



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 81/07

Verkündet am:
25. September 2008
Bott
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Oktober 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen wird.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens und des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5.585.871,09 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Antragstellerin betreibt das Stromübertragungsnetz im Bereich der Stadt Regensburg. Am 28. Oktober 2005 beantragte sie bei der zuständigen Bundesnetzagentur die Genehmigung ihrer Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Mit Bescheid vom 12. Dezember 2006 genehmigte die Bundesnetzagentur - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - für den Zeitraum vom 1. Dezember 2006 bis 31. Dezember 2007 niedrigere als die von der Antragstellerin beantragten Höchstpreise. Sie begründete dies unter anderem mit Kürzungen bei den Kostenpo-

sitionen kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer.

- 2 Hiergegen hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt, mit der sie gleichzeitig die Verpflichtung der Bundesnetzagentur begehrt, bei einer Neubescheidung die übrigen in dem angegriffenen Bescheid zugrunde gelegten Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht zu ihren Lasten zu verändern. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die - vom Beschwerdegericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.
- 3 II. Die Rechtsbeschwerde hat insoweit Erfolg, als sie die im Rahmen der Restwertermittlung nach § 32 Abs. 3 StromNEV getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Anwendung der Verwaltungsvorschriften über Nutzungsperioden durch die bayerischen Genehmigungsbehörden als unzureichend beanstandet und sich hinsichtlich der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV gegen die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes wendet. Im Übrigen bleibt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.
- 4 1. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass bei der Bestimmung der Nutzungsperioden für die Restwertermittlung nach § 32 Abs. 3 StromNEV nicht die Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 4 StromNEV, sondern diejenige des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV Anwendung findet. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die Voraussetzungen für die Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV erfüllt. Allerdings hat das Beschwerdegericht keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, welche Verwaltungsvorschriften über Nutzungsperioden die bayerischen Genehmigungsbehörden angewandt haben.
- 5 a) Die Vermutung nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV findet Anwendung, soweit vor dem Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung bei der Stromtarifbildung nach der Bundestarifordnung Elektrizität Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes

zu berücksichtigen waren und von Dritten gefordert wurden. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

6 aa) Vor Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung waren die Stromtarife der Antragstellerin nach der jeweils gültigen Fassung der Bundestarifordnung Elektrizität zu bilden. Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 42/07 - Rheinhessische Energie, Tz. 11) entschieden und im Einzelnen begründet hat, sind unter "Bundestarifordnung Elektrizität" im Sinne des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nicht nur die am 1. Januar 1990 in Kraft getretene Neufassung der Bundestarifordnung Elektrizität (im Folgenden: BTOElt) vom 18. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2255) zu verstehen, sondern auch deren Vorgängerregelungen. Hiervon ist das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es auch unerheblich, ob die Netzkosten bei der Preisbildung der Netzentgelte der Antragstellerin tatsächlich berücksichtigt worden sind. Nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV kommt es allein darauf an, dass die Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes - wie dies für die Antragstellerin der Fall war - bei der Tarifbildung zu berücksichtigen waren. Keine Bedeutung kommt deshalb dem Umstand zu, dass der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (im Folgenden: Antragstellerin) in dem fraglichen Zeitraum Genehmigungen erteilt wurden, bei denen die für die Vorlieferantin der Antragstellerin erteilten kostenbasierten Tarifgenehmigungen ohne Prüfung ihrer eigenen Kosten- und Erlöslage auf die Antragstellerin erstreckt wurden bzw. ihr Tarifgenehmigungen erteilt wurden, die inhaltlich auf den Tarifen der Vorlieferantin beruhten (Senat aaO Tz. 12 f.).

7 Der Antragstellerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, der Anwendbarkeit der Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV stehe entgegen, dass nach § 12a BTOElt 1980 bzw. § 12 BTOElt 1989 die Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes lediglich bei der Bildung der Entgelte für den Tarifkundenbereich zu berücksichtigen seien. Der Bestimmung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV kann nicht entnommen werden, dass die Vermutung nicht eingreifen soll, wenn durch

das Netz auch Sonderkunden versorgt werden. Andernfalls hätte die Vorschrift auch nahezu keinen Anwendungsbereich (vgl. Senat aaO Tz. 14).

