

#### 4. Der Betreiber eines Pumpspeicherkraftwerks ist entgeltpflichtiger Netznutzer

*EnWG § 3 Nr. 25; StromNEV § 14 Abs. 1 Satz 1*

**Der Betreiber eines Pumpspeicherkraftwerks, der für dessen Betrieb aus dem Netz Strom entnimmt, ist Letztverbraucher i. S. des § 3 Nr. 25 EnWG und damit entgeltpflichtiger Netznutzer nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV.**

*(amtlicher Leitsatz)*

*BGH, B. v. 17.11.2009 - EnVR 56/08 (vorhergehend: OLG Düsseldorf, B. v. 24.09.2008, 3. Kartellsenat, VI-3 Kart 5/08 (V))*

##### Gründe:

I. (1) Die Antragstellerin betreibt das Übertragungsnetz in den nördlichen Bundesländern. An ihr Höchstspannungsnetz sind drei Pumpspeicherkraftwerke angeschlossen. Diese Pumpspeicherkraftwerke arbeiten nach folgendem System: Mit elektrischer Energie aus dem Höchstspannungsnetz werden Pumpen angetrieben, die Wasser aus einem unteren Becken in ein höher gelegenes Sammelbecken pumpen. Besteht Bedarf, Energie dem Netz zuzuführen, wird das Wasser aus dem oberen Becken abgelassen. Das abfließende Wasser treibt dann Drehturbinen an, wodurch – wie bei einem herkömmlichen Wasserkraftwerk – Strom erzeugt wird, der in das Höchstspannungsnetz eingespeist wird. Die drei Pumpspeicherkraftwerke verfügen über eine Gesamtleistung von 2.430 MW. Sie stehen im Eigentum der Vattenfall Generations AG & Co. KG, einem Schwesterunternehmen der Antragstellerin.

Die Antragstellerin beantragte am 25. Juni 2007 bei der Bundesnetzagentur gemäß § 23a EnWG die Genehmigung ihrer Netzentgelte für das Jahr 2008. In ihrem Genehmigungsantrag berücksichtigte sie entsprechend der Verfahrensweise aus den Vorjahren die Netznutzung durch die Pumpspeicherkraftwerke nicht. Dem Genehmigungsantrag entsprach die Bundesnetzagentur nicht im vollen Umfang. Neben weiteren Kürzungen legte sie insbesondere fest, dass der Strombezug der Pumpspeicherkraftwerke – entgegen der Genehmigungspraxis in den Vorjahren – netzentgeltpflichtig sei. Hiergegen hat sich die Antragstellerin mit der Beschwerde gewandt, mit der sie allein geltend macht, die Stromentnahme der Pumpspeicherkraftwerke sei zu Unrecht als entgeltpflichtige Netznutzung in Ansatz gebracht worden. Das Beschwerdegericht hat das Rechtsmittel der Antragstellerin zurückgewiesen. Mit ihrer – zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

II. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Antragstellerin zu Recht als zulässig erachtet. Die Antragstellerin ist durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur sowohl formell als auch materiell beschwert. Für die Annahme einer materiellen Beschwerde reicht es aus, dass der Betroffene durch die angefochtene Entscheidung individuell und unmittelbar betroffen ist (BGH, Beschl. v. 11.11.2008 -EnVR1/08, WuW/E D-ER 2535 Tz. 18 - citiworks; Beschl. v. 14.10.2008 - EnVR 79/07, WuW/E DE-R 2512 Tz. 7 ff. - Ulm/Neu-Ulm). Die von der Bundesnetzagentur angeordnete Berücksichtigung der Netznutzung durch die Pumpspeicherkraftwerke berührt die Antragstellerin schon deshalb unmittelbar, weil sie die von ihr geltend gemachten Kosten nicht vollständig auf die nächste Netzebene umlegen darf. Dass die Antragstellerin auf der Grundlage der Entscheidung der Bundesnetzagentur möglicherweise gegenüber Dritten, nämlich den Pumpspeicherkraftwerken, die Netzentgelte geltend machen kann, lässt ihre Beschwerde entfallen.

