



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 12.09.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg

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

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 20.10.2017 (BK8-16/1294-21) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

#### Gründe:

##### A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in Frankfurt am Main und im Umland. Mit Beschluss vom 09.12.2014 (BK8-12/1294-11) legte die Bundesnetzagentur die Obergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Strom (2014 bis 2018) fest.

Am 28.06.2013 hatte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors mit Wirkung ab dem 01.01.2014 für die Jahre 2014-2018 gestellt. Gegenstand dieses Antrags war u.a. eine Erhöhung der Parameterwerte für die Jahreshöchstlast gegenüber dem Basisjahr 2011. Zur Begründung hatte die Beschwerdeführerin angegeben, dass sich die Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus der Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung von ... kW im Basisjahr auf ... kW im Jahr 2012 und aus der Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung von ... kW im Basisjahr auf ... kW im Jahr 2012 erhöht habe. Mit Beschluss vom 30.06.2017 (BK8-13/1294-21) gab die Bundesnetzagentur dem Antrag überwiegend statt und erkannte einen Erweiterungsfaktor i.H.v. .... an, wobei die von der Beschwerdeführerin beantragten Werte zur Jahreshöchstlast unverändert zugrunde gelegt wurden. Der Beschluss ist bestandskräftig.

Unter dem 30.06.2014 stellte die Beschwerdeführerin einen weiteren Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors mit Wirkung zum 01.01.2015 für die Jahre 2015-2018 (BK8-14/1294 - 21). In dem Antrag legte sie für die Ermittlung der Erhöhung der Jahreshöchstlast ebenfalls die Werte aus dem Jahr 2012 zugrunde. Nachdem die Bundesnetzagentur darauf hingewiesen hatte, dass für den Antrag nicht die Parameterwerte des Jahres 2012, sondern die des Zeitraums vom 01.01.2013 bis zum 30.06.2014 maßgeblich seien und bei Zugrundelegung dieser Werte der Erweiterungsfaktor niedriger ausfalle als der mit Beschluss vom 30.06.2017 bereits anerkannte, nahm die Beschwerdeführerin ihren Antrag zurück.

Am 30.06.2015 beantragte sie erneut eine Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktor mit Wirkung zum 01.01.2016 für die Jahre 2016-2018. Für die Ermittlung der Erhöhung der Jahreshöchstlast nahm sie Bezug auf die Werte aus dem Jahr 2012. Die Bundesnetzagentur wies wiederum darauf hin, dass für den Antrag nicht die Parameterwerte des Jahres 2012, sondern die des Zeitraums vom 01.01.2014 bis zum 30.06.2015 maßgeblich seien. Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin hilfsweise, für beide Umspannebenen Jahreshöchstlastwerte aus

dem Jahr 2015 anzusetzen, die jeweils niedriger ausfielen als die entsprechenden Werte aus dem Jahr 2012. Mit Beschluss vom 25.08.2017 (BK8-15/1294-21) erkannte die Bundesnetzagentur unter Ansatz der Werte aus dem Jahr 2015 einen Erweiterungsfaktor i.H.v. ... an. Die Berücksichtigung der Parameterwerte aus dem Jahr 2012 lehnte sie dagegen ab. Auch dieser Beschluss ist bestandskräftig.

Am 30.06.2016 stellte die Beschwerdeführerin den streitgegenständlichen Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors mit Wirkung zum 01.01.2017 für die Jahre 2017 und 2018. Auch diesem Antrag hatte sie für die Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus der Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung den Wert aus dem Jahr 2012 (... kW) zu Grunde gelegt. Mit Schreiben vom 11.05.2017 änderte sie ihren Antrag dahingehend, dass sie für die Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus der Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung den am 24.06.2016 gemessenen Wert i.H.v. ... kW angab. Im Hinblick auf die Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung setzte sie als Jahreshöchstlast den Wert aus dem Jahr 2012 (... kW) an, hilfsweise den am 25.11.2015 gemessenen Wert (... kW).

Diesem Antrag gab die Bundesnetzagentur mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 20.10.2017 (BK8-16/1294-21) nur teilweise statt, indem sie für die Jahre 2017 bis 2018 einen Erweiterungsfaktor in Höhe von 1,0109 festsetzte. Sie lehnte den Antrag insoweit ab, als darin für die Jahreshöchstlast der Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung der Parameterwert aus dem Jahr 2012 zugrunde gelegt worden war.

Am 30.06.2017 beantragte die Beschwerdeführerin die Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors für das Jahr 2018 (BK8-17/1294-21) unter Ansatz des Wertes aus dem Jahr 2016 für die Jahreshöchstlast der Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung und des Wertes aus dem Jahr 2012 für die Jahreshöchstlast der Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung. Über diesen Antrag hat die Bundesnetzagentur bislang noch keine Entscheidung getroffen.

