

das Beschwerdegericht auch mit der – von der Rechtsbeschwerdeerwidrerung aufgeworfenen – Frage zu befassen haben, ob die von der K. GmbH ausgeführten Aufgaben gesondert entgolten worden und im Kostenblatt der Antragstellerin unter den Personal- und Materialkosten enthalten sind. Insoweit wäre die Beteiligung der Antragstellerin an der K. GmbH nicht betriebsnotwendig.

III. Die Sache ist demnach an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen ist.

## 8. Netzentgeltgenehmigung: Keine Rückwirkung

§§ 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG a. F.

**§ 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG i. V. m. § 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG a. F. verbieten eine rückwirkende Entgeltgenehmigung. Mehrerlöse sind personenübergreifend auszugleichen.**

(Leitsatz der Redaktion)

BGH, B. v. 21.07.2009, EnVR 12/08, vorgängig OLG München, E. v. 13.12.2007, Kart 1/06

### Zum Sachverhalt:

I. Die Antragstellerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz im Versorgungsgebiet der Stadt Erding, der Gemeinden Berglern, Eitting und Marzling sowie Teilen der Gemeinden Fraunberg, Langenbach und Wartenberg. Am 31. Oktober 2005 beantragte sie bei der Landesregulierungsbehörde die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Mit Bescheid vom 31. Oktober 2006 genehmigte die Landesregulierungsbehörde – unter Ablehnung des weitergehenden Antrags – für den Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 niedrigere als die beantragten Höchstpreise. Sie begründete dies unter anderem mit einer Kürzung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie und mit der vollen Berücksichtigung der kostenmindernden Zinserträge aus den im Übrigen mangels Nachweises der Betriebsnotwendigkeit gekürzten liquiden Mitteln.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der – vom Beschwerdegericht zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

### Aus den Gründen:

II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg, soweit sie sich gegen die in dem Bescheid angeordnete Rückwirkung der Entgeltgenehmigung und gegen die Kürzung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie wendet. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

#### 1. Rückwirkung

Die Rechtsbeschwerde ist im Hinblick auf die in dem Genehmigungsbescheid angeordnete Rückwirkung der Entgeltgenehmigung begründet.

a) Das Beschwerdegericht hat die Zulässigkeit der Rückwirkung damit begründet, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Rückwirkung vorausgesetzt habe, weil nur so materiell rechtmäßige Zustände hätten hergestellt werden können. Die Verweisung in der Übergangsvorschrift des § 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG (in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung) auf die entsprechende Geltung des § 23a Abs. 5 EnWG stehe einer Rückwirkung nicht entgegen, weil jene Norm keinen materiellen, sondern lediglich einen formellen Behaltensgrund statuiere.

b) Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 27/07, RdE 2008, 334, Tz. 30 ff. - Stadtwerke Engen) im Einzelnen begründet hat, verbieten § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG i. V. mit § 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG a. F. zur Vermeidung einer Preisanpassung in sämtlichen Rechtsbeziehungen des Netzbetreibers mit den Strom-

versorgern eine rückwirkende Entgeltgenehmigung. Vielmehr sind Mehrerlöse, die ein Netzbetreiber dadurch erzielt, dass er bis zur Genehmigung der Netzentgelte seine ursprünglichen Entgelte beibehalten hat, periodenübergreifend auszugleichen (Senat, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323, Tz. 8 ff. - Vattenfall).

Entgegen der Rechtsbeschwerdeerwidrerung hat die Antragstellerin eine rückwirkende Entgeltgenehmigung auch nicht beantragt (dazu Senat RdE 2008, 334, Tz. 32 - Stadtwerke Engen) oder hiermit auf andere Weise ihr Einverständnis erklärt. Soweit sie in ihrem Entgeltgenehmigungsantrag vom 31. Oktober 2005 eine Genehmigung zum 1. Mai 2006 erbeten hat, betraf dies ersichtlich einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt, weil die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Antragstellung aus objektiver Sicht – wie auch § 23a Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 EnWG nahe legen – von einer Dauer des Genehmigungsverfahrens von höchstens sechs Monaten ausgehen durfte. Diese Sichtweise steht auch in Einklang mit ihrem späteren Schreiben vom 13. März 2006, in dem sie sich, sollte sich die Genehmigung nicht mehr bis zum 1. Mai 2006 durchführen lassen, auch mit einer späteren Genehmigung einverstanden erklärte. Soweit sie daher mit Schreiben vom 12. April 2006 einer rückwirkenden Genehmigung ausdrücklich widersprach, war hiermit – anders als die Rechtsbeschwerdeerwidrerung meint – keine nachträgliche Einschränkung ihres Antrags verbunden, sondern lediglich eine nochmalige Klarstellung ihrer von Anfang an geäußerten Rechtsposition.

Die in dem Genehmigungsbescheid angeordnete Rückwirkung kann daher keinen Bestand haben. Der Bescheid vom 31. Oktober 2006 ist deshalb dahin abzuändern, dass die genehmigten Entgelte erst mit Zustellung des Bescheids der Landesregulierungsbehörde wirksam werden.

2. Verlustenergie (vom Abdruck wurde abgesehen, weil die Ausführungen denen im zuvor abgedruckten Beschluss vom 21.07.2009 entsprechen).

## 9. Der Verbraucher schuldet bei einer kartellrechtswidrigen Preisspaltung nur den niedrigeren Preis

§§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 36 Abs. 2 GWB, 17 AktG

**1. Ein Gasversorger mit einem Marktanteil von noch 70 % ist marktbeherrschend.**

**2. Der Kunde eines Gasversorgers, der einen mit ca. 12 % höheren Preis zahlen soll als ein weiterer konzernabhängiger Gasversorger, schuldet im Grundsatz nur den niedrigeren Preis.**

**3. Dem kartellrechtlich korrigierten Preis ist ein Erheblichkeitszuschlag von 5 % zuzurechnen, weil der Unterlassungsanspruch des Kunden in Zukunft auf verhinderte wettbewerbliche Verhältnisse stoßen könnte.**

(Leitsätze der Redaktion)

OLG Frankfurt, U. v. 26.01.2010, 11 U 12/07 (Kart); vorgängig BGH, U. v. 23.06.2009, ZNER 2009, 384; davor OLG Frankfurt a. M., ZNER 2008, 55; LG Frankfurt a. M., ZNER 2007, 75

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen die Beklagte wegen einer vermeintlich missbräuchlichen Preisspaltung für Erdgaslieferung auf Unterlassung in Anspruch.

Die Beklagte ist eine Vertriebsgesellschaft für Erdgas im Netzgebiet der HSE (HEAG Südheissische Energie AG) und der Stadtwerke Mainz AG. Die HSE ist an der Beklagten zu 74,9 %, die Stadtwerke Mainz AG zu 25,1 % beteiligt. Zur HSE gehört als hundertprozentige Tochter die eben GmbH & Co, KG (im folgenden e-ben KG), die ebenfalls Erdgas vertreibt,