III. Die Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass die Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken entgeltpflichtige Netznutzer i.S. der §§20 f. EnWG seien. Das Pumpspeicherkraftwerk müsse als Letztverbraucher (§ 14 StromNEV) angesehen werden, weil durch das Hochpumpen des Wassers

Strom verbraucht werde. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass mit dem Ablassen des Wassers wieder Strom zurückgewonnen werden könne, wenn auch nur in der Größenordnung von 75 bis 80 % des eingesetzten Stroms. Zwar sei der gesamte Vorgang wirtschaftlich betrachtet ein System, in dem Energie gespeichert werden solle. Da die Energie zunächst jedoch verbraucht werde, indem sie in mechanische Energie umgewandelt werde, liege ein Letztverbrauch vor; der Zweck des Verbrauchs sei irrelevant. Eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV, der die Einspeisung von Strom von der Netzentgeltspflicht befreie, komme nicht in Betracht, weil es insofern an einer Lücke in den Regelungen der Stromnetzentgeltverordnung fehle. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit der Entgeltpflicht jeden Stromverbrauch erfassen wollen. Wenn er die Pumpspeicherkraftwerke in Bezug auf die Netzentgeltspflicht hätte privilegieren wollen, hätte er für sie einen Ausnahmetatbestand schaffen müssen, was er – im Gegensatz zu den Gesetzgebern in anderen Staaten – nicht getan habe.

2. Diese Ausführungen des Beschwerdegerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das Beschwerdegericht hat – in Bestätigung der Bundesnetzagentur – die Inanspruchnahme von Strom für den Betrieb der Pumpspeicherkraftwerke zu Recht als Letztverbrauch i.S. des § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV angesehen.

a) Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV werden die Kosten der Netz- und Umspannebenen, beginnend bei der Höchstspannung, jeweils anteilig auf die nachgelagerte Netz- oder Umspannebene verteilt (Kostenwälzung), soweit diese Kosten nicht der Entnahme von Letztverbrauchern und Weiterverteilern aus der jeweiligen Netzebene zuzuordnen sind. Entgeltpflichtig ist nur der Letztverbraucher. Dagegen ist die bloße (Zwischen-)Speicherung von Elektrizität aus dem Netz nicht entgeltpflichtig, weil ein entsprechender Entgelttatbestand nicht besteht und gemäß § 17 Abs. 8 StromNEV die Entgelttatbestände abschließend geregelt sind.

Ob die Versorgung des Pumpspeicherkraftwerks mit Strom eine entgeltpflichtige Netznutzung ist, hängt somit davon ab, ob dieses als Letztverbraucher anzusehen ist. Der Begriff des Letztverbrauchers ist in § 3 Nr. 25 EnWG legal definiert. Danach sind Letztverbraucher natürliche und juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Diese Begriffsbestimmung deckt sich inhaltlich mit der in Art. 2 Nr. 9 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (2003/54/EG) vom 26. Juni 2003 (EltRL), die den „Endkunden“ als denjenigen bestimmt, der Elektrizität für den eigenen Verbrauch kauft. Insoweit ist – wie aus den Begriffsbestimmungen der Art. 2 Nr. 10 und 11 EltRL deutlich wird – Endkunde nicht nur derjenige, der für den eigenen Haushalt Energie beschafft, sondern auch derjenige, der Elektrizität für gewerbliche Zwecke erwirbt, wobei hierzu auch Erzeuger und Großhändler zählen (Nr. 11).

b) Ohne Rechtsverstoß hat das Beschwerdegericht die Pumpspeicherkraftwerke als Letztverbraucher im Sinne dieser Begriffsbestimmung angesehen. Die Inanspruchnahme von Elektrizität aus dem Netz für das Hochpumpen des Wassers vom unteren in das obere Becken des Pumpspeicherkraftwerkes begründet einen Letztverbrauch i.S. des § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV, auch wenn von dem Pumpspeicherkraftwerk dann wieder Strom ins Netz abgegeben wird. Der Pumpvorgang zehrt die entnommene elektrische Energie zunächst auf. Wird das Wasser aus dem oberen Becken abgelassen, wird neue elektrische Energie gewonnen. Dies sind grundsätzlich zwei getrennte Vorgänge, die jeweils auch unterschiedlich abgerechnet werden. Die Pumpspeicherkraftwerke kaufen den Strom aus dem Höchstspannungsnetz an und veräußern den von ihnen eingespeisten Strom wieder. Insoweit nutzen sie das Höchstspannungsnetz, indem sie aus diesem Netz Strom beziehen, den sie für eigene Zwecke verwenden. Damit sind sie Letztverbraucher im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV.