Mit der Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die teilweise Ablehnung ihres Antrags vom 30.06.2016. Sie ist der Auffassung, dass der Parameterwert für die Jahreshöchstlast mittels einer auf die gesamte Regulierungsperiode abstellenden Betrachtung zu ermitteln sei. Danach sei der Wert der Jahreshöchstlast im Jahr 2012 heranzuziehen, da dieser auch noch im

Antragszeitpunkt die Kosten der durch ihn veränderten Versorgungsaufgabe maßgeblich treibe. Unter Bezugnahme auf ihre Argumentation im Verwaltungsverfahren macht sie geltend, dass eine Netzdimensionierung auf der Basis einer mehrjährigen Betrachtung der Jahreshöchstlast notwendig sei, um die Versorgung durchgehend sicherzustellen. Würde in einem Jahr eine hohe Jahreshöchstlast in Anspruch genommen, müsse diese bereits zuvor vom Netzbetreiber installiert gewesen sein. Dieser könne nicht mit dem Ausbau warten, bis die jeweilige Höchstlast realisiert werde. Berücksichtige der Erweiterungsfaktor nur die jeweilige Höchstlast eines Jahres, würden in diesem Jahr nur die entsprechenden Kostenanteile an dem faktisch vorhandenen und für eine hohe Jahreshöchstlast dimensionierten Netz durch den Erweiterungsfaktor gedeckt. Da die Kostenstruktur eines Netzes jedoch überwiegend aus Fixkosten bestehe, habe der Netzbetreiber auch in Jahren mit niedrigerer Höchstlast diese Kosten zu tragen. Daher sei es sachlich geboten, dass die fixen Kosten zumindest annähernd über die „höchste Höchstlast“ aus mehreren Jahren gedeckt würden. Aus Gründen der Praktikabilität biete sich insoweit der Ansatz des höchsten Wertes einer Regulierungsperiode an.

Darüber hinaus zeige sich empirisch, dass es sich bei der Höchstlast von 2012 keineswegs um einen einmaligen Sondereffekt gehandelt habe. Das Netz müsse demnach mindestens auf diese Höchstlast ausgelegt sein, um auch kommende Höchstlasten bewältigen zu können.

Die Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach der Parameterwert jahresscharf zu ermitteln sei, gehe fehl. Eine an Wortlaut, Systematik und Regelungszweck orientierte Auslegung des § 10 ARegV ergebe, dass die dort genannten Parameter periodenbezogen zu ermitteln seien. Der Wortlaut des § 10 ARegV und der Anl. 2 zu § 10 ARegV sprächen für eine periodenbezogen Ermittlung. Die Formel in Anl. 2 belege, dass die Befüllung des Parameters mit einem tatsächlichen Wert nicht jahresbezogen mit den Wert des Jahres  $t$  erfolgen könne, sondern zwangsläufig der Wert der im Jahr  $t$  tatsächlich vorzuhaltenden Netzkapazität einzusetzen sei. In der Formel kämen nur die Parameter  $L_t$  bzw.  $L_0$  vor, jedoch nicht  $L_{t-1}$ , so dass entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur in die Formel nicht die Werte des Jahres  $t-1$  eingesetzt werden könnten.

Entscheidend für die Ermittlung des Erweiterungsfaktors sei gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV lediglich, dass sich die Parameter im Antragszeitpunkt geändert hätten.

Während nach dem Antragszeitpunkt eingetretene Änderungen der Parameter nicht berücksichtigt würden, stehe der Berücksichtigung eines früheren Zeitpunkts nichts entgegen. Der angeordnete Vergleich beziehe sich auf die Versorgungssituation im Basisjahr und dem Jahr  $t$ , in dem der Erweiterungsfaktor Anwendung finden solle, so dass jede in der Zwischenzeit eingetretene Änderung für die Bestimmung des Erweiterungsfaktors relevant sein könne. Die Auffassung der Bundesnetzagentur führe zu widersprüchlichen Ergebnissen. So betrachte sie im Hinblick auf die Jahreshöchstlast schon nicht die Werte eines Kalenderjahres, sondern die Werte bis zum 30. Juni des Antragsjahres  $t-1$  sowie des Vorjahres  $t-2$ . Zudem komme es in dem Berechnungsmodell der Bundesnetzagentur zu einem sechsmonatigen „Überlappungszeitraum“, dessen Daten für zwei Anträge Verwendung finden könnten. Soweit die Bundesnetzagentur erkenne, dass ein strenger jahresscharfer Ansatz zu unbilligen Ergebnissen führen könne, ziehe sie daraus den falschen Schluss. Ihr inkonsistent angewandtes Berechnungsmodell sei nicht durch die Heranziehung des Jahres  $t-2$  zu korrigieren, sondern müsse auf eine periodenbezogene Betrachtung umgestellt werden.

