



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 09.06.2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

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

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

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

Der Beschwerdewert wird auf bis zu ... Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Verfahrensbeteiligten streiten um die Behandlung von Verlustenergiekosten im Rahmen des Regulierungskontos.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Nachdem ihr Versorgungsgebiet zwischenzeitlich mehrere Bundesländer umfasst, fällt sie seit dem 01.01.2014 in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur.

Die Bundesnetzagentur stufte mit der „Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der zweiten Regulierungsperiode“ vom 20.03.2013, Az. BK8-12/011 (im Folgenden: Festlegung volatile Kosten Verlustenergie), Verlustenergiekosten als volatile Kosten ein. Danach haben alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur ab der zweiten Regulierungsperiode, beginnend mit dem 01.01.2014, die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV derart vorzunehmen, dass die Differenz der Verlustenergiekosten zwischen dem Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode und den ansatzfähigen Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethodik kalenderjährlich ergeben, als volatile Kosten berücksichtigt wird (Tenorziffer 1). Die im jeweiligen Kalenderjahr ansatzfähigen Verlustenergiekosten ergeben sich dabei aus dem Produkt des Referenzpreises, anteilig gewichtet aus dem Baseload-Preis zu 76% und dem Peakload-Preis zu 24%, und der ansatzfähigen Menge, die dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus anerkannten Wert des Basisjahres 2011 entspricht (Tenorziffer 2). Ein Ist-Abgleich findet nicht statt (Tenorziffer 3). Zudem bot die Bundesnetzagentur als Option eine freiwillige Selbstverpflichtung an, mit der es ermöglicht wurde, die unter Berücksichtigung von Anreizelementen festgestellten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie für wirksam verfahrensreguliert zu erklären. Infolge der freiwilligen Selbstverpflichtung wären die Kosten der langfristig beschafften Verlustenergiemengen in der Erlösobergrenze mit einem Referenzpreis von 54 Euro berücksichtigt worden. Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schreiben vom 12.12.2013, sich der freiwilligen Selbstverpflichtung zur Verlustenergiebeschaffung für die zweite Regulierungsperiode anzuschließen, was die Bundesnetzagentur unter Verweis auf den Ablauf der von ihr für die Abgabe der freiwilligen Selbstverpflichtung zuletzt bis zum 29.08.2012 gesetzten Frist verweigerte. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beschwerdeführerin wies der Senat durch rechtskräftigen Beschluss vom 12.08.2015 (Az. VI-3 Kart 119/14 [V]) zurück

Die Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode (2014-2018) erfolgte mit Beschluss vom 03.03.2016 (Az. 4-4455.4-4/182) gemäß § 54 Abs. 2 S. 5 EnWG durch die Landesregulierungsbehörde ..., da das Verteilernetz der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Beginns des Verwaltungsverfahrens im Jahr 2012 noch ausschließlich in ... belegen war. Die Landesregulierungsbehörde ... erkannte darin Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie in Höhe eines Betrages von ... Euro an und ließ diese als beeinflussbare Kosten in das Ausgangsniveau nach § 6 ARegV einfließen. In der Anlage „Bestimmung der Erlösobergrenze nach Anlage 1 zu § 7 für die Thüga Energienetze GmbH“ waren die Kostenpositionen „Volatiler Kostenanteil“ und „Volatiler Kostenanteil des Basisjahres“ jeweils mit einem „-“ versehen.

Auf den Antrag der Beschwerdeführerin vom 30.06.2017 hat die Bundesnetzagentur nach Anhörung der Beschwerdeführerin am 17.12.2019 den hier angefochtenen Beschluss zur Genehmigung des Regulierungskontosaldos für die Jahre 2013 bis 2016 sowie zur Verteilung durch Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen der Kalenderjahre 2018 bis 2023 (Az. BK8-17/2915-01) erlassen. Dabei hat sie den Antrag der Beschwerdeführerin u.a. insoweit abgelehnt, als dass sie die zulässigen Erlöse unter Anwendung der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie für das Jahr 2014 um ... Euro, für das Jahr 2015 um ... Euro und für das Jahr 2016 um ... Euro korrigiert hat. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin es versäumt habe, in den Jahren 2014 bis 2016 die Anpassungen nach Maßgabe der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie vorzunehmen, obwohl dies aus der rechtskräftigen Entscheidung des Senats vom 12.08.2015 (Az. VI-3 Kart 119/14 [V]) folge. Dass die Landesregulierungsbehörde ... mit Beschluss vom 03.03.2016 die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als beeinflussbare Kosten eingestuft habe, sperre die Anwendung dieser Festlegung nicht.

