



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 48/18

Verkündet am:
27. April 2022
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß §§ 88 Abs. 5, 81 Abs. 1 Halbsatz 2 EnWG im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 18. März 2022 eingereicht werden konnten, durch den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Vogt-Beheim

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. März 2018 aufgehoben.

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 5. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten der Rechtsmittelinstanzen einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für die Rechtsmittelinstanzen wird auf 100.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1. I. Die Bundesnetzagentur hat mit zwei im Wesentlichen inhaltsgleichen Beschlüssen vom 5. Oktober 2016 (BK4-16-160 und BK4-16-161) den Eigenkapitalzinssatz zur Bestimmung der Erlösobergrenze für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode für Neuanlagen auf 6,91 % und für Altanlagen auf 5,12 % (jeweils vor Steuer) festgelegt. Bei einem Steuerfaktor von 1,225 liegt dabei dem Eigenkapitalzinssatz

für Neuanlagen ein Zinssatz von 5,64 % nach Steuern zugrunde, der sich aus einem risikolosen Zinssatz von 2,49 % und einem Zuschlag zur Abdeckung betriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse von 3,15 % zusammensetzt. Der Wagniszuschlag errechnet sich in dieser Höhe aus dem Produkt einer Marktisikoprämie von 3,8 % und einem Risikofaktor für Betreiber von Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen (Betafaktor) von 0,83.

2 Die Betroffene, die ein Gasverteilernetz betreibt, sowie eine große Anzahl von weiteren Netzbetreibern haben die Beschlüsse mit der Beschwerde angegriffen und die Festsetzung eines höheren Zinssatzes angestrebt. Das Beschwerdegericht hat 29 Verfahren als Pilotverfahren verhandelt und nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens und mündlicher Anhörung der gerichtlichen Sachverständigen entschieden. In den weitgehend wortgleichen Beschlüssen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, RdE 2018, 264) hat es die angefochtenen Festlegungen aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet.

3 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde strebt die Bundesnetzagentur weiterhin die Zurückweisung der Beschwerde an. Die Beteiligten haben einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt.

4 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Zurückweisung der Beschwerde. Der Bundesgerichtshof hat bereits in mehreren Verfahren entschieden, dass die angefochtene Festlegung der Bundesnetzagentur entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist (BGH, Beschlüsse vom 9. Juli 2019 - EnVR 41/18, ZNER 2019, 431; EnVR 52/18, RdE 2019, 456 - Eigenkapitalzinssatz II; vom 3. März 2020 - EnVR 26/18, RdE 2020, 319 - Eigenkapitalzinssatz III; s.a. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2021 - 1 BvR 1588/20 u.a., juris [Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen]). Die Rechtsbeschwerdeerwiderung zeigt keine Gesichtspunkte auf, die Anlass zu einer abweichenden Beurteilung geben.

Die Bundesnetzagentur hat die in Rede stehenden Eigenkapitalzinssätze für Neu- und für Altanlagen gemäß § 21 Abs. 2 EnWG in der bis zum 26. Juli 2021 geltenden Fassung, § 7 Abs. 4, 5 GasNEV zutreffend bestimmt.

- 5 1. Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV darf der Eigenkapitalzinssatz den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nicht überschreiten. Bei der Ermittlung dieses Zuschlags hat die Regulierungsbehörde gemäß § 7 Abs. 5 GasNEV insbesondere die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Netzbetreibern auf diesen Märkten, die durchschnittliche Verzinsung des Eigenkapitals von Netzbetreibern auf ausländischen Märkten sowie beobachtete und quantifizierbare unternehmerische Wagnisse zu berücksichtigen.
- 6 2. Diese Regelungen finden, wie der Senat bereits in anderem Zusammenhang entschieden hat, auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. September 2021 (C-718/18, juris Rn. 112 ff.) weiterhin Anwendung (BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 2019 - EnVR 58/18, RdE 2020, 78 Rn. 60 ff. - Normativer Regulierungsrahmen; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 13 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 7. Dezember 2021 - EnVR 6/21, juris Rn. 9 f. - Kapitalkostenabzug).
- 7 3. Wie der Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, ergeben sich aus den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte dafür, dass die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode (CAPM) auf Basis der verwendeten Datenreihen (DMS) nicht geeignet ist, den historischen Besonderheiten am Kapitalmarkt, insbesondere im Hinblick auf die

