig aus der Vorgabe in Ziffer 2 der Festlegung, die Gegenstand des in dem bei dem Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen EnVR 29/16 anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren zu dem bei dem Senat anhängig gewesenen Musterverfahren VI-5 Kart 2/15 (V) und in dem von der Betroffenen gegen die Festlegung geführten Beschwerdeverfahren VI-5 Kart 4/15 (V) ist. Ziffer 2 der Festlegung bestimmt, dass die ansatzfähige Verlustenergiemenge dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV anerkannten Wert des Basisjahres 2011 entspricht. Weiter ist sie für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode festzusetzen; eine jährliche Anpassung findet nicht statt. Im Einklang damit hatte die Betroffene in der Beschwerdebegründung (dort S. 14 f.) auch selbst auf das „deswegen“ geführte Musterbeschwerdeverfahren hingewiesen, die dort eingereichte Beschwerdebegründung als Anlage Bf. 4 überreicht und sich die darin enthaltenen Ausführungen auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren vollumfänglich zu eigen gemacht (Bl. 65 f. GA). Dem Beschwerdepunkt „Verlustenergie“ hatte sie in ihrem Schriftsatz vom 07.03.2018 - unter Berücksichtigung der angekündigten, uneingeschränkten Erledigungserklärung - keine wirtschaftliche

Bedeutung für das vorliegende Beschwerdeverfahren mehr beigemessen (Bl. 489 GA).

Nach alledem bleibt für die Entscheidung über die von der Betroffenen gerügte Deckelung der Verlustenergiemengen auf ... kWh bzw. ihre Forderung, aufgrund der angeblichen Besonderheit des Basisjahres für das Ausgangsniveau den geltend gemachten Mittelwert der Jahre 2012 bis 2016 in Höhe von ... kWh zu berücksichtigen, kein Raum.

III.

1. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist gemäß § 90 Satz 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene mit ihrer Beschwerde mit Ausnahme des Beschwerdepunkts „Hinweis auf Änderungsbefugnis“ (Tenorziffer 7), dem ein Gegenstandswert von 50.000 € zuzumessen ist (vgl. Senat, Beschluss v. 21.01.2016 – VI-5 Kart 33/14 (V) Rn. 161, juris), keinen Erfolg bzw. die Beschwerde zurückgenommen hat. Soweit die Beteiligten hinsichtlich des EK I-Zinssatzes und hinsichtlich der Aufwendungen für Verlustenergie das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die auf diese Beschwerdepunkte entfallenden Kosten - Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten der Beschwerdeführerin und der Landesregulierungsbehörde – gemäß § 90 EnWG i.V.m. § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO und § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO angesichts des offenen Ausgangs der insoweit anhängigen anderweitigen Verfahren gegeneinander aufzuheben.

Vor diesem Hintergrund entspricht es der Billigkeit, die Kosten des Verfahrens entsprechend der getroffenen Kostenquote den Beteiligten anteilig aufzuerlegen.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde gegen den Bescheid verbundene Interesse der Betroffenen an einer höheren Festsetzung der Erlösobergrenzen bemisst der Senat entsprechend der Berechnungen der Landesregulierungsbehörde vom 09.03.2018 und 20.03.2018. Entgegen der Ansicht der Betroffenen besteht kein Anlass, den für den Beschwerdewert maßgeblichen Erhöhungsbetrag nach einem lediglich um einen Prozentpunkt erhöhten Effizienzwert zu berechnen; da die Betroffene uneingeschränkt Beschwerde erhoben hat, ist für das

Erhöhungsinteresse ein Effizienzwert von 100 % zugrunde zu legen. Der ursprüngliche Beschwerdewert von insgesamt ... € (... € + 50.000 €) reduzierte sich infolge der Teilrücknahme und der übereinstimmenden Erledigungserklärungen auf den Wert der zwischen den Beteiligten noch streitigen Beschwerdepunkte und war mit ... € (... € + 50.000 €) festzusetzen.

3. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen die Entscheidung zugelassen, weil die Vorlagefragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

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 Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. 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).

v. R.

K.

Dr. B.