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur zu Unrecht davon ausgehe, dass trotz der Einordnung des entsprechenden Kostenanteils in der Festlegung der Erlösobergrenzen als beeinflussbare Kosten bei dem Ausgleich des Regulierungskontos die Festlegung volatile Kosten Verlustenergie beachtet werden müsse. Der entscheidende rechtliche Maßstab für den streitgegenständlichen Beschluss werde in § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV vorgegeben. Durch den dortigen Verweis auf § 4 ARegV werde im Wesentlichen auf die festgelegten Erlösobergrenzen Bezug

genommen. Zulässig in diesem Sinne sei damit eine Kostenart, die in der Festlegung der Erlösobergrenzen für die jeweils maßgebliche Kostenposition dem Grunde nach festgelegt sei. Würden in der Festlegung der Erlösobergrenzen gewisse Kostenpositionen in einem bestimmten Sinne gehandhabt, sei dies im Hinblick auf das „Ob“ der Behandlung der Kostenposition bei dem späteren Ausgleich des Regulierungskontos verbindlich. Es sei nicht die Funktion des Ausgleichs des Regulierungskontos durch die Bundesnetzagentur, die grundsätzliche Handhabung einer Kostenposition in der - der Bestandskraft fähigen - Festlegung der Erlösobergrenzen erneut in Frage zu stellen. Der bestandskräftigen Anerkennung der Verlustenergiekosten als beeinflussbare Kosten in der Festlegung der Erlösobergrenzen könne nicht die Wirkung der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie entgegengehalten werden. Die Verpflichtung in Tenorziffer 1 beziehe sich auf die Anpassung der Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV und gelte damit allein für solche Kostenpositionen, die als volatile Kosten eingestuft seien. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV beziehe sich ausschließlich auf „volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV“, um eine derartige Kostenposition handle es sich aber gerade nicht, weil die Landesregulierungsbehörde die Kostenposition nicht § 11 Abs. 5 ARegV zugeordnet habe. Etwas anders folge auch nicht aus der Rechtskraft des im Verfahren VI-3 Kart 119/14 [V] ergangenen Senatsbeschlusses, da sich diese nur auf die Zurückweisung des Anspruchs auf Erlass einer Festlegung nach § 11 Abs. 2 ARegV, nach der die Kosten für Verlustenergie verfahrensreguliert wären, beziehe. Es komme deshalb nicht darauf an, ob die Ausführungen des erkennenden Senats zum personellen Anwendungs- und Geltungsbereich der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie rechtskraftfähig seien.

Mit der Replik vom 12.04.2021 hat die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie den mit der Beschwerdebegründung zunächst ebenfalls geltend gemachten Beschwerdepunkt „Berücksichtigung insolvenzbedingter Netzentgeltausfälle“ nicht weiterverfolge, mit dem sie sich gegen die Nichtberücksichtigung von ihr geltend gemachter, im Jahr 2013 entstandener insolvenzbedingter Netzentgeltausfälle i.H.v. ... Euro gewandt hatte.

