



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 50/18

Verkündet am:
3. Juni 2020
Anderer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GasNEV § 6 Abs. 3 Satz 3

Bei Gasversorgungsnetzen in Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sind zeitnahe übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten für Anlagegüter, deren Errichtung zeitlich vor ihrer erstmaligen Bewertung in Deutscher Mark liegt, diejenigen Anschaffungs- und Herstellungskosten, welche in zeitlicher Nähe zur erstmaligen Bewertung dieser Anlagegüter in Deutscher Mark üblich waren.

BGH, Beschluss vom 3. Juni 2020 - EnVR 50/18 - OLG Brandenburg

ECLI:DE:BGH:2020:030620BENVR50.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Schoppmeyer, Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Rombach

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des Kartellsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 13. März 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beschwerde der Betroffenen hinsichtlich der kalkulatorischen Abschreibungen des DDR-Altanlagevermögens zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Bundesnetzagentur aufgegeben, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der jeweiligen Gegenseite tragen die Bundesnetzagentur 60 % und die Betroffene 40 %.

Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Sie wendet sich im Rechtsbeschwerdeverfahren gegen die Bemessung der kalkulatorischen Abschreibungen für vor dem 1. Juli 1990 errichtetes Anlagevermögen im Zusammenhang mit der Festlegung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode.

- 2 Die Rechtsvorgängerin der Betroffenen übernahm zum 31. Dezember 1996 ein zum Teil vor dem 1. Juli 1990 erstelltes Gasverteilernetz von der E. Stadt B. GmbH (fortan: E.). Der Anlagenspiegel der von der EBH zum 1. Januar 1992 erstellten Eröffnungsbilanz wies bilanzierte Restwerte für Sachanlagevermögen in Höhe von 1.758.681 DM aus. Davon entfielen auf technische Anlagen und Maschinen 1.400.669 DM. Dieser Ansatz erfasste ausschließlich Gaszähler und Gasdruckregelanlagen. Das Rohrleitungsnetz mit einer Länge von insgesamt 171,5 km war mit 0 DM angesetzt.

- 3 Die Betroffene holte für sämtliche Anlagen, welche sie von der E. übernommen hatte und welche am 31. Dezember 2005 bei der Betroffenen noch vorhanden waren, ein Bewertungsgutachten ein. Das Gutachten vom 21. November 2007 (fortan: W. -Gutachten) bewertete diese Anlagen im Wesentlichen auf der Grundlage der Preise der von der Betroffenen in den Jahren 2003 bis 2007 realisierten Vorhaben. Die Landesregulierungsbehörde legte die im W. -Gutachten ermittelten Werte ihren Beschlüssen vom 21. Mai 2008 und 22. Dezember 2008 zur Genehmigung von Netzentgelten der Betroffenen im Sinne des § 23a EnWG und zur Festlegung der Erlösobergrenze der ersten Regulierungsperiode zugrunde.

4 Mit Beschluss vom 27. Januar 2014 legte die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung der Aufgaben der Landesregulierungsbehörde die Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode für die Betroffene fest. Dabei bewertete sie die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für vor 1990 errichtete Anlagen (fortan: DDR-Altanlagen) um mehr als 80% niedriger als von der Betroffenen geltend gemacht.

5 Hiergegen hat die Betroffene Beschwerde eingelegt, mit der sie - soweit noch von Interesse - beantragt hat, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, sie hinsichtlich der Berechnung der kalkulatorischen Kapitalkosten aufgrund der Bewertung des DDR-Altanlagevermögens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde in diesem Punkt zurückgewiesen. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren weiter. Die Bundesnetzagentur tritt der Rechtsbeschwerde entgegen.

6 B. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

7 I. Das Beschwerdegericht hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Bundesnetzagentur habe die Rest- und Tagesneuwerte des DDR-Altanlagenvermögens für die zweite Regulierungsperiode nicht zu niedrig angesetzt. Eine Bindungswirkung hinsichtlich dieser Werte komme weder der nach § 23a EnWG erteilten Entgeltgenehmigung noch der für die erste Regulierungsperiode getroffenen Festlegung der Erlösobergrenze zu.

8 Die Bewertung des Sachanlagevermögens erfolge im Rahmen der kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 GasNEV. Für im Beitrittsgebiet vor dem 1. Juli 1990 errichtete Anlagen bestimme § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV, dass anstelle der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten fiktive Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz gebracht werden könnten.

Hierbei müsse es sich um zeitnahe übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten handeln. Dies seien die Kosten, welche sich auf der Grundlage der in zeitlicher Nähe zum 1. Juli 1990 üblichen Kosten für die Anschaffung und Herstellung der Anlagen ergäben. Diesen Anforderungen genüge das W. - Gutachten nicht, weil dieses Gutachten zur Ermittlung der Anschaffungs- und Herstellungskosten für die DDR-Altanlagen die Preise zugrunde lege, welche von der Betroffenen für in den Jahren 2003 bis 2007 realisierte Vorhaben gezahlt worden seien.

