



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 57/15

Verkündet am:
25. April 2017
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH

GasNEV § 7 Abs. 1

Konkreter Vortrag des Netzbetreibers zur Betriebsnotwendigkeit seines Umlaufvermögens ist auch dann nicht entbehrlich, wenn die Bundesnetzagentur einen Pauschalbetrag anerkannt hat, der nicht anhand des Jahresumsatzes, sondern anhand der anerkannten Netzkosten errechnet wurde.

GasNEV § 7 Abs. 3 und 4

Für die Verzinsung negativen Eigenkapitals aufgrund von § 4 Abs. 5 GasNEV ist der Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen anzusetzen.

GasNEV § 8

Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist die Eigenkapitalverzinsung. Eine Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer ("Im-Hundert-Rechnung") ist nach § 8 GasNEV ausgeschlossen (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 - Stadtwerke Freudenstadt II).

ARegV § 6 Abs. 3

- a) Rückstellungen für das Regulierungskonto sind auch dann nicht als Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV anzusehen, wenn sie auf einer witterungsbedingten Ausnahmesituation beruhen und besonders hoch ausfallen.
- b) Die Auflösung einer Rückstellung für Wartung und Instandhaltung ist nicht schon deshalb dem Grunde nach als eine Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV anzusehen, weil solche Auflösungen in den vorangegangenen Jahren nicht vorgenommen wurden.

BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - EnVR 57/15 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2017:250417BENVR57.15.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. November 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht die Bundesnetzagentur verpflichtet hat, die Betroffene hinsichtlich der Rückstellungen für das Regulierungskonto und die periodenübergreifende Saldierung sowie hinsichtlich der Bezugsgröße für die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens neu zu bescheiden.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 4. Dezember 2013 zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens sowie 7/8 der Kosten des Beschwerdeverfahrens, jeweils einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur. Die Bundesnetzagentur trägt 1/8 der Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen.

Der Gegenstandswert wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren auf 3,1 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt als Pächterin ein Gasverteilernetz. Verpächterin ist ihre Muttergesellschaft, die zugleich verschiedene Aufgaben der technischen und kaufmännischen Betriebsführung wahrnimmt.

- 2 Mit Beschluss vom 4. Dezember 2013 legte die Bundesnetzagentur im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Die Abweichungen resultieren, soweit für die Rechtsbeschwerdeinstanz noch relevant, aus einer pauschalen Kürzung des Umlaufvermögens, aus der Nichtberücksichtigung von Rückstellungen für das Regulierungskonto bei der Eigenkapitalverzinsung, aus der Verzinsung des negativen Eigenkapitals, aus der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer und aus einer teilweisen Berücksichtigung der Auflösung von Rückstellungen für Wartung und Instandhaltung.

- 3 Auf die Beschwerde der Betroffenen, die ursprünglich gegen eine vorläufige Festsetzung vom 13. Dezember 2012 gerichtet war, hat das Beschwerdegericht den nunmehr angefochtenen Bescheid aufgehoben und die Bundesnetzagentur unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels zur Neuentscheidung hinsichtlich der Kürzung des Umlaufvermögens und hinsichtlich eines Teils der Rückstellungen für das Regulierungskonto verpflichtet. Dagegen wenden sich beide Beteiligten mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 B. Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat Erfolg. Das Rechtsmittel der Betroffenen ist hingegen unbegründet.

5 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für die Rechtsbeschwerdeinstanz noch von Interesse, im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens sei im Hinblick auf die gewählte Obergrenze von einem Zwölftel nicht zu beanstanden. Als Bezugsgröße sei aber nur der Jahresumsatz geeignet, nicht hingegen die Summe der anerkannten Netzkosten. Eine tragfähige Begründung für die Anknüpfung an diesen Wert sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

7 Der Ansatz von Rückstellungen für das Regulierungskonto habe nicht zur Folge, dass Umlaufvermögen in entsprechender Höhe als betriebsnotwendig anzuerkennen sei. Im Streitfall stellten sich die Rückstellungen aber jedenfalls zum Teil als Besonderheit des Basisjahres im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV dar. Die zugrunde liegenden Mehrerlöse beruhten auf den besonderen Witterungsbedingungen des Winters 2009/2010 und einer daraus resultierenden Steigerung der Absatzmenge pro Kunde um rund 14 %. Als üblich sei lediglich eine Abweichung von 2,6 % anzusehen.