Die Beschwerdeführerin beantragt unter Anpassung des mit der Beschwerdebegründung gestellten Sachantrags infolge der teilweisen Rücknahme der Beschwerde,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des streitgegenständlichen Bescheides vom 17.12.2019 (Az. BK8-17/2915-01) zu verpflichten,

a) den (verzinsten) Saldo zum jeweiligen Jahresende in Abweichung von Anlage 1 Mitte des streitgegenständlichen Beschlusses (unter: Saldo: Regulierungskonto (=Jahresendbetrag + Verzinsung)) wie folgt zu genehmigen:

Kalenderjahr	Saldo
2013	+ ... Euro
2014	+ ... Euro
2015	+ ... Euro
2016	+ ... Euro

b) die Verteilung des Saldos auf die Erlösbergrenzen der angegebenen Jahre wie folgt zu genehmigen:

Kalenderjahr	Zuschlag
2018	+ ... Euro
2019	+ ... Euro
2020	+ ... Euro
2021	+ ... Euro
2022	+ ... Euro
2023	+ ... Euro

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Beschwerde sei bereits unzulässig, da ihr die Rechtskraft des Beschlusses des erkennenden Senats vom 12.08.2015 (Az. VI-3 Kart 119/14 [V]) entgegenstehe. Auch die tragenden Gründe für die Verneinung des Anspruchs nähmen an dessen Rechtskraft teil. Hierzu zähle, dass auf die Beschwerdeführerin die Festlegung volatile Kosten Verlustenergie Anwendung finde und sie damit die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als volatile Kosten zu berücksichtigen habe. Nur so habe der Senat die für den geltend gemachten Anspruch notwendige negative Tatbestandsvoraussetzung nach § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV als nicht erfüllt ansehen können. Darauf, dass Verlustenergiekosten im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen nicht als volatile Kosten anzusehen seien, komme es hingegen nicht an. Da das vorliegende Beschwerdeverfahren das kontradiktorische Gegenteil dessen als Voraussetzung bzw. zum Gegenstand habe, was der erkennende Senat in dem Beschluss im Verfahren VI-3 Kart 119/14 [V] entschieden bzw. in den tragenden Gründen ausgeführt habe, sei die Beschwerde bereits unzulässig.

Sie sei aber auch unbegründet, wie aus der aufgezeigten Bindungswirkung der Entscheidung des erkennenden Senats im vorgenannten Verfahren folge. Die bestandskräftige Festlegung der Erlösobergrenzen durch die Landesregulierungsbehörde stehe dem nicht entgegen, da diese eine Einstufung als volatile Kosten durch sie, die Bundesnetzagentur, nicht ausschließe. Die Kategorie der beeinflussbaren Kosten stehe nicht in einem Alternativverhältnis zur Kategorie der volatilen Kosten. Die Landesregulierungsbehörde habe auch nicht geregelt, dass volatile Kostenanteile nicht bestünden. Den Gründen der Festlegung der Erlösobergrenzen lasse sich hierzu nichts entnehmen. Auch in der Anlage „Bestimmung der Erlösobergrenze nach Anlage 1 zu § 7 ARegV für die Thüga Energienetze“ sei kein Ausschluss volatiler Kostenanteile geregelt. Soweit diese mit null beziffert seien, habe dies mit Blick auf § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV keine Aussagekraft und entspreche auch der Handhabung durch die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur. Eine Konkretisierung der Differenz aus volatilen Kostenanteilen finde bei der Festlegung der Erlösobergrenzen gerade nicht statt, sondern erfolge im Rahmen der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenzen. Zudem sei zweifelhaft, ob der entsprechenden Tabelle eine Regelungswirkung i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG (bzw. LVwVfG ...) zukommen könne. Gegen einen Regelungswillen der Landesregulierungsbehörde, von der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie bzw. dem Senatsbeschluss im Verfahren VI-3 Kart 119/14 [V]

abzuweichen, spreche auch deren infolge des Zeitablaufs nicht mehr bestehende Zuständigkeit für den Regelungsbereich der Festlegung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 EnWG statthaft. Ihrer Zulässigkeit steht die Rechtskraft des Beschlusses des erkennenden Senats vom 12.08.2015 (VI-3 Kart 119/14 [V], BeckRS 2015, 16129) nicht entgegen.