9 Soweit die Bundesnetzagentur für die Anschaffungs- und Herstellungskosten der DDR-Altanlagen nur 1.697.879 € berücksichtige, sei dies nicht zum Nachteil der Betroffenen falsch. Auch wenn die der Bewertung mit 0 DM im Anlagenspiegel 1992 zu Grunde liegende steuerliche Abschreibungsdauer von 24 Jahren wesentlich kürzer sei als die nach Anlage 1 zur GasNEV zu berücksichtigende Untergrenze der Nutzungsdauern von 45 bzw. 55 Jahren, sei nichts dafür ersichtlich, dass ein höherer Ansatz zum 1. Januar 1992 als der von der Bundesnetzagentur der Berechnung im Ausgangspunkt zugrunde gelegten 899.199,32 € gerechtfertigt sei. Dass der Anlagenspiegel 1992 keinen vollständig realistischen Wert der übernommenen Anlagen abbilde, sei unerheblich. Die Betroffene treffe im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenze eine Mitwirkungslast, der sie hinsichtlich der von ihr beantragten Wertansätze für das DDR-Altanlagevermögen nicht ausreichend nachgekommen sei.

10 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand. Mit der Begründung des Beschwerdegerichts lässt sich nicht ausschließen, dass die Bundesnetzagentur die kalkulatorischen Kosten für betriebsnotwendige Anlagegüter zum Nachteil der Betroffenen zu niedrig angesetzt hat.

11 1. Allerdings nimmt das Beschwerdegericht zutreffend an, dass weder die Kostenprüfung im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG

noch die Festlegung des Ausgangsniveaus für die erste Regulierungsperiode hinsichtlich der kalkulatorischen Restwerte eine Bindungswirkung zugunsten der Betroffenen für die folgende Regulierungsperiode entfalten. Die Betroffene kann sich mithin nicht darauf berufen, dass die Landesregulierungsbehörde den Bescheiden vom 21. Mai 2008 und 22. Dezember 2008 die von ihr angegebenen Anschaffungs- und Herstellungskosten zugrunde gelegt hat.

12 Gemäß § 6 Abs. 1 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Gasnetzentgeltverordnung. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 ARegV erfolgt die Kostenprüfung im vorletzten Kalenderjahr auf der Grundlage der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres. Ob danach die in einer vorausgegangenen Regulierungsperiode zugrunde gelegten Daten fortzuschreiben sind oder eine neue Prüfung möglich ist, richtet sich nach den jeweiligen Bestimmungen der Gasnetzentgeltverordnung, insbesondere den §§ 4 bis 10 GasNEV und den hierzu geltenden Grundsätzen.

13 Diese Bestimmungen schließen es nicht aus, die in einer früheren Regulierungsperiode im Rahmen der kalkulatorischen Abschreibung nach § 6 GasNEV festgestellten historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten bei einer späteren Festlegung zu überprüfen. Die Beurteilung durch die Landesregulierungsbehörde hat keine bindende Wirkung für die Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV. Dafür fehlt es an einer rechtlichen Grundlage (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 Rn. 14 - Stadtwerke Freudenstadt II). Die Bundesnetzagentur war an der Veränderung des Ansatzes auch nicht durch § 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV gehindert. Diese Norm soll lediglich sicherstellen, dass es nicht zu versteckten Abschreibungen unter Null kommt (vgl. BR-Drucks. 247/05, S. 28 f.; BGH, Beschluss vom 12. November 2019 - EnVR 109/18, ZNER 2020, 19 Rn. 15 ff. -

Dortmunder Netz GmbH). Sie schützt dagegen nicht das Vertrauen des Netzbetreibers auf die Fortführung einer rechtswidrigen Abschreibung.