Dafür spreche auch die Systematik der ARegV. Beim Kapitalkostenaufschlag werde der gesamte Zeitraum nach dem Basisjahr betrachtet. § 10a ARegV ersetze § 10 ARegV mit dem alleinigen Ziel, den Zeitverzug bei der Anwendung des § 10 ARegV zu eliminieren. Insofern ergebe sich aus der Neuregelung, wie die Vorgängerregelung richtigerweise auszulegen sei. Ein weiterer systematischer Beleg für eine periodenübergreifende Betrachtung folge aus den Regelungen zur Anpassung der Erlösobergrenzen. Während nach § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen wegen eines Erweiterungsfaktors einmal jährlich gestellt werden könne, sei der Antrag auf Anpassung wegen Veränderung des Regulierungskontos obligatorisch und führe zu einer jahresscharfen Anpassung der Erlösobergrenzen. Dies sei bei einer optionalen Anpassung offensichtlich nicht gewollt. Insbesondere gebe es bei einem Absinken des jeweiligen Parameters keine Anpassungspflicht. Dies spreche gleichfalls gegen eine jahresscharfe Betrachtung, zumal der Verordnungsgeber eine Veränderung der Parameterwerte ohne jahresscharfe Abbildung in der Erlösobergrenze hinnehme. Regulativ bestehe kein Bedürfnis, den Netzbetreiber mit dem älteren Parameterwert zu präkludieren.

Schließlich spreche die ratio des § 10 ARegV eindeutig für eine periodenbezogene Betrachtung. Das Regelungskonzept des § 10 ARegV beruhe auf der Erwägung, dass

nachhaltige Änderungen in der Versorgungsaufgabe zusätzliche Investitionen erforderten und deshalb zu zusätzlichen Kosten führten. Die in § 10 Abs. 2 ARegV genannten Parameter stellten dominante Einflussfaktoren der Versorgungsaufgabe auf die Netzkosten dar. Danach bedinge ein Zuwachs der Parameter einen analogen Zuwachs an Netzkosten. Die Umsetzung dieses Regelungskonzept bei der Berechnung des Erweiterungsfaktors müsse sicherstellen, dass der Netzbetreiber die zusätzlichen Kosten auch tatsächlich refinanzieren könne. Dem widerspräche der jahresscharfe Ansatz, indem er § 10 ARegV einen Sanktionscharakter verleihe. Wenn sie den Antrag nach § 10 ARegV bereits für das Jahr 2013 gestellt hätte, wäre der diesem Antrag zugrunde zu legende Wert der Jahreshöchstlast aus März 2012 mangels Anpassungspflicht an sinkende Jahreshöchstlastwerte in den Folgejahren weiter fortzuführen gewesen. Auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei maßgeblich, dass die tatsächliche Änderung der Versorgungsaufgabe entsprechend in der Erlösobergrenze abgebildet werde. Angesichts dessen komme es entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht darauf an, dass der Parameter Jahreshöchstlast gesunken sei. Die Gesamtkosten blieben durch den einmaligen Spitzenlastwert gleich hoch. Die aufgrund der Veränderungen im Jahr 2012 erforderlichen Netzausbaumaßnahmen ließen sich nicht wieder rückgängig machen und müssten refinanziert werden. Obwohl der Erweiterungsfaktor pauschal ermittelt werde, solle er die durch die Veränderung eines der Parameter eingetretenen zusätzlichen Kosten kompensieren.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Beschluss vom 20. Oktober 2017 (BK8-16/1294-21) aufzuheben und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe.

Die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors in dem von begehrten Umfang. Bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors seien vielmehr die im Antragszeitpunkt aktuellsten verfügbaren Parameterwerte zugrunde zu legen.

Dies folge bereits aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 ARegV. Danach sei maßgeblicher Stichtag für die Berücksichtigung der Änderungen der Strukturparameter der Zeitpunkt der Antragstellung. Für den Parameter Jahreshöchstlast könne, anders als bei den anderen Parametern, kein Wert zum Stichtag 30.06. ermittelt werden, weil es sich um eine jahresbezogene Größe handele. Für diesen Parameter seien somit die Werte des Antragsjahres heranzuziehen. Da im Zeitpunkt der Antragstellung für das Antragsjahr jedoch nur Lastwerte für das erste Halbjahr vorlägen und Jahreshöchstwerte häufig erst im 2. Halbjahr aufträten, sei für diesen Parameter grundsätzlich auf die Werte aus dem letzten abgeschlossenen Kalenderjahr vor Antragstellung bzw. eine im Antragsjahr gemessene höhere Last abzustellen. Eine Berücksichtigung höherer Parameterwerte aus Jahren zwischen dem Basisjahr und dem Antragsjahr sehe der Wortlaut der Vorschrift nicht vor.