Dem steht nicht entgegen, dass Pumpspeicherkraftwerke ihrer Funktion nach letztlich die Bedeutung eines Speichers haben, weil sie Strom in der Überschussphase entnehmen und in der Mangelsituation einspeisen. Hierauf kommt es für die Frage einer Entgeltspflicht der Netznutzung nicht an, da nach dem Regelungszusammenhang

menhang der Stromnetzentgeltverordnung die Entnahme und die Einspeisung von Strom getrennt zu behandeln sind. Entgeltspflichtig nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV ist neben der Weiterverteilung, die nicht mit einer Entnahme elektrischer Energie aus dem Netz verbunden ist, der Letztverbrauch. Das Nebeneinander von Weiterverteilung und Letztverbrauch als Form entgeltpflichtiger Netznutzung macht deutlich, dass die Nutzung der Energie maßgebend ist, und zwar – wie Art. 2 Nr. 11 E特勒 ausdrücklich bestimmt – auch die durch Erzeuger oder Großhändler. Deshalb ist Letztverbrauch i.S. des § 3 Nr. 25 EnWG – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – ebenso ein Verbrauch, der nur zu einer Energieumwandlung führt. Entscheidend ist allein, dass der entnommene Strom für eine bestimmte energieabhängige Funktion verwendet und hierfür aufgezehrt wird. Selbst wenn dadurch eine andere Energieform (im vorliegenden Fall: die Lageenergie des hochgepumpten Wassers) entsteht, ändert dies nichts am Letztverbrauch der primär eingesetzten Elektrizität i.S. des § 3 Nr. 25 EnWG. Der vom Pumpspeicherkraftwerk angekaufte Strom wird für dessen Betrieb genutzt.

c) Entscheidend kommt hinzu, dass auch weitere gesetzliche Vorschriften dafür sprechen, die Stromentnahme der Pumpspeicherkraftwerke als entgeltpflichtige Netznutzung anzusehen.

Eine andere Auslegung wäre insbesondere mit dem durch das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21. August 2009 (BGBl. I S. 2870) dem § 118 EnWG angefügten Absatz 7 nicht in Einklang zu bringen. Er bestimmt, dass nach dem 31. Dezember 2008 neu errichtete Pumpspeicherkraftwerke und andere Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, die bis zum 31. Dezember 2019 in Betrieb gehen, für einen Zeitraum von zehn Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt sind. Die Regelung ergibt nur Sinn, wenn der Gesetzgeber selbst grundsätzlich von einer Netzentgeltspflichtigkeit ausgeht. Zugleich legt sie unmissverständlich fest, dass Netznutzungsentgelte für die Pumpspeicherkraftwerke, die vor diesem Zeitpunkt errichtet wurden, auch in Zukunft nicht erlassen werden sollen. Ein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber mit der grundsätzlichen Entgeltspflicht eine Neuregelung schaffen wollte, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil:

Aus der Begründung zu § 118 Abs. 7 EnWG (BT-Drucks 16/12898 S. 20), der erst in der Endphase des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt wurde, ergibt sich, dass der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung als kurzfristig wünschenswert eingestuft wurde (BT-Drucks aaO). Die in § 118 Abs. 7 EnWG vorgesehene befristete Aufhebung der Netzentgeltspflicht ist der Sache nach damit letztlich eine Anschubsubventionierung, die einen Anreiz für den Bau neuer Pumpspeicherkraftwerke schaffen soll, indem diese für eine Anlaufphase von zehn Jahren von der Netzentgeltspflicht befreit werden. Damit wird inzident aber zugleich ausgesagt, dass die Entnahme von Strom für ein Pumpspeicherkraftwerk generell eine entgeltpflichtige Netznutzung darstellt. Der Gesetzgeber wollte mit der Novelle demnach nicht die – ihm zu diesem Zeitpunkt bereits bekannte – neuere Genehmigungspraxis der Bundesnetzagentur korrigieren, sondern vielmehr nur die Errichtung neuer Pumpspeicherkraftwerke fördern.