Folgen der ab dem Jahr 2007 aufgetretenen Finanzkrise, angemessen Rechnung zu tragen. Eine zusätzliche Plausibilisierung der auf dieser Grundlage gefundenen Werte war - anders als das Beschwerdegericht gemeint hat - nicht geboten (näher zum Ganzen: BGH, RdE 2019, 456 Rn. 39 ff. - Eigenkapitalzinssatz II, RdE 2020, 319 Rn. 6 ff., 28 ff. - Eigenkapitalzinssatz III). Auch leidet die angegriffene Festlegung unter keinem Begründungsmangel (BGH, RdE 2020, 319 Rn. 39 f. - Eigenkapitalzins III). Die Rechtsbeschwerde zeigt keine Gesichtspunkte auf, die Anlass zu einer abweichenden Beurteilung geben.

8 4. Aus den Erwägungen der Bundesnetzagentur zur Berücksichtigung von Entscheidungen ausländischer Regulierungsbehörden über die Eigenkapitalverzinsung ergeben sich - anders als das Beschwerdegericht meint - ebenfalls keine Rechtsfehler der angefochtenen Festlegung. Zum einen beruht die angefochtene Festlegung nicht auf den darin enthaltenen Ausführungen zu Regulierungsentscheidungen im Ausland; es bedarf daher keiner Entscheidung, ob diese Erwägungen für sich genommen zutreffend sind. Zum anderen ist der Vorschrift des § 7 Abs. 5 Nr. 2 GasNEV nicht zu entnehmen, dass die Bundesnetzagentur zwingend eine vergleichende Betrachtung von Entscheidungen ausländischer Regulierungsbehörden durchführen muss. Führt sie eine solche durch, steht ihr auch insoweit ein Spielraum in Bezug auf die Wahl der Methode zu. Der in Ausübung dieses Spielraums gewählte Ansatz, im Hinblick auf unterschiedliche Zeitpunkte, Rahmenbedingungen und Herangehensweisen von einer umfassenden Analyse abzusehen und lediglich zu überprüfen, ob der mit Hilfe von CAPM und DMS ermittelte Zinssatz innerhalb der Bandbreite europäischer Vergleichsländer liegt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (näher zum Ganzen: BGH, RdE 2019, 456 Rn. 66 ff. - Eigenkapitalzinssatz II).

9 III. Die angegriffene Festlegung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als rechtsfehlerhaft.

10 1. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung zeigt keinen Verstoß gegen § 7
Abs. 5 Nr. 1 GasNEV auf.

11 a) Zu Recht hat das Beschwerdegericht die DMS-Daten nicht deshalb
als ungeeignet angesehen, weil Deutschland darin unterrepräsentiert wäre. Nach
§ 7 Abs. 5 Nr. 1 GasNEV sind die Verhältnisse auf den nationalen und den inter-
nationalen Kapitalmärkten zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich keine feste Vor-
gabe hinsichtlich der Frage, in welcher Weise und mit welcher Gewichtung der
deutsche Kapitalmarkt und die Kapitalmärkte anderer Länder einzubeziehen
sind. Vielmehr steht der Regulierungsbehörde auch insoweit ein Spielraum zu,
von dem die Bundesnetzagentur in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch
gemacht hat (BGH, RdE 2019, 456 Rn. 119 f. - Eigenkapitalzinssatz II; RdE 2020,
319 Rn. 24 - Eigenkapitalzinssatz III).