Auch die Formel in Anlage 2 spreche nicht für eine periodenbezogene Betrachtung. Mit dem Index „t“ sei noch keine Aussage dazu verbunden, welcher Bezugszeitraum für ein in der Formel mit „t“ bezeichnetes Element zur Anwendung komme. Dies bestimme sich ausschließlich nach §§ 4 und 10 ARegV. Diese Regelungen stellten indes auf die aktuellsten im Antragszeitpunkt verfügbaren Werte ab.

Auch aus der Systematik der §§ 4 und 10 ARegV und dem Gebot angemessener Netzentgelte im Sinne des § 21 EnWG ergebe sich die von ihr vorgenommene antragsbezogene Betrachtung. Ein Antrag auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors könne jedes Jahr neu gestellt werden, um Änderungen der Versorgungsaufgabe zeitnah berücksichtigen zu können, so dass auch die aktuellsten Parameterwerte für die Ermittlung maßgeblich sein müssten. Der Vergleich erfolge stets zum Basisjahr. Es sei daher nach der Systematik des Erweiterungsfaktors auch nicht ausgeschlossen, dass sich der in einem früheren Jahr gewährte Erweiterungsfaktor wieder reduziere, wenn ein Parameterwert im Antragsjahr gegenüber dem früheren Jahr, für das ein Erweiterungsfaktor gewährt worden sei, gesunken sei.

Der Umstand, dass der Antrag einmal jährlich gestellt werden könne, aber nicht müsse, spreche ebenfalls nicht gegen eine antragsbezogene Betrachtung. Insbesondere sei

die Beschwerdeführerin nicht präkludiert, denn der Wert aus dem Jahr 2012 hätte ohne Folgeanträge für die Regulierungsperiode Anwendung gefunden. Ferner überzeuge der systematische Vergleich mit § 10 a ARegV nicht. Während § 10 a ARegV ausdrücklich auf die Kapitalkosten Bezug nehme, stelle § 10 ARegV nicht auf eine Erhöhung von Kosten, sondern auf eine Änderung der Versorgungsaufgabe ab.

Zudem entspreche die von der Beschwerdeführerin begehrte periodenbezogene Betrachtung nicht dem Sinn und Zweck des Erweiterungsfaktors. Dieser nehme pauschal Änderungen der Versorgungsaufgabe in den Blick, was für die Verteilernetzbetreiber zu einer Art „Mischkalkulation“ und damit zu einer insgesamt angemessenen Refinanzierung führe. Dem pauschalen Ansatz seien Über- und Unterdeckungen der tatsächlichen Kosten immanent.

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

## **B.**

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

**I.** Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors in dem von ihr begehrten Umfang.

Die Bundesnetzagentur hat bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors mit Wirkung zum 01.01.2017 für die Jahre 2017 und 2018 rechtsfehlerfrei für die Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus der Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung den von der Beschwerdeführerin hilfsweise beantragten Parameterwert aus dem Jahr 2015 und nicht den Parameterwert aus dem Jahr 2012 angesetzt.

**II.** Gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 ARegV wird eine während der Regulierungsperiode eingetretene nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe durch einen Erweiterungsfaktor berücksichtigt. Nach § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV liegt eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe vor, wenn sich die dort in Nr. 1-4 genannten Parameter im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben. Zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors sind die Parameter Fläche des versorgten Gebietes (§ 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ARegV), die Anzahl der Anschlusspunkte (§ 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ARegV), die Jahreshöchstlast (§ 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ARegV) sowie die Anzahl der Einspeisepunkte nach der konkretisierenden Festlegung zur Verwendung



anderer Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors nach § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ARegV heranzuziehen. Die Ermittlung des Erweiterungsfaktors erfolgt gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 ARegV nach den Formeln in Anl. 2 zu ARegV.