Auch aus dem Regelungszusammenhang des Stromsteuergesetzes ergibt sich mittelbar, dass der Gesetzgeber die Pumpspeicherkraftwerke als Letztverbraucher von Strom ansieht. Dieses Gesetz knüpft die Steuerpflicht daran, dass Strom durch Letztverbraucher aus dem Versorgungsnetz entnommen wird (§ 5 Abs. 1 StromStG). Strom, der zur Stromerzeugung entnommen wird, ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 StromStG von der (Strom-)Steuer befreit. In der hierzu ergangenen Verordnung vom 15. Juni 2000 (BGBl. I S. 794) wird in § 12 Abs. 1 Nr. 2 bestimmt, dass der zur Stromerzeugung entnommene Strom auch derjenige ist, der in Pumpspeicherkraftwerken von den Pumpen zum Fördern der Speichermedien zur Erzeugung von Strom im technischen Sinne verbraucht wird. Dies lässt den Schluss zu, dass der Strombezug der Pumpspeicherkraft-

werke – vorbehaltlich der Freistellung – als steuerpflichtiger Letztverbrauch i.S. von § 5 Abs. 1 StromStG anzusehen ist.

d) Die Einwände der Antragstellerin gegen die Behandlung der Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken als netzentgeltpflichtige Letztverbraucher können nicht überzeugen:

Entgegen ihrer Auffassung wird die in einem Pumpspeicherkraftwerk angewandte Speichertechnologie gegenüber anderen Speichertechnologien durch diese Auslegung nicht systemwidrig diskriminiert. Vielmehr werden lediglich unterschiedliche Sachverhalte ihrer jeweiligen Natur entsprechend verschieden behandelt und berücksichtigt, dass das Pumpspeicherkraftwerk Energie nicht im eigentlichen Sinne speichert, sondern über den Verbrauch von Elektrizität neuen Strom erzeugt.

Der Umstand, dass die Zuleitung des Stroms an ein Pumpspeicherkraftwerk umsatzsteuerlich nicht als Lieferung i.S. des § 3 Abs. 1 UStG angesehen wird (BFHE 172, 148), weil der subjektive Tatbestand der Verschaffung nicht erfüllt ist, lässt für das eigenständige Regelwerk der Stromnetzentgeltverordnung keine Rückschlüsse zu. Hier ist nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV allein die Entnahme durch einen Letztverbraucher maßgebend.

Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin auch auf § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV. Zwar trifft zu, dass für die Einspeisung des von einem Pumpspeicherkraftwerk erzeugten Stroms nach § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV keine Netzentgelte anfallen, weil für die Einspeisung von Strom generell keine Netzentgelte zu entrichten sind. Das ändert aber nichts daran, dass die vorherige Entnahme von Strom aus dem Netz entgeltpflichtig ist. Die Tätigkeit der Pumpspeicherkraftwerke kann auch nicht als einheitlicher (kostenfreier) Einspeisungsvorgang angesehen werden. Insoweit gilt für die Stromerzeugung durch ein Pumpspeicherkraftwerk nichts anderes als für jeden Energieerzeuger, der Elektrizität für die Energieerzeugung in Anspruch nimmt. Soweit er diese verbraucht (etwa durch Stromverbrauch beim Anfahren von Kraftwerken), ist er Letztverbraucher und netzentgeltpflichtig nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV. Für eine abweichende Beurteilung bei einem Pumpspeicherkraftwerk ist kein Raum. Eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV auf den gesamten Stromhaushalt des Pumpspeicherkraftwerks scheidet aus. Es fehlt ersichtlich an einer Regelungslücke, die eine Analogie erst eröffnen könnte.