Das Verbot erneuter Verhandlung und Entscheidung über die rechtskräftig entschiedene Sache, das sich aus den im Energieverwaltungsprozess entsprechend anwendbaren Vorgaben zur materiellen Rechtskraft in § 121 VwGO und §§ 322 ff. ZPO ergibt, hat zur Folge, dass eine neue Beschwerde mit identischem Streitgegenstand als unzulässig abzuweisen ist. Die Rechtskraft der Entscheidung aus dem Vorprozess ist von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachten und steht einer erneuten Sachentscheidung als Prozesshindernis entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die materielle Rechtskraft eines Urteils in einem späteren Rechtsstreit allerdings nur dann zur Unzulässigkeit der neuen Klage und deshalb zur Prozessabweisung, wenn die Streitgegenstände beider Prozesse identisch sind oder im zweiten Prozess das kontradiktorische Gegenteil der im ersten Prozess ausgesprochenen Rechtsfolge begehrt wird (BGH, Urteil vom 16.01.2008, XII ZR 216/05, Rn. 22, juris m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall.

Der erkennende Senat hat in seinem Beschluss vom 12.08.2015 (a.a.O. Rn. 37 f.) entschieden, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV hat, nach der die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie einer wirksamen Verfahrensregulierung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV unterliegen. Die Bundesnetzagentur habe eine Teilnahme der Beschwerdeführerin an der freiwilligen Selbstverpflichtung zur Verlustenergieschaffung zu Recht unter Hinweis auf die Sperrwirkung der Festlegung

volatile Kosten Verlustenergie vom 20.03.2013 abgelehnt, so dass gemäß § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV eine Berücksichtigung derselben Kostenanteile als verfahrensregulierte Kosten im Rahmen der Festlegung einer freiwilligen Selbstverpflichtung ausgeschlossen sei. Die Beschwerdeführerin werde vom personellen Anwendungs- und Geltungsbereich der adressatenbezogenen Festlegung erfasst.

Hier liegt allerdings ein anderer, nicht von der Rechtskraft umfasster Streitgegenstand vor. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es um die Behandlung von Verlustenergiekosten im Rahmen des Regulierungskontos. Diese ist durch die rechtskräftigen Feststellungen im Beschluss vom 12.08.2015, zu der als entscheidungserhebliche Vorfrage die Anwendbarkeit der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie auf die Beschwerdeführerin gehört, nicht abschließend vorgegeben. Insoweit hätte es konkreter, der Rechtskraft fähiger Feststellungen zur inhaltlichen Reichweite der Festlegung mit Blick auf das Regulierungskonto bedurft, die der erkennende Senat im vorangegangenen Verfahren nicht getroffen hat.

II. Die Beschwerde ist indes unbegründet.

Zu Recht hat die Bundesnetzagentur den Antrag der Beschwerdeführerin auf Genehmigung des Regulierungskontosaldos teilweise abgelehnt und die zulässigen Erlöse unter Anwendung der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie für das Jahr 2014 um - ... Euro, für das Jahr 2015 um -1 ... Euro und für das Jahr 2016 um - ... Euro korrigiert.

1. Die Bundesnetzagentur ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Anpassungen der Erlösobergrenzen bezüglich der Kosten für Verlustenergie für die Jahre 2014 bis 2016 gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV nach Maßgabe der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie vorzunehmen waren. Nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV erfolgt eine Anpassung der Erlösobergrenze jeweils zum 1. Januar eines Kalenderjahres bei einer Änderung von volatilen Kostenanteilen nach § 11 Abs. 5 ARegV; abzustellen ist dabei auf das Kalenderjahr, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll.

1.1. Dies folgt aus der bereits zitierten rechtskräftigen Entscheidung des Senats vom 12.08.2015 (a.a.O.), durch die bindend festgestellt ist, dass die Beschwerdeführerin dem personellen Anwendungs- und Geltungsbereich der adressatenbezogenen Festlegung volatile Kosten Verlustenergie unterfällt. Sie hat demnach ab der zweiten Regulierungsperiode, beginnend mit dem 01.01.2014, die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV derart

vorzunehmen, dass die Differenz der Verlustenergiekosten zwischen dem Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode und den ansatzfähigen Verlustenergiekosten, wie sie sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethodik kalenderjährlich ergeben, als volatile Kosten berücksichtigt wird.