8 Die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode zur Verzinsung des negativen Eigenkapitals sei nicht zu beanstanden. Die Gasnetzentgeltverordnung enthalte hierzu zwar keine ausdrücklichen Regelungen. Die für positives Eigenkapital in § 7 GasNEV vorgesehenen Zinssätze könnten aber entsprechend herangezogen werden. Hierbei scheide die Heranziehung des Zinssatzes für Fremdkapital aus, weil negatives Eigenkapital eine fiktive Rechengröße sei, die nicht eine Überschuldung des Netzbetreibers abbilde. Der Eigenkapitalzinssatz für Altanlagen scheide ebenfalls aus, weil ein Netzbetreiber im Pacht-

modell regelmäßig nur über Umlaufvermögen verfüge und dieses nicht über einen längeren Zeitraum im Unternehmen verbleibe. Deshalb sei der Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen heranzuziehen. Dieser setze nicht zwingend eine positive Verzinsungsbasis voraus.

9 Die kalkulatorische Gewerbesteuer sei im Wege der von der Bundesnetzagentur angewendeten "Vom-Hundert-Rechnung" zu ermitteln, nicht hingegen im Wege der für die Betroffene günstigeren "Im-Hundert-Rechnung". Dass der Zinssatz für Eigenkapital einen Zinssatz nach Gewerbesteuer darstelle, führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Maßgebliche Grundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer sei nicht die reale Besteuerung, sondern die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung.

10 Zu Recht habe die Bundesnetzagentur die Auflösung von Rückstellungen für Wartung und Instandhaltung zu einem Fünftel als kostenmindernd berücksichtigt. Die im Basisjahr 2010 vorgenommene Auflösung sei nicht schon dem Grunde, sondern nur der Höhe nach als Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV anzusehen. Angesichts dessen sei es nicht zu beanstanden, wenn die Bundesnetzagentur sowohl hinsichtlich der Kosten für Instandhaltung und Wartung als auch hinsichtlich der Auflösung der dafür gebildeten Rückstellung jeweils ein Fünftel des Durchschnittsbetrags für fünf Jahre angesetzt habe.

11 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Betroffenen stand, nicht aber denjenigen der Bundesnetzagentur.

1. Pauschale Kürzung des Umlaufvermögens

12 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens auf ein Zwölftel der anerkannten Netzkosten insgesamt nicht zu beanstanden.

13 a) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde der Betroffenen nicht beanstandet ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass es der Betroffenen obliegt, die betriebliche Notwendigkeit des Umlaufvermögens darzulegen, und dass das Vorbringen der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe die Obergrenze in früheren Verfahren hinsichtlich des Forderungsbestands auf ein Viertel des Jahresumsatzes und nur hinsichtlich der liquiden Mittel auf ein Zwölftel des Jahresumsatzes festgelegt, den dafür geltenden Anforderungen nicht genügt.

14 Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats sind die Bilanzwerte des Umlaufvermögens nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit zu korrigieren. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen und zu beweisen. Hierzu ist eine Bezugnahme auf allgemeine Kennzahlen und daraus abgeleitete pauschale Ansätze grundsätzlich nicht ausreichend. Dies gilt auch dann, wenn die Bundesnetzagentur aus Gründen der Vereinfachung auf solche Kennzahlen zurückgreift und Umlaufvermögen bis zu einer bestimmten Quote pauschal als betriebsnotwendig anerkennt. Diese Vorgehensweise enthebt den Netzbetreiber nicht davon, die Gründe für die Betriebsnotwendigkeit im konkreten Fall darzulegen, wenn er die Berücksichtigung eines höheren Werts anstrebt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07, RdE 2010, 19

Rn. 20 ff. - SWU Netze; Beschluss vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 Rn. 20 - Stadtwerke Freudenstadt II).

