

#### 4. Keine revisionsgerichtliche Nachprüfung einer in den Vorinstanzen angenommenen oder verneinten sachlichen Zuständigkeit

ZPO §§ 545 Abs. 2; 543 Abs. 2 S. 1; 552a S. 1

##### Eine in den Vorinstanzen angenommene oder verneinte sachliche Zuständigkeit ist revisionsgerichtlich nicht nachprüfbar.

(Leitsatz der Redaktion)

BGH, Hinweisbeschluss v. 16.03.2010 - VIII ZR 341/09

##### Aus den Gründen:

[1] Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung, weil der aus Sicht des Berufungsgerichts klärungsbedürftigen Rechtsfrage der sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts in der anhängigen Energielieferungssache die erforderliche Klärungsfähigkeit durch den Bundesgerichtshof fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 2004 - VZR 187/03, WM 2004, 1499, unter II 1 m.w.N.). Denn nach § 545 Abs. 2 ZPO kann die Revision nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder verneint hat. Dieser gemessen am damit verfolgten Zweck sprachlich missglückten – Vorschrift hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für eine Fallgestaltung, die der vorliegenden entspricht, mit Blick auf die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Entstehungsgeschichte der Norm ein schlechthin bestehendes Verbot entnommen, eine in den Vorinstanzen angenommene oder verneinte sachliche Zuständigkeit revisionsgerichtlich nachzuprüfen (Beschluss vom 26. Juni 2003 - III ZR 91/03, NJW 2003, 2917, unter II). Dieser Auffassung, wonach eine revisionsgerichtliche Nachprüfung der erstinstanzlichen örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit, zu der auch die hier in Rede stehende Zuständigkeitsabgrenzung nach § 87 GWB, § 102 EnWG zählt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 - KZR 28/03, NJW 2005, 1660, unter II 1 a; MünchKommZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 545 Rdnr. 16), schlechthin ausgeschlossen ist, haben sich weitere Senate des Bundesgerichtshofs angeschlossen (Urteile vom 22. Februar 2005, aaO, unter II 1 d bb; vom 7. März 2006 - VI ZR 42/05, NJW-RR 2006, 930, Tz. 11; Beschlüsse vom 5. März 2007 - II ZR 287/05, NJW-RR 2007, 1509, Tz. 2; vom 5. November 2008 - XII ZR 103/07, NJW-RR 2009, 434, Tz. 8 f.).

[2] Der erkennende Senat, der dies bislang offenlassen konnte (Beschluss vom 7. November 2006 - VIII ZR 73/06, WuM 2006, 697), schließt sich dem an, zumal der Gesetzgeber noch deutlicher als in der Gesetzesbegründung zu § 545 ZPO (BT-Drs. 14/4722, S. 106) in der Begründung zu dem für die Rechtsbeschwerde im Wesentlichen gleich lautenden und sachlich gleich gelagerten § 576 Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gebracht hat, dass die zu Unrecht erfolgte Verneinung der Zuständigkeit durch das erstinstanzliche Gericht keinen Rechtsbeschwerdegrund darstellt und dass auf diese Weise im Interesse der Prozessökonomie und -beschleunigung jede Prüfung der Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges im Verfahren der Rechtsbeschwerde ausgeschlossen sein soll (BT-Drs. 14/4722, S. 118). Auch der Umstand, dass das Berufungsgericht die Revision zur Klärung der sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts zugelassen hat, eröffnet eine solche revisionsgerichtliche Nachprüfungsmöglichkeit nicht (Senatsbeschluss vom 17. November 2009 - VIII ZB 44/09, WuM 2010, 44, Tz. 5; BGH, Beschluss vom 29. Januar 2009 - VIII ZB 79/08, NJW 2009, 1974, Tz. 4; Urteil vom 7. März 2006, aaO; jeweils m.w.N.).

[3] 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Ob die Entscheidung des Berufungsgerichts, das anders als das Amtsgericht dessen sachliche Zuständigkeit bejaht und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat, rechtsfehlerhaft ist, kann nach vorstehenden Ausführungen vom Senat nicht nachgeprüft werden.

#### 5. Zur Anwendung der ARegV auf die Bestimmung der Erlösobergrenzen

§ 21a EnWG; § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, § 6 Abs. 2, § 9, § 10, § 11 Abs. 2, § 25 ARegV; § 3 Abs. 1 S. 5 2. HS StromNEV

1. Die Übergangsregelung des § 6 Abs. 2 ARegV gibt der Regulierungsbehörde verbindlich vor, bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen für die erste Anreizregulierungsperiode das Ergebnis der in der letzten Entgeltgenehmigung vorgenommenen Kostenprüfung als Ausgangsniveau heranzuziehen. Dieses ist weder um Plankosten des Jahres 2009 noch vor dem Hintergrund und nachträglicher Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu aktualisieren.

2. Der pauschale Investitionszuschlag ist in die jährlichen Erlösobergrenzen nur einfach mit 1 % der gem. § 14 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 bestimmten standardisierten Kapitalkosten einzubeziehen.

3. Bei den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie handelt es sich nicht um dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i.S.d. § 21a Abs. 4 EnWG, § 11 Abs. 2 S. 1 ARegV. Sie sind – auch unter Berücksichtigung der Beschaffungsvorgaben des § 22 Abs. 1 EnWG, § 10 Abs. 1 StromNZV und der Festlegung Beschaffungsrahmen der Bundesnetzagentur – noch objektiv beeinflussbar. Eine Anerkennung objektiv auch nur geringfügig beeinflussbarer Beschaffungskosten als dauerhaft nicht beeinflussbar i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 2 ARegV kann der Netzbetreiber nicht beanspruchen.

4. Die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV stellt eine Auffangregelung dar, die grundsätzlich dann eingreifen muss, wenn die übrigen vom Ordnungsgeber vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten nicht einschlägig oder ausreichend sind und die Beibehaltung der festgesetzten Erlösobergrenzen andernfalls zu einer unzumutbaren Härte führen würde. Dabei verbietet sich der Blick auf eine einzelne Kostenart und deren möglicherweise überproportionale Steigerung. Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenssituation.

5. Mit der Implementierung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in die Methodik der Anreizregulierung hat der Ordnungsgeber die ihm eingeräumte Verordnungsbefugnis nicht überschritten. Er korrigiert die im Verbraucherpreisindex abgebildete gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung lediglich und gestaltet somit den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung sachgerecht aus. Die Einschätzung des Verordnungsgebers, inwieweit in Strom- oder Gasnetzen als monopolistisch strukturierten Wirtschaftsbereichen bei der Simulation von Wettbewerb durch Einführung einer Anreizregulierung höhere Produktivitätssteigerungen zu realisieren sind als in wettbewerblich organisierten Märkten, ist auch angesichts ihres prognostischen Charakters gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

6. Durch den Erweiterungsfaktor kann nur berücksichtigt werden, dass sich die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers während der Regulierungsperiode nachhaltig ändert. Veränderungen im Übergangszeitraum kann nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Anpassungs- und Korrekturmöglichkeiten Rechnung getragen werden.

(amtliche Leitsätze)

OLG Düsseldorf, B. v. 24.03.2010 - VI-3 Kart 166/09 (V)

##### Aus den Gründen:

A. Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz im Sinne von § 3 Nr. 3 EnWG, das sich über eine Fläche von ca. km erstreckt und größtenteils in A liegt. Unter dem 28. Oktober 2008 leitete die Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur gegen sie von Amts wegen das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 der ARegV in Verbindung mit § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG ein. Mit Blick darauf hatte die Betroffene bereits zuvor die Einbeziehung eines pauscha-