1.2. Dem kann die Beschwerdeführerin nicht entgegenhalten, dass die hier streitgegenständlichen Kosten für Verlustenergie in der bestandskräftigen Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode durch die Landesregulierungsbehörde als beeinflussbare Kosten berücksichtigt worden sind. Die Behandlung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten bei der Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV steht materiell im Einklang mit der bestandskräftigen Festlegung der Erlösobergrenzen durch die Landesregulierungsbehörde.

1.2.1. Zwar ist zu beachten, dass im Wege der Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV keine Abänderung des der Bestandskraft zugänglichen materiellen Regelungsgehaltes der Festlegung der Erlösobergrenzen erfolgen darf. Die in der Anreizregulierung vorgesehenen Instrumente zur Berücksichtigung tatsächlicher Abweichungen von der im Rahmen des § 6 Abs. 2 ARegV verwendeten Datengrundlage wie die Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 ARegV und die Einstellung in das Regulierungskonto nach § 5 ARegV setzen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze nach § 6 ARegV voraus und dienen im Grundsatz nicht der (wirtschaftlichen) Berichtigung einer fehlerhaften regulatorischen Kostenprüfung (BGH, Beschluss vom 28.6.2011, EnVR 48/10, BeckRS 2011, 18470 Rn. 13). Die Festlegung der Erlösobergrenzen enthält eine abschließende Regelung, auf die im Laufe der Regulierungsperiode aufgebaut wird, indem Anpassungen zugelassen werden; diese Anpassungen berühren jedoch die Rechtswirksamkeit des Festlegungsbescheids nicht, die Rechtskonformität der Anpassungen steht und fällt vielmehr mit ihrer materiellen Übereinstimmung mit den Vorgaben des Festlegungsbescheids (Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Aufl., § 4 Rn. 76). Dies gilt gerade mit Blick auf die in der Festlegung der Erlösobergrenzen vorgenommene Einordnung von Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare, vorübergehend nicht beeinflussbare oder beeinflussbare Kosten. So hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass die Einstufung von Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar im Rahmen einer bestandskräftigen Festlegung der

Erlösobergrenzen nicht ohne förmliche Aufhebung bzw. Änderung des Bescheids erfolgen kann, da die Frage der Einstufung von Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar bei der Festlegung der Erlösobergrenzen für die jeweilige Regulierungsperiode geprüft wird (Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14 [V] Rn. 87 f., juris).

1.2.2. Diese Erwägungen kommen im Streitfall jedoch nicht zur Anwendung. Dass die Berücksichtigung der Kosten für Verlustenergie im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen als beeinflussbare Kosten einer Behandlung als volatile Kosten im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV nicht entgegensteht, folgt aus der besonderen Rechtsnatur der volatilen Kosten.

1.2.2.1. Die volatilen Kosten stehen nicht - wie die Bundesnetzagentur zutreffend geltend macht - in einem Alternativverhältnis zur Kostenart der beeinflussbaren Kosten. Die erst nachträglich mit der Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts und Bergrechts vom 03.09.2010 eingeführten volatilen Kosten stellen vielmehr eine gemeinsame Untergruppe der beeinflussbaren oder vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile dar (Säcker/Sasse in: BerlKomm-EnR, 4. Aufl., § 11 ARegV Rn. 94; Hummel in: Theobald/Kühling, Energierecht, 108. EL, § 11 ARegV Rn. 122; noch offengelassen durch Senat, Beschluss vom 13.11.2013, VI-3 Kart 19/13 [V] Rn. 33, juris). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV, wonach andere beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, insbesondere Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden kann, als volatile Kostenanteile gelten, soweit die Regulierungsbehörde dies nach § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festgelegt hat.