- 15 b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts (ebenso insoweit: OLG Schleswig, Beschluss vom 10. März 2016 - 16 Kart 3/14, EnWZ 2016, 370, juris Rn. 90) hat die Betroffene einen Rechtsfehler zu ihren Lasten auch nicht durch ihr Vorbringen aufgezeigt, als Obergrenze sei nicht ein Zwölftel der anerkannten Netzkosten, sondern ein Zwölftel des Jahresumsatzes anzusetzen.
- 16 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der von der Bundesnetzagentur zu Grunde gelegte Erfahrungssatz, effiziente Netzbetreiber hielten regelmäßig ein Zwölftel des Jahresumsatzes zur Deckung von Liquiditätsengpässen vor, eine Beschränkung auf ein Zwölftel der anerkannten Netzkosten sachlich zu rechtfertigen vermag. Selbst wenn dies zu verneinen wäre, ergäbe sich daraus nicht, dass ein pauschaler Betrag von einem Zwölftel des Jahresumsatzes im Streitfall betriebsnotwendig ist. Vielmehr hätte die Betroffene ungeachtet des von der Bundesnetzagentur gewählten Ansatzes ihr Umlaufvermögen im Einzelnen aufschlüsseln und dessen Betriebsnotwendigkeit aufzeigen müssen (vgl. BGH RdE 2016, 70 Rn. 20 - Stadtwerke Freudenstadt II). Diesbezüglicher Vortrag ist den tatbestandlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht zu entnehmen. Gegenrügen hat die Betroffene insoweit nicht erhoben. Folglich kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Wert des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens der Betroffenen höher ist als der von der Bundesnetzagentur angesetzte Betrag. Damit fehlt es an einer Beschwer. Deshalb ist unerheblich, ob die im Ausgangsbescheid der Bundesnetzagentur angeführte Begründung die von ihr gewählte, von der Begründung abweichende Berechnungsweise zu tragen vermag.
- 17 Dahingestellt bleiben kann, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Beschwer daraus ergeben könnte, dass die Bundesnetzagentur bei einzel-

nen Netzbetreibern willkürlich strengere Maßstäbe heranzieht als bei anderen. Ein solcher Sachverhalt ist im Streitfall weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Dass die Praxis der Bundesnetzagentur möglicherweise von der Praxis einzelner Landesregulierungsbehörden abweicht, begründet keinen Verstoß gegen das Willkürverbot.

2. Rückstellungen für das Regulierungskonto und für die periodenübergreifende Saldierung

18 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kommt eine Berücksichtigung von Rückstellungen für das Regulierungskonto und für die periodenübergreifende Saldierung bei der Eigenkapitalverzinsung auch nach § 6 Abs. 3 ARegV in der bis 16. September 2016 geltenden Fassung (jetzt: § 6 Abs. 2 ARegV n.F.) nicht in Betracht.

19 a) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass Rückstellungen, die sich aus einem negativen Saldo des nach § 5 ARegV zu führenden Regulierungskontos ergeben, nicht in die Eigenkapitalverzinsung einfließen dürfen.

20 Der Senat hat bislang offengelassen, ob solche Rückstellungen als verzinsliches Fremdkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV oder als Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV zu qualifizieren ist. Beides führt zu dem der Systematik von § 7 GasNEV entsprechenden Ergebnis, dass die Rückstellungen nicht wie Eigenkapital verzinst werden (BGH RdE 2016, 70 Rn. 31 - Stadtwerke Freudenstadt II). Vor diesem Hintergrund bedarf die Frage auch im Streitfall keiner Entscheidung.

21 b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts sind die Rückstellungen nicht in entsprechender Anwendung von § 6 Abs. 3 ARegV a.F. bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt zu lassen.

- 22 aa) Wie der Senat bereits an anderer Stelle ausgeführt hat, beruht die in § 6 Abs. 1 ARegV vorgesehene Heranziehung der Kosten eines bestimmten Geschäftsjahres als Grundlage für die Festlegung der Erlösobergrenzen auf der Erwägung, dass die Kostenstruktur in aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren in der Regel im Wesentlichen gleich sein dürfte. Ungenauigkeiten, die sich daraus ergeben, dass bestimmte Kosten nicht in jedem Jahr anfallen oder von Jahr zu Jahr gewissen Schwankungen unterliegen, nimmt der Verordnungsgeber dabei zulässigerweise in Kauf. Unberücksichtigt zu bleiben haben Kosten nach § 6 Abs. 3 ARegV a.F. nur, soweit sie dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Geschäftsjahres beruhen, auf das sich die Kostenprüfung bezieht (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 17 f. - EnBW Regional AG).
- 23 Nach der Rechtsprechung des Senats handelt es sich bei Rückstellungen für das Regulierungskonto grundsätzlich nicht um solche Einmaleffekte. Vielmehr gehört es zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb, dass jedes Jahr wiederkehrend sowohl Zuführungen zu den Rückstellungen als auch Auflösungen von Rückstellungen vorgenommen werden (BGH RdE 2016, 70 Rn. 36 - Stadtwerke Freudenstadt II).
- 24 bb) Die bislang offen gebliebene Frage, ob für Rückstellungen, die auf einer witterungsbedingten Ausnahmesituation beruhen, etwas anderes gelten kann, ist zu verneinen.
- 25 Nach der Rechtsprechung des Senats dürfen Rückstellungen für das Regulierungskonto in die Verzinsung des Eigenkapitals nicht einbezogen werden, weil sie der Sache nach einen "unfreiwillig gewährten Kredit der Netznutzer an den Netzbetreiber" darstellen (BGH RdE 2016, 70 Rn. 32 - Stadtwerke Freudenstadt II). Deshalb entspricht es Sinn und Zweck des § 7 GasNEV, diese Beträge lediglich mit dem Zinssatz für Fremdkapital zu verzinsen, wie dies für das Regulierungskonto in § 5 Abs. 2 ARegV ausdrücklich vorgesehen ist. Dar-