- 8 bb) Das Beschwerdegericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragstellerin kostenbasierte Preise im Sinne von § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV auch von Dritten gefordert hat. Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (aaO Tz. 16 ff.) entschieden hat, wird die Vermutungsregelung nicht dadurch unanwendbar, dass die in den Tarifgenehmigungen vorgegebenen Höchstbeträge anhand der Kosten- und Erlöslage der Vorlieferantin und nicht anhand der individuellen Kosten- und Erlösstruktur der Antragstellerin ermittelt wurden. Die Praxis der Regulatorbehörden bei der Erteilung der Tarifgenehmigungen beruhte auf der Annahme einer ähnlichen Kostenlage. Maßstab blieb aber die Kostenlage des Weiterverteilunternehmens. Entscheidend ist allein, ob das Tarifgenehmigungsverfahren nach der Bundestarifordnung Elektrizität Anwendung fand und ob die so genehmigten Tarife von Dritten gefordert wurden. Die Ausführungen der Antragstellerin geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.
- 9 b) Nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV wird vermutet, dass die nach den Verwaltungsvorschriften der Länder zur Darstellung der Kosten- und Erlöslage im Tarifgenehmigungsverfahren jeweils zulässigen Nutzungsperioden der Ermittlung der Kosten zugrunde gelegt wurden.
- 10 aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (aaO Tz. 21) im Einzelnen begründet hat, ist der Begriff der Verwaltungsvorschriften nach Sinn und Zweck des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV weit auszulegen; er umfasst nicht nur die Verwaltungsvorschriften im engeren rechtstechnischen Sinne, sondern alle abstraktgenerellen Regelungen unterhalb der Gesetzes- und Verordnungsebene, welche die Genehmigungsbehörde im Genehmigungsverfahren angewandt hat. Hierzu zählen unter anderem die Arbeitsanleitung 1981 und die Preiserrechnungsgrundsätze für Elektrizität des Arbeitsausschusses Energiepreise beim Bundeswirtschaftsministerium vom 28./29. Oktober 1965 (Senat aaO Tz. 23 f.). Soweit die Antragstellerin die

Anwendbarkeit dieser Vorschriften wegen ihrer fehlenden Veröffentlichung bzw. Bekanntgabe in Zweifel zieht, kommt es hierauf bei der Anwendbarkeit des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nicht an (Senat aaO Tz. 26).

11 bb) Die Antragstellerin rügt jedoch mit Erfolg, dass das Beschwerdegericht nicht hinreichend festgestellt hat, welche Verwaltungsvorschriften über Nutzungsperioden die bayerischen Genehmigungsbehörden angewandt haben. Nachdem die Antragstellerin eine entsprechende Rüge gegen den angefochtenen Bescheid bereits mit ihrer Beschwerde erhoben hat, hätte das Beschwerdegericht den Sachverhalt insoweit von Amts wegen erforschen müssen (§ 82 EnWG). Im Einzelnen:

12 Für den Zeitraum ab dem 1. Januar 1982 ist das Beschwerdegericht von einer Geltung der Arbeitsanleitung 1981 für Bayern ausgegangen, ohne hinreichend zu begründen, worauf diese Feststellung beruht. Aus dem von der Bundesnetzagentur vorgelegten Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 15. September 1982 ergibt sich keine generelle Anwendung der Arbeitsanleitung, weil dieses Schreiben nur an bestimmte andere Energieversorger gerichtet war. Dass sich hierunter auch die Vorlieferantin der Antragstellerin befand, ist nicht ausreichend. Etwas anderes würde allerdings dann gelten, wenn die Adressaten des Rundschreibens die einzigen Energieversorger waren, denen in Bayern originär Tarifgenehmigungen nach der Bundestarifordnung Elektrizität erteilt wurden.