Die volatilen Kosten fließen mit ihrer Höhe im Basisjahr (Sockelkosten) in den Effizienzvergleich ein, d.h. die Sockelkosten der volatilen Kostenanteile finden sich somit in der Erlösobergrenze mit unter den beeinflussbaren Kosten (ineffiziente Kosten) - wie im Streitfall - oder mit unter den vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten (effiziente Kosten). Eine besondere Berücksichtigung der volatilen Kosten ergibt sich erst bei der Behandlung von Veränderungen der Höhe der volatilen Kosten während der Regulierungsperiode gegenüber der Höhe im Basisjahr: Insoweit werden die volatilen Kosten wie dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten behandelt, da diese

Kostendifferenz wie bei dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen jährlich gemäß § 4 Abs. 3 ARegV in der Erlösobergrenze nachgetragen wird (Hummel in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 11 ARegV Rn. 120 ff.; ebenso Senat, a.a.O., Rn. 31). Der Verordnungsgeber geht bei volatilen Kosten mithin einerseits von einer Beeinflussbarkeit zumindest des grundsätzlichen Niveaus der Kosten aus, über die eine Berücksichtigung im Effizienzvergleich sowie ggfs. eine Anwendung darüberhinausgehender Anreizmechanismen begründbar ist, und andererseits von einer nicht beeinflussbaren und auch nicht zumutbaren Volatilität der Kosten (Säcker/Sasse in: BerlKomm-EnR, a.a.O., § 11 ARegV Rn. 95). Sachlicher Grund für diese Einstufung ist der Umstand, dass eine hohe Volatilität eines einzelnen Kostenanteils zu einer erheblichen wirtschaftlichen Mehrbelastung des betreffenden Netzbetreibers führen kann, die von ihm - wenn er nicht die Möglichkeit zu einer Anpassung der Erlösobergrenze hätte - zu tragen wäre, obwohl die tatsächliche Höhe der Kosten überwiegend nicht seinem Einflussbereich unterliegt; dies kann die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebs verringern. Außerdem bestimmt § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden dürfen. Damit soll gewährleistet werden, dass der Effizienzgedanke der Anreizregulierung auch für volatile Kostenanteile unverändert gilt (BR-Drs. 312/10(B), S. 17; BGH, Beschluss vom 07.06.2016, EnVR 62/14 Rn. 19).

1.2.2.2. Aus dieser anreizregulatorischen Einstufung der volatilen Kosten, die erst bei der Behandlung von Veränderungen ihrer Höhe während der Regulierungsperiode gegenüber der Höhe im Basisjahr zum Tragen kommt, folgt, dass durch die Berücksichtigung bestimmter Kosten als beeinflussbare Kosten in der Festlegung der Erlösobergrenzen keine abschließende Zuordnung der Kostenart zu den beeinflussbaren Kosten vorgenommen wird, die einer Berücksichtigung als volatile Kosten im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 5 ARegV - entgegenstehen würde. Deshalb folgt auch aus der Bezugnahme auf § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV in Tenorziffer 1 der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie nicht, dass die dortigen Vorgaben an die Einstufung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten in der Festlegung der Erlösobergrenzen anknüpfen, wie die Beschwerdeführerin meint. Die Festlegung verpflichtet die adressierten Elektrizitätsverteilernetzbetreiber lediglich zur Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach Maßgabe der Festlegung

und trifft folgerichtig selbst keine Vorgaben zur Behandlung im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen.

1.2.3. Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Landesregulierungsbehörde trotz der aufgezeigten Besonderheiten der volatilen Kosten in der Festlegung der Erlösobergrenzen verbindlich und abschließend hätte entscheiden wollen, dass eine Einstufung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten für die Dauer der Regulierungsperiode ausgeschlossen ist, liegen nicht vor.