Bei der Anwendung der Formeln und damit bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors hat die Bundesnetzagentur zu Recht angenommen, dass für die Berechnung jeweils die Strukturparameter Fläche, Anschlusspunkte, Einspeisepunkte und Jahreshöchstlast aus dem Antragsjahr heranzuziehen und diese mit den Parametern des Basisjahres ins Verhältnis zu setzen sind. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war auch für den Parameter Jahreshöchstlast keine periodenübergreifende Betrachtung vorzunehmen und damit nicht – wie die Beschwerdeführerin geltend macht - der in der Periode gemessene Höchstwert aus dem Jahr 2012 heranzuziehen, sondern ebenso wie bei den anderen Parametern auf die im Antragszeitpunkt aktuellsten verfügbaren tatsächlichen Werte abzustellen.

Dies legen nicht nur der Wortlaut des § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV und die Fassung der in Anlage 2 enthaltenen Formeln nahe, sondern folgt insbesondere aus der Systematik und der ratio der Vorschrift.

**1.** Ausweislich des Wortlauts des § 10 Abs. 2 S. 1 ARegV ist der Ansatz eines Parameters aus einem beliebigen Jahr zwischen dem Basisjahr und dem Jahr t nicht vorgesehen. Danach liegt eine nachhaltige „Änderung der Versorgungsaufgabe vor, wenn sich einer oder mehrere Parameter **im** und nicht **bis zum** Antragszeitpunkt geändert haben.

**2.** Aus den Formeln zur Berechnung des Erweiterungsfaktors geht hervor, dass die Parameterwerte des Antragszeitpunkts mit den entsprechenden Werten des Basisjahres ins Verhältnis zu setzen sind. Die Formeln sind so konstruiert, dass sie die relativen Veränderungen der berücksichtigten Parameter gegenüber dem Basisjahr als Faktoren darstellen, die unter Verwendung einer spezifischen Gewichtung zu einem Erweiterungsfaktor aggregiert werden. Dass ein Vergleich des betrachteten Jahres t (Jahr, für das der Erweiterungsfaktor gelten soll bzw. Wirkung entfaltet) zum Basisjahr erfolgt, ergibt sich daraus, dass ausweislich der Erläuterung und Definitionen zu den Formeln in die Berechnung jeweils die Parameter im Basisjahr (Fläche gleich  $F_{0,1}$ , Anzahl der Anschlusspunkte gleich  $AP_{0,1}$ , Höhe der Last gleich  $L_{0,1}$ ) sowie im Jahr t der jeweiligen Regulierungsperiode (Fläche gleich  $F_{t,1}$ , Anzahl der Anschlusspunkte gleich  $AP_{t,1}$ , Höhe der Last gleich  $L_{t,1}$ ) eingestellt werden.

**2.1.** Gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV muss der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen wegen eines Erweiterungsfaktors bis zum 30. Juni des Kalenderjahres für das folgende Kalenderjahr gestellt werden. Da die Antragstellung bis zum 30.06. des Vorjahres erfolgen muss und die Berücksichtigung von Planwerten ausscheidet, setzt die Bundesnetzagentur für die Parameter Fläche, Anschlusspunkte und Einspeisepunkte die Werte an, wie sie im Antragszeitpunkt, d.h. im Antragsjahr (t-1) vorliegen. Dies ist sachgerecht und wird von der Beschwerdeführerin nicht angegriffen. Im Hinblick auf diese Werte macht sie nicht geltend, dass ein zwischen Basisjahr und Antragszeitpunkt aufgetretener Höchstwert zu berücksichtigen wäre. Sie hat ihren Anträgen die im Antragszeitpunkt messbaren Ist-Werte zugrunde gelegt und beschränkt sich auch in ihrem Beschwerdevorbringen darauf, für den Parameter Jahreshöchstlast eine periodenbezogene Ermittlung zu fordern.

Die Jahreshöchstlast als die höchste zeitgleiche Summe der viertelstündlichen Leistungswerte aller Entnahmen aus der Umspannstufe unterscheidet sich von den anderen bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors zu berücksichtigenden Parametern insoweit, als es sich nicht um einen im Antragszeitpunkt zählbaren oder fixen Wert, sondern um den jahresbezogenen Höchstwert handelt. Da Anträge bis zum 30.06. eines Jahres für das Folgejahr zu stellen sind und für das Antragsjahr mangels Ablaufs noch kein Jahreswert vorliegt, stellt die Bundesnetzagentur bei den Daten für diesen Parameter grundsätzlich auf die Werte aus dem letzten verfügbaren abgeschlossenen Kalenderjahr (t-2) ab, berücksichtigt aber auch Werte aus dem ersten Halbjahr des Antragsjahres, wenn diese höher sind. Diese Vorgehensweise ist sachlich gerechtfertigt. Da ein jahresbezogener Wert in Ansatz zu bringen ist, muss ein abgeschlossenes Jahr (t-2) in den Blick genommen werden. Dass die Bundesnetzagentur es für sachgerecht hält, für den jahresbezogenen Parameter auf den Jahreshöchstwert der ersten Jahreshälfte des Antragsjahres abzustellen, wenn dieser höher liegt, ist gleichfalls nicht zu beanstanden, weil diese Vorgehensweise den Antragsteller begünstigt. Zwar kommt es dadurch zu einem sechsmonatigen Überlappungszeitraum, dessen Daten für zwei Anträge Verwendung finden könnten. Auch dies ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden, denn hierin liegt ebenfalls bereits keine Belastung für den Antragsteller.