aus resultierende Kosten sind, wovon sowohl das Beschwerdegericht als auch die Bundesnetzagentur zutreffend ausgehen, grundsätzlich als Netzkosten anerkennungsfähig.

- 26 Eine andere rechtliche Einordnung ist auch dann nicht angezeigt, wenn die Rückstellungen in einem bestimmten Jahr besonders hoch ausfallen. Dem daraus resultierenden Kostenanstieg wird schon durch einen entsprechenden Anstieg der berücksichtigungsfähigen Fremdkapitalzinsen angemessen Rechnung getragen. Vor diesem Hintergrund stünde eine zusätzliche Korrektur durch eine entsprechende Anwendung von § 6 Abs. 3 ARegV a.F. schon deshalb in Widerspruch zum Zweck dieser Vorschrift, weil es nicht um die Frage geht, ob die Rückstellungen überhaupt zu verzinsen sind, sondern nur um die Frage, welcher Zinssatz hierbei zur Anwendung kommt. Die Zuordnung der in Rede stehenden Beträge zum Fremdkapital beruht aber nicht auf deren Höhe, sondern auf ihrer wirtschaftlichen Einordnung als Kredit der Netznutzer an den Netzbetreiber. Diese Einordnung ist nicht abhängig von zeitlichen Schwankungen.
- 27 c) Zutreffend hat das Beschwerdegericht entschieden, dass der Wertansatz für das betriebsnotwendige Umlaufvermögen nicht um den Betrag der Rückstellungen zu erhöhen ist.
- 28 aa) Wie der Senat bereits an anderer Stelle ausgeführt hat, kann ein hoher Wert des Abzugskapitals allerdings dazu führen, dass mehr an Umlaufvermögen vorgehalten werden muss, etwa deshalb, weil demnächst unverzinsliche Verbindlichkeiten zu tilgen sind. Auch hierfür bedarf es jedoch konkreten, auf den jeweiligen Einzelfall bezogenen Vorbringens des Netzbetreibers (BGH RdE 2010, 19 Rn. 33 - SWU Netze).
- 29 Für den Streitfall hat das Beschwerdegericht unangegriffen festgestellt, dass sich aus der von der Betroffenen dargelegten Absenkung der Netzentgelte

zum 1. Januar 2012 nicht ohne weiteres die Notwendigkeit einer Erhöhung des Umlaufvermögens ergab und dass die Betroffene konkrete Zu- und Abflüsse von Mitteln nicht dargelegt hat. Damit fehlt es an einer Grundlage für einen höheren Wertansatz im Umlaufvermögen.

30 bb) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist das Umlaufvermögen nicht schon aus bilanzrechtlichen Gründen als betriebsnotwendig anzusehen.

31 Die Frage, ob Vermögensgegenstände als betriebsnotwendig im Sinne von § 7 Abs. 1 GasNEV anzusehen sind, ist nicht anhand von bilanztechnischen Zusammenhängen zu beurteilen. Aus der Beschränkung der kalkulatorischen Verzinsung auf das betriebsnotwendige Eigenkapital ergibt sich vielmehr, dass die Bilanzwerte gerade nicht ohne weiteres übernommen werden dürfen (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 44 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar).

3. Zinssatz für negatives Eigenkapital

32 Zu Recht hat das Beschwerdegericht die Verzinsung des negativen Eigenkapitals mit dem Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen als rechtmäßig angesehen.

33 a) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass negatives Eigenkapital bei der Verzinsung zu berücksichtigen ist.