1.2.3.1. Hiergegen spricht maßgeblich, dass die Landesregulierungsbehörde infolge des Wechsels der Beschwerdeführerin in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zum 01.01.2014 nur noch für die Festlegung der Erlösobergrenzen gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV zuständig war, nicht aber für Festlegungen zu den volatilen Kostenanteilen nach § 11 Abs. 5 ARegV gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV. Anlass, in den Regelungsbereich der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie der Bundesnetzagentur einzugreifen, deren persönliche Anwendbarkeit auf die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Festlegung der Erlösobergrenzen zudem bereits rechtskräftig bestätigt war, bestand für die Landesregulierungsbehörde deshalb im Ausgangspunkt nicht. Hätte sie vor diesem Hintergrund eine Sperrwirkung der Erlösobergrenzenfestlegung mit Blick auf die Festlegung volatile Kosten Verlustenergie begründen wollen, wäre zu erwarten gewesen, dass sie dies explizit und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hätte. Dies ist jedoch unstreitig nicht geschehen.

1.2.3.2. Deshalb lässt auch der Umstand, dass die Landesregulierungsbehörde in der Festlegung der Erlösobergrenzen die anerkennungsfähige Verlustenergiemenge entsprechend den Netzlängen in der Schweiz bzw. in Deutschland aufgeteilt und den Beschaffungspreis für den Netzteil in der Schweiz um 10 % erhöht hat, keinen Schluss auf eine von der Landesregulierungsbehörde beabsichtigte Sperrwirkung mit Blick auf die Festlegung volatile Kosten Verlustenergie zu. Zwar kann sich, wie von der Beschwerdeführerin im Verhandlungstermin geltend gemacht, diese Erhöhung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie bei Anwendung der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie auf die Beschwerdeführerin für diese letztlich nachteilig auswirken, weil diese höheren Kosten im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen nicht nachgefahren werden, gleichzeitig aber den Effizienzvorgaben unterliegen. Angesichts der klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen der noch allein

für die Festlegung der Erlösobergrenzen zuständigen Landesregulierungsbehörde und der für Entscheidungen im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 2 bis 5 ARegV zuständigen Bundesnetzagentur kann aber nicht angenommen werden, dass die Landesregulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung über die Höhe der anererkennungsfähigen Kosten bereits die Konsequenzen, die sich im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen ergeben könnten und über die sie selbst nicht zu entscheiden hat, vollumfänglich gewürdigt und einbezogen hat.

1.2.3.3. Schließlich lässt die Tatsache, dass in der Anlage 1 zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode als „volatiler Kostenanteil“ bzw. „volatiler Kostenanteil des Basisjahres“ jeweils keine Angaben gemacht sind („-“), keine Rückschlüsse für die Behandlung einzelner Kosten als volatile Kosten im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen zu. Da nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV hinsichtlich der volatilen Kosten eine jährliche Anpassung der Erlösobergrenzen durch den Netzbetreiber stattfindet und eine Konkretisierung der Differenz aus volatilen Kostenanteilen bei der Festlegung der Erlösobergrenzen nicht stattfindet, ist eine Bezifferung schon in der Festlegung der Erlösobergrenzen selbst nicht erforderlich. Die Bundesnetzagentur hat insoweit unbestritten vorgetragen, dass auch die Beschlusskammer 8 in ihren Bescheiden zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Strom unter der Kostenposition „volatile Kostenanteile“ stets eine „Null“ ausgewiesen habe, obwohl sie Verlustenergiekosten gemäß der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie als volatile Kostenanteile einstuft. Einer ausdrücklichen Erwähnung der Erforderlichkeit einer jährlichen Anpassung in Bezug auf etwaige volatile Kostenanteile bedurfte es nach alledem in der Festlegung der Erlösobergrenzen nicht.

2. Die Bundesnetzagentur war im Rahmen der Genehmigung des Regulierungskontosaldos 2013 bis 2016 und der Verteilung durch Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen auch zu einer Prüfung und Korrektur der Anpassungen der Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV auf ihre materielle Übereinstimmung mit den Vorgaben des Festlegungsbescheids über die Erlösobergrenzen berechtigt.