Schließlich verstößt die Heranziehung der Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken zu Netzentgelten weder gegen die Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes noch ist sie systemwidrig. Es mag sein, dass den Pumpspeicherkraftwerken energiewirtschaftlich eine wesentliche Funktion zukommt, weil sie antizyklisch die Auslastung der Netzinfrastruktur steuern können. Sie sind insbesondere in der Lage, Strom aus dem Netz zu nehmen, wenn eine Überlastung droht. Im Zusammenhang mit den Erneuerbaren Energien haben die Pumpspeicherkraftwerke eine besondere Bedeutung, weil die Energieeinspeisung dieser Energieträger stark von den äußeren Rahmenbedingungen (Wind, Sonnenlicht) abhängt. Die Funktionsweise des Pumpspeicherkraftwerks erlaubt den Strombezug aus dem Netz auch in solchen Phasen, in denen aus Erneuerbaren Energien kein Strom gewonnen werden kann.

Diese Gesichtspunkte sprechen aber nicht per se gegen die Entgeltspflicht der Netznutzung durch Pumpspeicherkraftwerke. Es lässt sich – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – in Bezug auf die Gesamtheit der Stromkunden nicht generell feststellen, dass hierdurch eine Verteuerung der Elektrizitätsversorgung eintreten muss. Wären die Pumpspeicherkraftwerke nämlich nicht netzentgeltpflichtig, so träfen die Netznutzer der nachgelagerten Netzebenen entsprechend erhöhte Netznutzungsentgelte (§ 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV). Sind die Pumpspeicherkraftwerke dagegen netzentgeltpflichtig, so verringern sich die Netzkosten für die Gesamtheit der Netznutzer auf den nachgeordneten Netzebenen. Allerdings werden die Preise für den von den Pumpspeicherkraftwerken eingespeisten Strom wegen der von ihnen zu entrichtenden Netzentgelte höher ausfallen müssen. Bei einer Gesamtbetrachtung ist nicht ohne weiteres erkennbar, ob die Entgeltspflicht der Netznutzung für

Pumpspeicherkraftwerke bei den Endkunden und insbesondere bei den privaten Haushalten zu einer Verteuerung der Stromversorgung führen würde. Schon weil eine schlüssige Darlegung einer Kostensteigerung für den Endverbraucher fehlt, lässt sich der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen die Zielvorgaben des § 1 EnWG nicht feststellen, so dass offen bleiben kann, ob die Antragstellerin diesen Gesichtspunkt überhaupt in zulässiger Form in das Rechtsbeschwerdeverfahren eingebracht hat.

21 Zutreffend ist allerdings, dass durch die Erhöhung der Preise für den Strom, der aus den Pumpspeicherkraftwerken ins Netz eingespeist wird, dessen Absatzmöglichkeiten beeinträchtigt werden. Hierin liegt aber – worauf die Bundesnetzagentur zutreffend hingewiesen hat – sogar ein Element der Wettbewerbsgleichheit, weil andere Stromerzeuger, die z.B. den Energieträger Gas einsetzen, auch Netzentgelte entrichten müssen. Dies zeigt vor allem das Beispiel der Gasturbinenwerke, die im Hinblick auf die Gewährleistung der Versorgungssicherheit teilweise ähnliche Funktionen wie Pumpspeicherkraftwerke übernehmen, weil jedenfalls eine Unterversorgung des Netzes auch durch solche Gasturbinenwerke ausgeglichen werden könnte.

(22) Die von der Antragstellerin vorgebrachten weiteren Bedenken betreffen in erster Linie die Frage nach dem energiepolitischen Sinn der Netzentgeltspflicht für Pumpspeicherkraftwerke. Für derartige Erwägungen ist jedoch im Rahmen der Auslegung der vorhandenen Normen kein Raum. Sie können sich nur an den Gesetzgeber richten. Dieser hat allerdings – wie oben ausgeführt – mit der Schaffung des § 118 Abs. 7 EnWG die Entscheidung getroffen, Pumpspeicherkraftwerke nicht generell von der Netzentgeltspflicht zu befreien.