**2.2.** Der Umstand, dass eine jahresbezogene Befüllung der Parameter mit dem Index „t“ mit einem tatsächlichen Wert nicht möglich ist, führt nicht dazu, dass anstelle des im Vorjahr oder in der ersten Hälfte des Antragsjahres aufgetretenen Höchstlastwertes

der Wert der im Jahr „t“ tatsächlich vorzuhaltenden Netzkapazität einzusetzen ist. Welcher Bezugszeitraum für ein in der in Anlage 2 zu § 10 ARegV enthaltenen Formel mit „t“ bezeichnetes Element anzuwenden ist, ergibt sich nicht aus der Formel, sondern bestimmt sich nach den §§ 4 und 10 ARegV (vgl. Senat, Beschluss vom 27.10.2017, VI-3 Kart 264/09). Aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften folgt, dass nur die im Antragszeitpunkt verfügbaren Parameterwerte – und damit nicht die dann noch nicht feststehenden Werte des Jahres, für das der Erweiterungsfaktor beantragt wird - zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors eingesetzt werden können. Die tatsächlich vorzuhaltende Netzkapazität ist zudem nicht mit dem Parameter Jahreshöchstlast gleichzusetzen, der nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ARegV und dem ebenfalls eindeutigen Inhalt der Formel heranzuziehen ist.

**2.3.** Auch die einzelnen Formeln in Anlage 2 sehen den Ansatz eines Parameters aus einem beliebigen Jahr zwischen dem Basisjahr und dem Jahr T nicht vor, denn sie stellen jeweils die relative Veränderung eines Parameters zwischen dem Basisjahr und dem betrachteten Jahr t dar. Sowohl in der ersten Formel, die die relative Flächenänderung und die Änderung der Anzahl der Anschlusspunkte betrifft, als auch in der zweiten Formel, die sich auf die relative Änderung der Jahreshöchstlast bezieht, wird nur ein Anstieg der Parameter im Verhältnis zum Basisjahr erfasst, während ein Absinken der Parameterwerte gegenüber dem Basisjahr unberücksichtigt bleibt. Jedoch kann sich bei einem Absinken eines Parameters in einem Jahr  $t \geq 1$  gegenüber einem davor liegenden Jahr, für das ein Erweiterungsfaktor gewährt wurde, der Erweiterungsfaktor wieder reduzieren (vgl. Krüger/Müller- Kirchenbauer/Weyer, in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 10 ARegV, Rn. 92). Danach kommt es nicht auf die relative Veränderung zwischen dem Basisjahr und einem irgendwann in einer Regulierungsperiode aufgetretenen Parameterhöchstwert an, sondern jeweils auf die Veränderung im Verhältnis zum Antragszeitpunkt, denn nur dieser ist als Ist-Wert der geeignete Bezugspunkt für das Jahr t.

Da die Jahreshöchstlast einen jahresbezogenen Wert darstellt, besteht insoweit nur die Besonderheit, dass der Vergleichswert nicht zum Zeitpunkt der Antragstellung gemessen wird, sondern dem Vorjahr (t-2) bzw. dem laufenden Jahr der Antragstellung (t-1) entnommen wird. Bei Anwendung der Formel wirkt die sich im Vergleich dieses Wertes zu dem Wert des Basisjahres ergebende Lastveränderung auf den Erweiterungsfaktor. Daraus folgt, dass sich die Jahreshöchstlast, wenn sie in dem für die Antragstellung maßgeblichen Bezugszeitraum im Vergleich zu dem für

einen bereits bewilligten Erweiterungsfaktor in Ansatz gebrachten Wert abgesunken ist, nur noch in dem verringerten Ausmaß auf den Erweiterungsfaktor auswirkt (vgl. dazu die Beispielrechnung in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 10 ARegV, Rn. 92).