Die hier streitgegenständliche Anpassung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV jährlich zum 1. Januar erfolgt selbstständig durch den Netzbetreiber ohne Mitwirkung der Regulierungsbehörde (§ 4 Abs. 3 S. 2 ARegV). Diese wird vom Netzbetreiber nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 ARegV lediglich über die Anpassung in Kenntnis

gesetzt. Eine verpflichtende Rechtmäßigkeitsprüfung durch die Regulierungsbehörde ist in diesem Rahmen nicht vorgesehen. Die vom Verordnungsgeber allein vorgesehene Mitteilungspflicht ermöglicht allenfalls ein Einschreiten der Regulierungsbehörde bei unrechtmäßigen Anpassungen der Erlösobergrenze mit dem allgemeinen energiewirtschaftlichen Aufsichtsinstrumentarium - also etwa nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG oder nach § 65 Abs. 1 EnWG -. Zudem kann die Regulierungsbehörde Festlegungen zur Anpassung nach Absatz 3 treffen (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV) und dadurch die Vorgehensweise der Netzbetreiber im Vorhinein kanalisieren (Schütte in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 4 Rn. 80). Allein der Umstand, dass die Bundesnetzagentur keine Aufsichtsmaßnahmen ergreift, kann allerdings keine bestandskräftige oder bestandskraftähnliche Wirkung mit Blick auf die Rechtmäßigkeit der Anpassung begründen.

Die Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 5 ARegV, die einerseits der Abbildung von Mengenabweichungen und andererseits von Differenzen aus dem Plan-Ist-Kostenabgleich dient, erfolgt demgegenüber zwar zunächst durch den Netzbetreiber, der den Saldo des Regulierungskontos ermittelt. Der Saldo ist jedoch auf Antrag des Netzbetreibers (§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1a ARegV), der verpflichtend einmal jährlich zum 30. Juni des Kalenderjahres zu stellen ist (§ 4 Abs. 3 S. 3 ARegV), durch die Regulierungsbehörde nach § 5 Abs. 3 ARegV zu genehmigen, und unterliegt insoweit einer Rechtmäßigkeitsprüfung. Die Genehmigung der Regulierungsbehörde erstreckt sich dabei inhaltlich unter anderem auf einen nachträglichen Abgleich der tatsächlich entstandenen Ist-Kosten mit den Plan-Kosten, die sich im Rahmen der selbstständigen Anpassung der Erlösobergrenze durch den Netzbetreiber ergeben haben.

Es ist deshalb systematisch geboten, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Prüfung des Regulierungskontosaldos auch die vom Netzbetreiber vorgenommenen Anpassungen der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 ARegV auf ihre materielle Rechtmäßigkeit prüft und insoweit fehlerhafte Anpassungen korrigiert. Eben dies ist im Streitfall geschehen, wobei den Vorgaben der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie ohnehin lediglich bei der Anpassung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 3 ARegV Rechnung zu tragen war. Ein Plan-Ist-Kosten-Abgleich ist in Tenorziffer 3 der Festlegung ausdrücklich ausgeschlossen worden, weil er der durch die Festlegung intendierten Anreizwirkung entgegenliefe.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 S. 2 EnWG.

Die Festsetzung des Beschwerdewertes im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Da durch die Reduzierung des Gesamtbeschwerdewertes von ... Euro, von dem ... Euro auf den Beschwerdepunkt „Verlustenergiekosten“ und ... Euro auf den Beschwerdepunkt „insolvenzbedingte Forderungsausfälle“ entfallen, auf ... Euro infolge der teilweisen Rücknahme kein Gebührensprung ausgelöst worden ist, konnte ein einheitlicher Beschwerdewert von bis zu ... Euro festgesetzt werden.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung nicht zugelassen, weil die hierfür in § 86 Abs. 2 EnWG normierten Voraussetzungen nicht vorliegen. Insbesondere kommt der Entscheidung keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG zu. Die wesentliche Rechtsfrage, ob die Berücksichtigung bestimmter Kosten in der Festlegung der Erlösobergrenzen als beeinflussbare Kosten eine Einordnung dieser Kosten als volatile Kosten im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen sperrt, ist bereits hinreichend durch die Vorgaben der ARegV geklärt. Im Übrigen handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Nichtzulassungsbeschwerde 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 Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 87 Abs. 4 Satz 1, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

Orlik