34 Nach § 4 Abs. 5 GasNEV darf ein Netzbetreiber für die Überlassung von Anlagegütern durch Dritte höchstens diejenigen Kosten ansetzen, die anfielen, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Damit soll verhindert werden, dass insbesondere innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen.

- 35 In Verpachtungsfällen hat hierzu eine kalkulatorische Berechnung sowohl beim Verpächter als auch beim Pächter stattzufinden. Ergibt sich dabei beim Pächter eine höhere Obergrenze für die Netzkosten als beim Verpächter, muss die anzusetzende Pacht so weit reduziert werden, dass diese Differenz nicht mehr auftritt (BGH RdE 2010, 19 Rn. 43 - SWU Netze).
- 36 Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV beim Netzbetreiber in voller Höhe angesetzt wird. Wenn das betriebsnotwendige Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV beim Netzbetreiber aufgrund der Gebrauchsüberlassung niedriger ist als das Abzugskapital, ist für die kalkulatorische Verzinsung des Eigenkapitals deshalb ein negativer Wert anzusetzen (BGH RdE 2010, 19 Rn. 44 - SWU Netze).
- 37 b) Zu Recht hat das Beschwerdegericht als maßgeblichen Zinssatz den in § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV vorgesehenen Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen angesehen.
- 38 aa) Die Gasnetzentgeltverordnung enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Höhe des Zinssatzes für negatives Eigenkapital. Der Zinssatz ist deshalb mit Rücksicht auf den Zweck zu bestimmen, dem der Ansatz von negativem Eigenkapital dient.
- 39 Ausgehend von der oben aufgezeigten Zwecksetzung des § 4 Abs. 5 GasNEV muss der Zinssatz für das negative Eigenkapital so bemessen sein, dass sich die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers aufgrund des Abzugskapitals mindestens um den Betrag verringert, der sich ergäbe, wenn er Eigentümer des betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre.
- 40 bb) Entgegen der Auffassung der Betroffenen hat der Senat die Frage, welcher Zinssatz in Anwendung dieser Grundsätze heranzuziehen ist, noch nicht entschieden.

- 41 Wie auch die Betroffene im Ansatz nicht verkennt, befasst sich der Beschluss des Senats vom 3. März 2009 (RdE 2010, 19 Rn. 39 ff. - SWU Netze) lediglich mit der Frage, ob für negatives Eigenkapital dem Grunde nach Zinsen anzusetzen sind, nicht aber mit der Zinshöhe. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergeben sich aus den Ausführungen zur ersten Frage auch keine mittelbaren Schlussfolgerungen in Bezug auf die zweite Frage.
- 42 Der Senat hat zwar ausgeführt, ein von der Verzinsung des negativen Eigenkapitals abweichendes Ergebnis träte auch dann nicht ein, wenn das überschießende Abzugskapital alternativ bei dem Netzeigentümer in Ansatz gebracht würde, weil letzteres zu einer Reduzierung des berücksichtigungsfähigen Pachtzinses führen würde (BGH RdE 2010, 19 Rn. 45 - SWU Netze). Im damals zu Grunde liegenden Fall stand aber nicht zur Diskussion, ob aufgrund der Kapitalstruktur auf Seiten des Eigentümers ein anderer Zinssatz maßgeblich sein könnte als auf Seiten des Netzbetreibers. Der Entscheidung kann deshalb insbesondere nicht entnommen werden, dass die Berücksichtigung von Abzugskapital auf Seiten des Netzbetreibers stets nur in dem Umfang zu einer Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung führen darf, der anfielen, wenn der Netzeigentümer das Netz selbst betreiben würde.
- 43 cc) Die nach § 4 Abs. 5 GasNEV einzuhaltende Obergrenze darf nicht dadurch errechnet werden, dass die Eigenkapitalquote und das Verhältnis der Werte von Alt- und Neuanlagen auf Seiten des Netzeigentümers herangezogen werden.
- 44 Beide Quoten hängen nicht nur vom Wert der verpachteten Anlagen, sondern auch vom Gesamtwert des Vermögens ab. Dieser deckt sich auf Seiten des Netzeigentümers nicht notwendig mit dem Wert des verpachteten Vermögens. Selbst in Konstellationen, in denen dies der Fall ist, weil der Netzeigentümer außer den verpachteten Gegenständen kein weiteres Anlagevermögen hat, führte eine Übertragung der beim Eigentümer ermittelten Quoten

auf den Netzbetreiber zu einer fiktiven Vermögensvermischung, die dem Zweck des § 4 Abs. 5 GasNEV zuwiderliefe.