**2.4.** Auch wenn im Hinblick auf den Parameter „Jahreshöchstlast“ ein im Antragszeitpunkt messbarer, fixer Wert nicht vorliegt und auf einen Zeitraum zur Bestimmung des anzusetzenden Wertes zurückzugreifen ist, unterscheiden weder die Formeln noch die Vorschrift des § 10 Abs. 2 ARegV zwischen den verschiedenen Parametern. Dies spricht gleichfalls dagegen, bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors den Parameter Jahreshöchstwert sachlich anders zu handhaben als die Parameter Fläche und Anschlusspunkte, bei denen der aktuelle Wert im Antragszeitpunkt auch dann in Ansatz zu bringen ist, wenn er im Vergleich zu einem früheren Bewilligungszeitraum gesunken ist.

**3.** Aus dem Vergleich mit der Regelung des § 10 a ARegV folgt ebenfalls nicht, dass im Hinblick auf den Parameter Jahreshöchstlast der anzusetzende Wert periodenübergreifend zu ermitteln ist. Die Instrumente des Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV und des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV unterscheiden sich in ihrem jeweiligen Regelungskonzept grundlegend. Während § 10a ARegV auf die Kapitalkosten abstellt, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter entstehen, was notwendig eine periodenübergreifende Betrachtung zur Folge hat, setzt § 10 ARegV an eine Veränderung von für die Kosten maßgeblichen Einflussfaktoren im Vergleich zum Basisjahr an. Die Änderung der Netzkosten erfolgt danach unter vereinfachenden Annahmen proportional zu den als dominant festgelegten Einflussfaktoren. Daraus folgt, dass die tatsächlichen Kosten, die durch die Veränderung der Versorgungsaufgabe auf den Netzbetreiber zukommen, nicht vollständig und nur mit einem Zeitverzug abgebildet werden.

Zwar verfolgt der Ordnungsgeber ausweislich der ausdrücklichen Begründung mit der Einführung des Kapitalkostenaufschlags die Absicht, den Zeitverzug zwischen einer Investition und der Berücksichtigung der aus ihr folgenden Kapitalkosten in den Netzentgelten zu beseitigen. Dies belegt indes, dass die nunmehr durch den Kapitalkostenaufschlag behobenen Folgen der pauschalisierenden Betrachtungsweise des bisherigen Erweiterungsfaktors immanent sind. Dies ist nicht dadurch zu korrigieren, dass der Vorschrift des § 10 ARegV im Wege der Auslegung

ein mittels der Neuregelung des Kapitalkostenausgleichs durchaus erwünschter, dort jedoch nicht angelegter Regelungsgehalt zuerkannt wird.

**4.** Eine periodenbezogene Betrachtung und der Ansatz eines innerhalb der Periode auftretenden Höchstwertes für den Parameter Jahreshöchstlast ist schließlich auch nicht nach dem Sinn und Zweck des § 10 ARegV geboten. Dem Regelungskonzept des Erweiterungsfaktors, das eine wiederholte Anpassung der Erlösobergrenzen jeweils zum 1. Januar des folgenden Kalenderjahres ermöglicht, entspricht es vielmehr, dass auch für den Parameter Jahreshöchstlast in jeder erneuten Bescheidung auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors der aktuelle und nicht der bis dahin aufgetretene Jahreshöchstwert zugrunde zu legen ist.

**4.1.** Mit der Möglichkeit, jedes Jahr einen neuen Antrag stellen zu können, sollen Änderungen der Versorgungsaufgabe, die nach der Bewilligung eines Erweiterungsfaktors auftreten und in dem früheren Bescheid nicht berücksichtigt werden konnten, abgebildet werden können. Dementsprechend sind einer erneuten Anpassung der Erlösobergrenzen die durch den Vorbescheid noch nicht erfassten, weiteren Änderungen der Parameter zugrunde zu legen, wie sie sich bei einem Vergleich des Basisjahres mit den Ist-Werten im Antragszeitpunkt ergeben.

Die Anpassung der Erlösobergrenzen wird für die restliche Dauer der Regulierungsperiode ausgesprochen, der Netzbetreiber kann den Erweiterungsfaktor jährlich neu beantragen (vgl. Leitfaden Erweiterungsfaktor der Bundesnetzagentur, Stand September 2015, Ziffer 3.1.4.) Während der Netzbetreiber bei zu seinen Gunsten wirkenden Änderungen der maßgeblichen Parameter eine Anpassung der Erlösobergrenze erreichen kann, entstehen ihm bei ungünstigen Änderungen der Parameter keine Nachteile, weil keine Verpflichtung besteht, eine – weitere - Anpassung der Erlösobergrenzen zu beantragen. Da Netzbetreibern bei einer negativen Entwicklung der Parameter die vorteilhaften Wirkungen eines auf der Grundlage früherer Parameterwerte ermittelten Erweiterungsfaktors grundsätzlich erhalten bleiben und günstige Veränderungen der Parameterwerte durch einen Antrag auf eine weitere Anpassung der Erlösobergrenzen berücksichtigt werden können, besteht kein anerkanntes und schützenswertes Bedürfnis, im Hinblick auf den Parameter Jahreshöchstlast den periodenbezogenen Höchstwert in Ansatz zu bringen.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es bestehe kein regulatorisches Bedürfnis, den Netzbetreiber mit einem älteren Parameterwert zu präkludieren, da der Erweiterungsfaktor nur für die Zukunft gewährt werde, verkennt sie, dass von einer Präklusion schon deswegen keine Rede sein kann, weil ein Erweiterungsfaktor, der auf einem günstigeren als dem aktuellen Parameterwert beruht, für die gesamte restliche Regulierungsperiode Anwendung findet, wenn der Netzbetreiber keine Folgeanträge stellt.