- 14 Entgegen der Rechtsbeschwerde hat der erstmalige Bescheid über die Erlösobergrenze auch keine Feststellungswirkung hinsichtlich der darin nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte. Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, beschränkt sich die Verbindlichkeit von Verwaltungsakten gegenüber anderen Behörden und Gerichten auf die als Tatbestandswirkung bezeichnete Geltung der getroffenen Anordnung (BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13, RdE 2015, 183 Rn. 19 - Festlegung Tagesneuwerte II). § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV ordnet keine über die Tatbestandswirkung hinausgehende "Feststellungswirkung" gesetzlich an. Dies folgt auch nicht aus § 32 Abs. 3 Satz 1 GasNEV in der bis zum 30. Dezember 2019 geltenden Fassung. Diese Bestimmung betrifft lediglich die Bestimmung der kalkulatorischen Restwerte für die erstmalige Ermittlung der Netzentgelte nach den Vorschriften der Verordnung und beim Übergang von einer nach anderen Grundsätzen erfolgten Kostenberechnung zu der Kostenberechnung nach der Verordnung (vgl. BGH, ZNER 2020, 19 Rn. 20, 28 - Dortmunder Netz GmbH).
- 15 2. Weiter zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass Ausgangspunkt für die kalkulatorischen Abschreibungen der DDR-Altanlagen der Betroffenen diejenigen Anschaffungs- und Herstellungskosten sind, welche in zeitlicher Nähe zur erstmaligen Bewertung dieser Anlagegüter in Deutscher Mark üblich waren.
- 16 Die maßgeblichen Ausgangswerte für die kalkulatorischen Abschreibungen bei Altanlagen richten sich nach § 6 Abs. 2, 3 GasNEV. Grundlage sind die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter des Netzbetreibers. Hierbei handelt es sich um die im Zeitpunkt ihrer Anschaffung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten

(arg. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GasNEV). Abweichend hiervon ermöglicht § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV für Anlagegüter, deren Errichtung zeitlich vor ihrer erstmaligen Bewertung in Deutscher Mark liegt, statt der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten fiktive Anschaffungs- und Herstellungskosten zu verwenden, sofern das Gasversorgungsnetz - wie im Streitfall - in einem der neuen Bundesländer oder Berlin liegt. Hierzu sind zeitnahe übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten zu verwenden und die Anschaffungs- und Herstellungskosten durch eine Rückrechnung mittels der anwendbaren Preisindizes zu ermitteln.

17

Mit zeitnahen üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten meint § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV nicht die zum Zeitpunkt der Anschaffung üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten. Dies ergibt sich aus der von § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV vorgesehenen Rückrechnung auf die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten mittels der anwendbaren Preisindizes. Ebenso wenig stellt § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV auf den Zeitpunkt ab, zu dem die kalkulatorischen Abschreibungen erstmals nach der am 29. Juli 2005 in Kraft getretenen Gasnetzentgeltverordnung zu ermitteln sind. Da nach § 6 Abs. 1 Satz 3 GasNEV Altanlagen sämtliche Anlagegüter sind, die vor dem 1. Januar 2006 aktiviert wurden, führte dies dazu, dass für die DDR-Altanlagen stets die zu diesem Stichtag üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten maßgeblich wären. Vielmehr sollen die fiktiven Anschaffungs- und Herstellungskosten für DDR-Altanlagen soweit wie möglich den tatsächlichen Anschaffungskosten entsprechen. Daraus folgt, dass die zur Bewertung herangezogenen Anschaffungs- und Herstellungskosten möglichst zeitnah zu einer erstmaligen Bewertungsmöglichkeit in Deutscher Mark liegen sollen. Da § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV in der Fassung des Regierungsentwurfs auf die in der erstmaligen handelsrechtlichen Aktivierung (DM-Eröffnungsbilanz) eingestellten Anschaffungs- und Herstellungskosten abstellte (vgl. BR-Drucks. 247/05 S. 32), sind unter zeitnahen üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten solche zu verstehen, die eine möglichst große zeitliche Nähe zum 1. Juli 1990 aufweisen. Dass § 6

Abs. 3 Satz 3 GasNEV abweichend vom Regierungsentwurf nicht mehr auf die Werte der DM-Eröffnungsbilanz abstellt, sondern zeitnahe übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten zur Grundlage macht, soll allein aus einer Bewertung nach bilanziellen Grundsätzen folgende mögliche Nachteile verhindern und eine sachgerechte Bewertung ermöglichen. Demnach steht die Bestimmung einer Bewertung der DDR-Altanlagen entgegen, bei der die für die Bewertung heranzuziehenden Verhältnisse zeitlich ohne zwingenden Grund hinausgeschoben werden.

18 3. Hingegen hält die Entscheidung des Beschwerdegerichts rechtlicher Überprüfung nicht stand, soweit das Beschwerdegericht annimmt, die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Bewertung sei nicht zum Nachteil der Betroffenen falsch.

19 a) Aus Rechtsgründen ist allerdings nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die vom W. -Gutachten ermittelten Sachzeitwerte nicht als zeitnahe übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV ansieht. Die Wertermittlung im W. -Gutachten beruht nach den unangegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts auf den Preisen der von der Betroffenen in den Jahren 2003 bis 2007 realisierten Vorhaben. Die Schlussfolgerung, dass die so ermittelten Werte keine zeitnah zum 1. Juli 1990 üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten darstellen, ist daher rechtsfehlerfrei.

20 b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Beschwerdegericht hingegen an, dass die von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegten Anschaffungs- und Herstellungskosten für das DDR-Altanlagevermögen nicht zum Nachteil der Betroffenen falsch sind.