13 In Bezug auf den Zeitraum ab dem 15. März 1966 hat das Beschwerdegericht zwar zu Recht - und von der Antragstellerin auch nicht beanstandet - festgestellt, dass mit Erlass des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 15. März 1966 die Preiserrechnungsgrundsätze für Elektrizität des Arbeitsausschusses Energiepreise beim Bundeswirtschaftsministerium vom 28./29. Oktober 1965 in Kraft gesetzt wurden; die Preiserrechnungsgrundsätze enthielten auch Angaben zu den zulässigen Nutzungsperioden, indem für die Einzelheiten der Kostenermittlung auf die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) nach der Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom

21. November 1953 (BAnz. Nr. 244 vom 18.12.1953) verwiesen wurde, nach deren Nr. 39 für den Umfang der Gesamtnutzung die erfahrungsgemäße Lebensdauer der Anlage oder ihre geschätzte Leistungsmenge unter Berücksichtigung der üblichen technischen Leistungsfähigkeit maßgebend war. Insoweit beanstandet aber die Antragstellerin zu Recht, dass die Feststellung des Beschwerdegerichts, zur Ausfüllung dieser Leitsätze seien auch in Bayern bestimmte Tabellen zur Ermittlung der Nutzungsperioden, nämlich die sogenannten Westfalenrichtlinien vom 19. September 1944 und in den 1970er Jahren die steuerlichen AfA-Tabellen, gebräuchlich gewesen, einer tragfähigen Grundlage entbehrt. Die vom Beschwerdegericht herangezogene Kommentarstelle (Daub, Handkommentar der VPöA und LSP 1954, S. 153) besagt hierzu nichts.

- 14 Schließlich hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt, welche Verwaltungsvorschriften über Nutzungsperioden die bayerischen Genehmigungsbehörden in der Zeit vor Inkrafttreten des Erlasses vom 15. März 1966 angewandt haben.
- 15 c) Die Antragstellerin kann sich nicht darauf berufen, dass sie gegenüber den in die Zuständigkeit der bayerischen Landesregulierungsbehörden fallenden Netzbetreibern benachteiligt werde, weil diesen von den dortigen Behörden im Wege einer vergleichweisen Einigung der Ansatz der unteren Werte der Anlage 1 zur Stromnetzentgeltverordnung, verbunden mit einem Abschlag von 10% auf die so ermittelten Restwerte, angeboten würde. Diese Verfahrensweise diene der außgerichtlichen Streitbeilegung und kann für Dritte keine Wirkungen entfalten.
- 16 Soweit sich die Antragstellerin auf das in § 60a Abs. 1 EnWG normierte Ziel der Sicherstellung eines bundeseinheitlichen Vollzugs des Energiewirtschaftsgesetzes stützt, kann sie hieraus für sich nichts herleiten. Die Norm richtet sich ausschließlich an die Regulierungsbehörden. Im Übrigen würde hieraus für Dritte auch nur ein Anspruch auf eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Entscheidung folgen.

- 17 2. Das Beschwerdegericht hat mit Recht bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 StromNEV (in der bis zum 5. November 2007 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.) die für die Berechnung von Netzentgelten zugelassene Eigenkapitalquote von 40% zweimal angewandt (sog. doppelte Deckelung). Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 42/07 - Rhein Hessische Energie, Tz. 33 ff.) im Einzelnen begründet hat, entspricht diese Berechnungsweise den Vorgaben des § 7 Abs. 1 StromNEV a.F. Die Ausführungen der Antragstellerin geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.
- 18 3. Dagegen halten die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- 19 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. grundsätzlich entsprechend § 5 Abs. 2 Halbs. 1 StromNEV in Höhe der tatsächlichen Fremdkapitalzinsen des Netzbetreibers zu erfolgen habe, höchstens jedoch entsprechend § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen. Da die Antragstellerin zum einen Fremddarlehen zu einem durchschnittlichen Zinssatz von 5,12% p.a. und zum anderen - sogar in größerem Umfang - Gesellschafterdarlehen zu einem Zinssatz von 2,05% p.a. aufgenommen habe, sei es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur für den Fremdkapitalzinssatz das arithmetische Mittel aus den beiden von der Antragstellerin tatsächlich gezahlten Zinssätzen, mithin 3,59% p.a., zugrunde gelegt habe. Für den Ansatz eines höheren Zinssatzes entsprechend dem auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten sei kein Raum.
- 20 b) Diese Beurteilung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
- 21 Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 42/07 - Rhein Hessische Energie, Tz. 50 ff.) entschieden hat, ist der Fremdkapitalzinssatz i.S. des § 7

Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. nach den Maßstäben des § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV zu ermitteln. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist dagegen die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Halbs. 1 StromNEV, die auf die tatsächlichen Kostenpositionen des einzelnen Netzbetreibers abstellt, nicht anwendbar, weil für den nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. zu verzinsenden Eigenkapitalanteil tatsächlich keine Fremdkapitalzinsen anfallen. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Antragstellerin wären von ihren Gesellschaftern weitere Kredite zu den früher vereinbarten Zinssätzen eingeräumt worden, ist reine Spekulation. Aufgrund dessen kann sich die (mittelbare) Verweisung in § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. nur auf § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV beziehen. Danach bemessen sich die Fremdkapitalzinsen nach der Höhe des Zinssatzes, zu dem sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital hätte verschaffen können. Dabei kann die Höhe des Fremdkapitalzinssatzes nach dem auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand zuzüglich eines angemessenen Risikozuschlags bemessen werden. Für die Risikobewertung sind aus der Sicht eines fiktiven Kreditgebers die Einschätzung der Bonität des Emittenten und die Art der Emission maßgeblich, wobei jedoch keine unternehmensscharfe Risikobewertung vorgenommen werden muss, sondern aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen geboten ist. Für die Bemessung des Risikozuschlags bedarf es noch weiterer Feststellungen des Beschwerdegerichts.

- 22 4. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer durch die Bundesnetzagentur wendet. Wie der Senat mit Beschlüssen vom 14. August 2008 im Einzelnen begründet hat, kann die Gewerbesteuer gemäß § 8 StromNEV nur kalkulatorisch in Ansatz gebracht werden, während eine Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Gewerbesteuerzahlungen über § 5 Abs. 1 StromNEV nicht zulässig ist (KVR 36/07 - Stadtwerke Trier, Tz. 78 ff.); lediglich die

In-sich-Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer ist nach § 8 Satz 2 StromNEV zu berücksichtigen (KVR 42/07 - Rheinhessische Energie, Tz. 67 ff.).

23 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin haben Hinzurechnungen und Kürzungen nach §§ 8, 9 GewStG - wie der Senat ebenfalls mit Beschlüssen vom 14. August 2008 entschieden hat (KVR 39/07 - Vattenfall, Tz. 68 ff., und KVR 42/07 - Rheinhessische Energie, Tz. 71 ff.) - außer Ansatz zu bleiben. Dies gilt insbesondere auch für die hälftigen Dauerschuldzinsen. Der Verordnungsgeber hat bei der Festlegung der Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer einen rein kalkulatorischen Ansatz gewählt, indem die kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zu berechnen ist. Die Vorschrift des § 8 StromNEV hat den Zweck, dem Netzbetreiber die Eigenkapitalverzinsung zu erhalten. Für steuerliche Hinzurechnungen und Kürzungen gemäß §§ 8, 9 GewStG ist dagegen kein Raum. Dies ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus § 8 Satz 2 StromNEV, der lediglich die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst zulässt.

24 5. Schließlich hat das Beschwerdegericht zu Recht das Begehren der Antragstellerin zurückgewiesen, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, bei einer Neubewertung die übrigen Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht zu ihren Lasten zu verändern. Für eine solche Bindung gibt es - wie auch die Möglichkeit eines Widerrufs der Entgeltgenehmigung nach § 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG zeigt - keine rechtliche Grundlage.

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

26 IV. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 5.585.871,09 € festgesetzt. Dies ergibt sich aus der Differenz zwischen den nach der - im Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Antragstellerin zu berücksichtigenden Netzkosten und den von der Bundesnetzagentur anerkannten Netzkos-

ten und entspricht dem Interesse der Antragstellerin (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG i.V. mit § 3 ZPO). Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren ist entsprechend herabzusetzen (§ 63 Abs. 3 GKG).

Tolksdorf

Bornkamm

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.10.2007 - VI-3 Kart 3/07 (V) -