- 45 Nach § 4 Abs. 5 GasNEV kann sich aus den Kosten des Netzeigentümers zwar eine Obergrenze für die berücksichtigungsfähigen Kosten auf Seiten des Netzbetreibers ergeben. Den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Berechnung bilden dennoch die Kosten des Netzbetreibers. Diese sind nur um diejenigen Bestandteile zu bereinigen, die nicht anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre. Diese Bereinigung stellt lediglich eine punktuelle Korrektur dar und ändert nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten sind.
- 46 dd) Aus diesem Grund darf der Vergleichsbetrag auch nicht dadurch errechnet werden, dass eine fiktive Eigenkapitalquote und ein fiktives Verhältnis der Werte von Alt- und Neuanlagen für den Fall ermittelt werden, dass der Netzbetreiber Eigentümer des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre.
- 47 Auch mit dieser Berechnungsweise würde die Kostensituation des Netzeigentümers nicht nur die Obergrenze, sondern die maßgebliche Berechnungsgrundlage für die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers bilden. Dies stünde ebenfalls in Widerspruch zu § 4 Abs. 5 GasNEV, der die auf Seiten des Eigentümers anfallenden Kosten lediglich als Obergrenze, nicht aber als in jeder Hinsicht maßgeblichen Maßstab vorgibt.
- 48 ee) Vor diesem Hintergrund entspricht allein eine Verzinsung mit dem in § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV vorgesehene Zinssatz für die zum Eigenkapital gehörenden Neuanlagen dem Zweck des § 4 Abs. 5 GasNEV.

49 (1) Dies ergibt sich allerdings nicht schon aus den von der Bundesnetzagentur und vom Beschwerdegericht angestellten Erwägungen zur typischen Bestandsdauer von Umlaufvermögen.

50 Die Verzinsung des negativen Eigenkapitals ist nicht deshalb geboten, weil ein Netzbetreiber, der das Anlagevermögen gepachtet hat, typischerweise nur über Umlaufvermögen verfügt, sondern deshalb, weil der Wert seines berücksichtigungsfähigen Vermögens - wie immer sich dieses zusammensetzen mag - nicht ausreicht, um eine vollständige Berücksichtigung des Abzugskapitals zu ermöglichen.

51 (2) Die entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV entspricht dennoch der Systematik und dem Zweck von § 7 GasNEV, weil der darin vorgesehene Zinssatz nach der Konzeption des Verordnungsgebers für die Verzinsung von Eigenkapital grundsätzlich maßgeblich ist.

52 Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist der Zinssatz für Neuanlagen nicht nur einer von drei unterschiedlichen Zinssätzen, von denen jeder nur unter bestimmten Voraussetzungen heranzuziehen ist. Der Zinssatz für Neuanlagen ist vielmehr derjenige Zinssatz, der der gesetzlichen Vorgabe einer angemessenen Verzinsung unter Berücksichtigung der mit dem Netzbetrieb verbundenen unternehmerischen Wagnisse grundsätzlich entspricht. Die Zinssätze für den überschießenden Anteil des Eigenkapitals und für Altanlagen betreffen demgegenüber Ausnahmekonstellationen und können deshalb nur dann herangezogen werden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind oder zumindest eine damit vergleichbare Konstellation vorliegt.

53 (3) Eine Ausnahmekonstellation, die zur Heranziehung eines anderen Zinssatzes führen könnte, liegt in der hier zu beurteilenden Situation nicht vor.