Angesichts der Option, einen günstigen Erweiterungsfaktor für die Dauer der Regulierungsperiode fortzuführen, wirkt der antragsbezogene Ansatz der Bundesnetzagentur auch nicht sanktionierend.

Da eine Änderung der Versorgungsaufgabe gemäß § 10 Abs. 2 S. ARegV nur vorliegt, wenn sich einer oder mehrerer der dort genannten Parameter geändert haben, sind für die Ermittlung, ob eine – weitere – Anpassung der Erlösobergrenzen erfolgen kann, alle für dominant gehaltenen Einflussfaktoren und nicht nur einzelne Parameter, die sich günstig entwickelt haben, zu betrachten. Dass die Bundesnetzagentur dabei einheitlich einen antragsbezogenen Ansatz verfolgt und es ablehnt, im Hinblick auf den Parameter Jahreshöchstlast eine periodenbezogene Betrachtung vorzunehmen, verhindert eine von der Vorschrift nicht vorgesehene Kombination aktueller Parameterwerte mit einem periodenbezogenen Höchstwert für die Jahreshöchstlast bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors, stellt aber keine Sanktion dar.

Zwar soll die Vorschrift des § 10 ARegV sicherstellen, dass die Kosten für Erweiterungsinvestitionen, die sich bei einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers im Laufe der Regulierungsperiode ergeben, bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen berücksichtigt werden (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 49). Basierend auf der Erwägung, dass nachhaltige Änderungen in der Versorgungsaufgabe zusätzliche Investitionen erfordern und deshalb zu zusätzlichen Kosten führen, trägt § 10 ARegV dem berechtigten Interesse des Netzbetreibers Rechnung, die Erlösobergrenze an die veränderten Umstände anzupassen. Dennoch fordert die Umsetzung dieses Regelungskonzepts nicht, dass der Netzbetreiber die zusätzlichen Kosten in voller Höhe maßnahmenscharf refinanzieren kann. Die Änderung der Netzkosten erfolgt nach der Ausgestaltung des Erweiterungsfaktors und der seiner Ermittlung dienenden Formeln unter vereinfachenden Annahmen proportional zu den als dominant festgelegten Einflussfaktoren. Die

maßnahmenscharfe Abbildung der Kosten ist damit gerade nicht Aufgabe und Ziel des Erweiterungsfaktors. Die sich aus dieser pauschalisierenden Betrachtungsweise ergebenden Vergrößerungen hat der Verordnungsgeber in Kauf genommen, um eine vollständig neue Kostenprüfung zu vermeiden (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2018, EnVR 9/17). Da der Erweiterungsfaktor bei Änderungen der Versorgungsaufgabe gegenüber dem Basisjahr für die gesamte restliche Regulierungsperiode unabhängig davon gewährt wird, ob und in welcher Höhe die Änderung der Versorgungsaufgabe tatsächlich Investitionskosten nach sich gezogen hat, ist es möglich und der Funktionsweise des Erweiterungsfaktors immanent, dass der Netzbetreiber über den Erweiterungsfaktor Erlöse erzielt, obwohl ihm geringere Investitionskosten entstanden sind.

Es kann demnach offenbleiben, ob der im Laufe einer Regulierungsperiode eingetretene Höchstwert des Parameters Jahreshöchstlast die Netzkosten weiterhin determiniert, denn eine infolge der antragsbezogenen Betrachtung der Bundesnetzagentur ggfs. eintretende Unterdeckung entspricht der vom Verordnungsgeber bewusst vorgenommenen Ausgestaltung dieses Refinanzierungsinstruments.

### C.

I. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Angesichts des Unterliegens der Beschwerdeführerin ist es sachgerecht, ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

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

### D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche

Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnWG).

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die 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](http://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).



Laubenstein

Frister

Dr. Kühneweg