21 Dass die Bundesnetzagentur die sich aus dem W. -Gutachten für die DDR-Altanlagen ergebenden Anschaffungs- und Herstellungskosten gekürzt

hat, ist im Ausgangspunkt rechtlich nicht zu beanstanden. Rechtsfehlerhaft ist jedoch der von der Bundesnetzagentur herangezogene Maßstab, nämlich die im Anlagenspiegel 1992 angegebenen Werte. Auf der Grundlage der Feststellungen des Beschwerdegerichts ist eine solche Berechnungsweise nicht mit den Vorgaben des § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV vereinbar.

22 Nach der Wertung des Ordnungsgebers stellt eine Bewertung des DDR-Altanlagevermögens in einer DM-Eröffnungsbilanz nicht ohne weiteres eine geeignete Grundlage für die Ermittlung der Herstellungs- und Anschaffungskosten von DDR-Altanlagen dar; dies gilt in gleicher Weise für die Eröffnungsbilanz der E. , deren Werte nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts aus der DM-Eröffnungsbilanz der Rechtsvorgängerin der E. unverändert übernommen worden sind. § 6 Abs. 3 Satz 3 GasNEV lässt es daher nicht zu, Werte im Anlagenspiegel einer solchen Bilanz ohne weiteres heranzuziehen, um von der Betroffenen geltend gemachte Anschaffungs- und Herstellungskosten für DDR-Altanlagen zu kürzen.

23 Besondere Umstände, die die Werte des Anlagenspiegels 1992 ausnahmsweise dennoch als geeignete Grundlage erscheinen lassen könnten, ergeben sich aus den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht. Diese bestätigen vielmehr, dass diese Daten nicht geeignet sind. Danach ist das 171,5 km umfassende Rohrleitungsnetz im Anlagenspiegel mit 0 DM bewertet. Dies beruht nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts darauf, dass für die Bewertung im Anlagenspiegel für das gesamte Rohrleitungsnetz das einheitliche Herstellungsjahr 1963 und eine steuerrechtliche Abschreibungsdauer von 24 Jahren zugrundegelegt worden sind. Tatsächlich weist das Rohrleitungsnetz unterschiedliche Herstellungsjahre teilweise bis ins Jahr 1990 auf. Als Nutzungsdauer für das Rohrleitungsnetz sind nach § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV in der bis zum 30. Dezember 2019 geltenden Fassung jedenfalls die unteren Werte der in Anlage 1 der GasNEV genannten Spannen von Nutzungsdauern zu Grunde zu legen, mithin 45 oder 55 Jahre. Damit widersprechen beide Annah-

men den Vorgaben für eine Bewertung der betriebsnotwendigen Altanlagen nach § 6 GasNEV, so dass eine darauf beruhende Bewertung des Rohrleitungsnetzes mit 0 DM zum 1. Januar 1992 keinen tauglichen Rückschluss auf die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten des DDR-Altanlagevermögens zulässt.

24 Der Betroffenen kann nicht entgegengehalten werden, dass sie ihrer Mitwirkungslast nicht nachgekommen sei. Dass sie hinsichtlich der Ermittlung der üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten für das DDR-Altanlagevermögen einen falschen rechtlichen Ausgangspunkt zugrunde legt, bedeutet keine Verletzung der Mitwirkungslast. Das Beschwerdegericht hat nicht festgestellt, dass die Betroffene unzureichende Angaben zu den Rohrleitungsanlagen und zum Zeitpunkt der Anschaffung oder Herstellung gemacht hat. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Betroffene einer Ermittlung zeitnaher üblicher Anschaffungs- und Herstellungskosten für DDR-Altanlagen widerspricht. Da im übrigen hinsichtlich der DDR-Altanlagen ohnehin fiktive Anschaffungs- und Herstellungskosten maßgeblich sind, ist zudem - auch soweit das W. -Gutachten keine zeitnahen üblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten zugrunde legt - zu prüfen, inwieweit auf der Grundlage der Angaben der Betroffenen eine Mindestgröße für in zeitlicher Nähe zum 1. Juli 1990 übliche Anschaffungs- und Herstellungskosten ermittelt werden kann.

25 III. Einer Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht bedarf es nicht. Angesichts des Umstands, dass auch die Bundesnetzagentur einen für die zeitnahe Bewertung nicht geeigneten Maßstab herangezogen hat, ist diese vielmehr zu verpflichten, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden. Hierbei wird sie unter der gebotenen Mitwirkung der Betroffenen zu ermitteln haben, wie sich die üblichen An-

schaffungs- und Herstellungskosten in zeitlicher Nähe zum 1. Juli 1990 darstellen.

26 C. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Meier-Beck

Schoppmeyer

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vorinstanzen:

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 13.03.2018 - 6 Kart 2/14 -