- 54 (a) Der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehene Zinssatz ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV anzusetzen, soweit das Eigenkapital einen Anteil von 40 % des Gesamtwerts des betriebsnotwendigen Vermögens übersteigt. Damit trägt der Verordnungsgeber dem Umstand Rechnung, dass es nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheint, wenn Unternehmen langfristig eine Eigenkapitalquote von mehr als 40% aufweisen (BGH RdE 2010, 19 Rn. 15 - SWU Netze; Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 35/07, RdE 2008, 341 Rn. 65 - Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße).
- 55 Auf negatives Eigenkapital lässt sich diese Erwägung nicht übertragen. Wie bereits oben dargelegt wurde, ist der Ansatz eines negativen Werts für das Eigenkapital nicht die Folge einer Finanzierung durch Fremdkapital oder gar einer Überschuldung des Netzbetreibers, sondern lediglich ein rechnerisches Hilfsmittel, um zu gewährleisten, dass das Vorhandensein von Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV zu einer Verringerung der ansetzbaren Kosten führt. Eine Gleichsetzung von negativem Eigenkapital mit Fremdkapital scheidet deshalb aus - unabhängig davon, in welchem Verhältnis der Betrag des negativen Eigenkapitals zum Gesamtwert des betriebsnotwendigen Vermögens steht.
- 56 (b) Der Zinssatz für die zum Eigenkapital gehörenden Altanlagen ist gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 GasNEV gegenüber dem Zinssatz für Neuanlagen um die durchschnittliche Preisänderungsrate reduziert. Damit wird, wie die Betroffene zutreffend darlegt, dem Umstand Rechnung getragen, dass der Eigenkapitalanteil von Altanlagen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GasNEV zu Tagesneuwerten zu berechnen ist, die Preisänderungsrate also schon im Ausgangswert Niederschlag findet.
- 57 Ein vergleichbarer Zusammenhang ist bei negativem Eigenkapital nicht gegeben. Der Wert des negativen Eigenkapitals wird nicht zu Tagesneuwerten gebildet. Deshalb besteht kein Anlass für eine Korrektur anhand der durchschnittlichen Preisänderungsrate.

4. Kalkulatorische Gewerbesteuer

- 58 Zutreffend hat das Beschwerdegericht entschieden, dass als Bemessungsgrundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung ohne Erhöhung um einen darin enthaltenen Gewerbesteuerabzug heranzuziehen, also nicht der von der Betroffenen als zutreffend angesehene "Im-Hundert-Satz", sondern der von der Bundesnetzagentur angewendete "Vom-Hundert-Satz" maßgeblich ist.
- 59 Wie auch die Betroffene nicht verkennt, hat der Senat an anderer Stelle bereits entschieden und näher begründet, dass eine Erhöhung der Bemessungsgrundlage mit Rücksicht auf die in den Zinsbetrag bereits eingerechnete Gewerbesteuer nicht in Betracht kommt, weil die Gasnetzentgeltverordnung insoweit einen rein kalkulatorischen Berechnungsansatz vorsieht (BGH RdE 2016, 70 Rn. 44 ff. - Stadtwerke Freudenstadt II).
- 60 Die hiergegen von der Betroffenen und einem Teil der Instanzrechtsprechung (OLG Schleswig EnWZ 2016, 370, juris Rn. 155 ff.) erhobenen Einwendungen vermögen nicht zu überzeugen. Zwar mag es aus gewerbesteuerrechtlicher Sicht schlüssig sein, die auf die Eigenkapitalverzinsung anfallende Gewerbesteuer aus einem Betrag zu errechnen, von dem die Gewerbesteuer noch nicht abgezogen ist. Der Regelung in § 8 GasNEV, wonach die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden kann, ist aber nicht zu entnehmen, dass diese Berechnungsweise auch für die Ermittlung der Netzkosten maßgeblich sein soll. Die Eigenkapitalverzinsung ist ein kalkulatorischer Betrag, der nach den besonderen Regelungen in § 7 GasNEV zu errechnen ist und dem für die Berechnung der tatsächlich anfallenden Gewerbesteuer keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Angesichts dessen ist es konsequent, diesen kalkulatorisch ermittelten Betrag unabhängig von steuerrechtlichen Erwägungen auch für den kalkulatorischen Ansatz von Gewerbesteuer heranzuziehen.

5. Auflösung der Rückstellung für Wartung und Instandhaltung

61 Mit zutreffenden Erwägungen hat das Beschwerdegericht die teilweise Berücksichtigung der im Basisjahr erfolgten Auflösung einer Rückstellung für Wartung und Instandhaltung als rechtmäßig angesehen.

62 a) Zu Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass die Auflösung der Rückstellung nicht schon dem Grunde nach eine Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV in der bis 16. September 2016 geltenden Fassung (jetzt: § 6 Abs. 2 ARegV n.F.) darstellt.

63 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Besonderheit schon deshalb zu verneinen ist, weil es für den Netzbetreiber von Vorteil sein kann, Instandhaltungsarbeiten auf das Basisjahr zu verschieben, um die Kostenbasis zu erhöhen. Maßnahmen der Wartung und Instandhaltung können dem Grunde nach jedenfalls schon deshalb nicht als Besonderheit angesehen werden, weil sie ihrer Natur nach laufend anfallen. Entsprechendes gilt für Rückstellungen, die im Hinblick auf solche Maßnahmen gebildet oder aufgelöst werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es in einzelnen Jahren tatsächlich zur Bildung oder Auflösung solcher Rückstellungen kommt. Schon der Umstand, dass nicht jede Instandhaltungsmaßnahme langfristig geplant und zeitnah vorgenommen werden kann, lässt es nicht als ungewöhnlich erscheinen, dass Rückstellungen gebildet oder aufgelöst werden.