## 5. Zur Abgrenzung von Tarif- oder Sondervertragskunden

§§ 6 Abs. 1, 36 Abs. 1 EnWG 2005

**1. Für die Einordnung von Gasbeziehern als Tarif- oder Sondervertragskunden kommt es darauf an, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet.**

**2. Diese Frage ist durch die Rechtsprechung des Senats – Urteile vom 15. Juli 2009, VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662 = ZNER 2009, 241, und VIII ZR 56/08, NJW 2009, 2667 – geklärt.**

*(Leitsätze der Redaktion)*

*BGH, B. v. 13.10.2009, VW ZR 312/08 (vorgängig KG Berlin, Entscheidung v. 28.10.2008, 21 U 160/06; LG Berlin, Entscheidung v. 19.06.2006, 34 O 611/05)*

Vom Abdruck der Gründe wurde abgesehen.

## 6. Zur Festsetzung der Erlösobergrenzen

*Art. 3, 80 GG, §§ 21a EnWG, 4 Abs. 1, 3 und 4, 6, 8, 9, 11 Abs. 2 Nr. 4, 24, 25 ARegV, 7 Abs. 6 GasNEV*

**1. Für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze für die erste Regulierungsperiode ist das Ergebnis der letzten Genehmigung der Netzentgelte maßgeblich, die auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 basiert. Eine Anpassung der Kostenbasis kann nur hinsichtlich der Kosten des vorgelagerten Netzes und, soweit es sich nicht um ein doppelt vereinfachtes Verfahren handelt, auch hinsichtlich der Verzinsung des Eigenkapitals (EK I) erfolgen. Eine Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Ermittlung des Zinssatzes für das die zugelassene Eigenkapitalquote von 40 % übersteigende Eigenkapital (EK II) kommt dagegen nicht in Betracht.**

**2. Ein pauschalierter Investitionszuschlag kann im vereinfachten Verfahren nicht gewährt werden. Dies benachteiligt die Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, gegenüber den am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern nicht unangemessen.**

**3. Für einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor enthält das Energiewirtschaftsgesetz keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. Die Ermächtigung zur Berücksichtigung der auf die Gesamtwirtschaft bezogenen Inflationsrate bei der Festsetzung der Erlösobergrenzen rechtfertigt nicht die Einführung eines sektorbezogenen Produktivitätsfaktors, der den Inflationsausgleich teilweise aufhebt. Da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor keine auf den individuellen Netzbetreiber zugeschnittene Effizienzvorgabe darstellt, kann seine Einführung auch nicht auf die Verordnungsermächtigung für Effizienzvorgaben gestützt werden.**

*(amtliche Leitsätze)*

*Brandenburgisches OLG, B. v. 12.01.2010, Kart W 7/09*

### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist unbegründet, soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die unterlassene Anpassung der Zinssätze für das die zulässige Grenze von 40 % übersteigende Eigenkapital in Ansehung der BGH-Entscheidungen vom 14.8.2008 sowie die Nichtgewährung eines pauschalierten Investitionszuschlages wendet.

1.) Für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze der Beschwerdeführerin für die erste Regulierungsperiode ist gemäß § 6 Abs. 2 ARegV das Ergebnis der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG, die auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 basiert, ohne Anpassung und Berücksichtigung der BGH-Entscheidungen vom 14.8.2008 maßgeblich.

Die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze für die Beschwerdeführerin richtet sich nach § 6 ARegV. Da die Beschwerdeführerin eine Netzentgeltgenehmigung auf der Basis der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 beantragt hatte, findet § 34 Abs. 3 ARegV, nach dessen Satz 3 sich das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenze aus den Kosten ergibt, die im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannt worden sind, keine Anwendung.

Für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze der Beschwerdeführerin für die erste Regulierungsperiode ist § 6 Abs. 2 ARegV einschlägig. Nach dieser Bestimmung ist als Ausgangsniveau für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung, die auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 oder eines früheren Geschäftsjahres basiert, heranzuziehen.

§ 6 Abs. 2 ARegV ist – wie die für das so genannte doppelt vereinfachte Verfahren geltende Bestimmung des § 34 Abs. 3 S. 3 ARegV – dahin auszulegen, dass das Ergebnis der Kostenprüfung auf der Datengrundlage des maßgeblichen Geschäftsjahres – hier 2006 –