12 Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts sind die Marktrisikoprä-
mien in entwickelten Ökonomien unabhängig vom Währungsraum recht gut ver-
gleichbar. Darüber hinaus müssen sich deutsche Netze an internationalen Ren-
diteerwartungen messen lassen. Vor diesem Hintergrund ist ein Rückgriff auf Da-
ten aus einer Vielzahl von Ländern aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden
(BGH, RdE 2019, 456 Rn. 121 - Eigenkapitalzinssatz II; RdE 2020, 319 Rn. 21 ff.
- Eigenkapitalzinssatz III).

13 b) Anders als die Betroffene meint, lässt sich im Hinblick auf die Ge-
wichtung der auf Deutschland bezogenen Kapitalmarktdaten keine widersprüch-
liche Behördenpraxis erkennen, die einen Verstoß gegen das Gebot der Selbst-
bindung der Verwaltung begründen könnte. Die von der Rechtsbeschwerdeerwi-
derung in Bezug genommene Verwaltungspraxis betrifft allein die Regulierung
von Telekommunikationsnetzen. Dass die Bundesnetzagentur die dort angewen-
deten Grundsätze in ständiger Praxis auch auf Strom- oder Gasnetze anwendet,

ist weder aufgezeigt noch sonst ersichtlich. Damit fehlt es an einer Verwaltungspraxis, die zu einer Selbstbindung führen könnte (ausführlich dazu BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2018 - EnVR 48/17, RdE 2019, 172 Rn. 20 ff. - Eigenkapitalzinssatz).

14 c) Ebenfalls ohne Erfolg macht die Betroffene geltend, die Bundesnetzagentur habe für die Bildung der Marktrisikoprämie rechtsfehlerhaft den Mittelwert aus dem arithmetischen und dem geometrischen Mittelwert der DMS-Daten gebildet. Diese Vorgehensweise hat der Bundesgerichtshof sowohl für die erste als auch für die - hier maßgebliche - dritte Regulierungsperiode als rechtsfehlerfrei angesehen (BGH, Beschluss vom 27. Januar 2015 - EnVR 39/13, ZNER 2015, 116 Rn. 45 ff. - Thyssengas GmbH; RdE 2019, 456 Rn. 128 ff. - Eigenkapitalzinssatz II). Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts haben sich im Streitfall - auch im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Autokorrelation - keine abweichenden Erkenntnisse ergeben, die eine andere Methode als klar überlegen erscheinen ließen.

15 2. Ohne Rechtsfehler ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, die Bundesnetzagentur habe den Wagniszuschlag nach § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV zutreffend auf 3,15 % und damit geringer als für die zweite Regulierungsperiode festgesetzt.

16 Die durch die sogenannte Energiewende entstandenen Anforderungen an Netzbetreiber erfordern nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts keine Erhöhung des Risikofaktors oder des Wagniszuschlags. Diese im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung ist möglich und lässt keine Rechtsfehler erkennen (näher: BGH, RdE 2019, 456 Rn. 132 ff. - Eigenkapitalzinssatz II). Weshalb allein eine gegenüber zurückliegenden Jahren erhöhte Volatilität der Kapitalmärkte, wie sie die Betroffene geltend macht, einen höheren Wagniszuschlag zwingend erforderte, ist nicht dargelegt.

17 3. Zu Recht hat das Beschwerdegericht schließlich die von der Bundesnetzagentur angewendete Methode zur Berechnung des auf den Eigenkapitalanteil gewährten Zinssatzes für Altanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 GasNEV nicht beanstandet. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, ist es rechtsfehlerfrei, den Abzug für Altanlagen von dem für Neuanlagen maßgeblichen Wert nach Steuern vorzunehmen (BGH, RdE 2019, 456 Rn. 93 ff. - Eigenkapitalzinssatz II).

18 IV. Danach ist die Sache zur Entscheidung reif. Auf Grundlage der Feststellungen des Beschwerdegerichts erweist sich die Beschwerde als unbegründet (BGH, RdE 2019, 456 Rn. 145 ff. - Eigenkapitalzinssatz II).

19 V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Vogt-Beheim

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.03.2018 - VI-3 Kart 466/16 [V] -