64 Die von der Betroffenen angeführten Änderungen des Bilanzrechts zum 1. Januar 2010 führen nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Nach dem neuen Recht sind der Umfang, in dem solche Rücklagen gebildet werden können, und dementsprechend auch der Umfang möglicher Auflösungen zwar stark eingeschränkt. Dies betrifft aber nur die Höhe, nicht jedoch den Grund der in Rede stehenden Kosten.

- 65 Vor diesem Hintergrund ist auch unerheblich, ob die Betroffene in den Jahren nach 2009 tatsächlich Rückstellungen für Wartung und Instandhaltung gebildet oder aufgelöst hat. Selbst wenn dies nicht geschehen ist, kann es aus den dargelegten Gründen nicht als ungewöhnlich angesehen werden, wenn es in anderen Jahren zur Bildung oder Auflösung solcher Rückstellungen kommt.
- 66 b) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die vorgenommene Auflösung der Höhe nach nur zu vier Fünftel als Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV a.F. anzusehen ist.
- 67 aa) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist es in den Jahren 2006 bis 2009 nicht zu vergleichbaren Auflösungen gekommen. Vor diesem Hintergrund ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht den im Jahr 2010 angefallenen Betrag aufgrund seiner ungewöhnlichen Höhe als Besonderheit angesehen und für das Basisjahr lediglich ein Fünftel als kostenmindernd berücksichtigt hat.
- 68 bb) Entgegen der Auffassung der Betroffenen war die Bundesnetzagentur nicht gehalten, zusätzlich fiktive Kosten für die Bildung einer neuen Rückstellung anzusetzen. Gerade weil die Höhe der Rückstellungen zeitlichen Schwankungen unterliegen kann, gibt es keinen Grund zu der Annahme, dass mit der Auflösung einer Rückstellung stets die Bildung einer neuen Rückstellung in entsprechender Höhe verbunden ist.
- 69 cc) Die in der Rechtsbeschwerdebegründung der Betroffenen erhobene Rüge, die Bundesnetzagentur habe bei der Berechnung der durchschnittlichen Kosten die Kosten für die in den Jahren 2006 bis 2009 gebildeten Rückstellungen außer Acht gelassen, ist unzulässig. Die Rechtsbeschwerde bezeichnet diesen Umstand zwar als unstrittig. Dem angefochtenen Beschluss des Beschwerdegerichts lässt sich entsprechendes Vorbringen aber nicht entnehmen.

- 70 Nach den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Bundesnetzagentur bei der Berechnung der Kosten für Wartung und Instandhaltung zwei Positionen aus dem Zahlenwerk der Betroffenen für die Jahre 2006 bis 2011 herangezogen und hieraus den Durchschnittswert gebildet. Weder der Bezeichnung dieser Positionen noch sonstigen Umständen lässt sich entnehmen, dass diese Positionen die angefallenen Kosten nicht vollständig wiedergeben. Die Rechtsbeschwerde zeigt auch nicht auf, dass das Beschwerdegericht diesbezüglichen Vortrag übergangen hat.
- 71 Für die rechtliche Beurteilung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass die Bundesnetzagentur die in den Jahren 2006 bis 2011 angefallenen Kosten für Wartung und Instandhaltung vollständig - einschließlich für diese Zwecke gebildeter Rückstellungen - berücksichtigt hat. Vor diesem Hintergrund ist die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden.
- 72 c) Entgegen der Auffassung der Betroffenen war die Bundesnetzagentur nicht gehalten, anstelle der anteiligen Durchschnittswerte die im Jahr 2010 angefallenen Werte in voller Höhe anzusetzen.
- 73 Eine solche Berechnung käme nur in Betracht, wenn die Auflösung der Rückstellung auch der Höhe nach nicht als Besonderheit im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV anzusehen wäre. Letzteres hat das Beschwerdegericht aus den oben angeführten Gründen rechtsfehlerfrei verneint.

74

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

Limperg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.11.2015 - VI-3 Kart 16/13 [V] -