



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 79/07

Verkündet am:
3. März 2009
Bott
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

SWU Netze

EnWG § 21 Abs. 2; GasNEV § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 4 Abs. 5

- a) Die Regulierungsbehörde darf im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung Umlaufvermögen des Betreibers eines Energieversorgungsnetzes nur insoweit in Ansatz bringen, als dieses betriebsnotwendig ist. Der Antragsteller hat die für die Prüfung der Betriebsnotwendigkeit maßgeblichen Umstände darzulegen.
- b) Zur Berechnung der Netzkosten bei verpachtetem Netzbetrieb.

BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Grüneberg

beschlossen:

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

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

Der Streitwert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 740.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin ist eine mittelbare Tochtergesellschaft der Städte Ulm und Neu-Ulm. Sie hat von einer weiteren Konzerngesellschaft das örtliche Gasversorgungsnetz gepachtet.

2 Die Bundesnetzagentur genehmigte mit Beschluss vom 19. Dezember 2006 – unter Zurückweisung des weitergehenden Genehmigungsantrags – für den Zeitraum ab Zustellung des Beschlusses bis zum 31. März 2008 um etwa 21% niedrigere als von der Antragstellerin beantragte Netzentgelte. Dies begründete sie mit Kürzungen bei den Positionen kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, kalkulatorische Abschreibung und kalkulatorische Gewerbesteuer.

3 Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Das Beschwerdegericht hat den Bescheid der Bundesnetzagentur aufgehoben und diese verpflichtet, den Antrag unter Beachtung seiner Rechtsauffassung erneut zu bescheiden, weil dieser hinsichtlich der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer der Netzbetreiberin sowie hinsichtlich der Kürzung der kalkulatorischen Abschreibungen bei der Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Stahl kathodisch geschützt" beim Netzeigentümer rechtswidrig sei. Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Bundesnetzagentur.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist nur im Hinblick auf die Höhe der angesetzten Fremdkapitalzinsen begründet. Im Übrigen bleiben ihre Beanstandungen erfolglos.

1. Umlaufvermögen

5 Die Kürzungen des Umlaufvermögens bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung begegnen keinen rechtlichen Bedenken.

6 a) Das Beschwerdegericht hat diese Kürzungen damit begründet, dass bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals gemäß § 7 GasNEV (in der bis zum 5. November 2007 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.) zwar grundsätzlich die Bilanzwerte des Umlaufvermögens zu berücksichtigen seien. Dies schließe aber eine Kürzung des Umlaufvermögens wegen mangelnder Wettbewerbskonformität gemäß § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht aus. Die Bundesnetzagentur habe das Umlaufvermögen zulässigerweise unter Zuhilfenahme der Kennzahlen der Deutschen Bundesbank über die Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse im Wettbewerb stehender deutscher Unternehmen auf ein wettbewerbsanaloges Maß zurückgeführt. Danach habe der ermittelte Durchschnittswert für den Anteil der Forderungen am Umsatz 19,82% betragen, so dass der von der Bundesnetzagentur unter Hinzurechnung eines Sicherheitszuschlags anerkannte Anteil der Forderungen am Umsatz von 25% nicht zu beanstanden sei. Dies werde auch durch einen Vergleich mit dem nationalen Netzbetreiber in Großbritannien gestützt, bei dem dieser Anteil 15,1% ausmache. Da es sich um eine hypothetische Vergleichsbetrachtung handele, könne der Bundesnetzagentur keine weitergehende Nachweispflicht auferlegt werden. Dabei dürfe der Vergleich nicht auf andere Gasverteiler beschränkt werden, weil diese ebenfalls Monopolisten seien und ein Vergleich von Monopolunternehmen untereinander nicht die fiktive Wettbewerbssituation darstellen könne. Die Bundesnetzagentur habe insoweit zu Recht auf den Umsatz abgestellt, weil dieser die Zahlungseingänge abbilde, die der Schaffung von Liquidität zur Finanzierung des operativen Geschäfts und damit dem Umlaufvermögen dienen. Demgegenüber habe die Antragstellerin nicht aufgezeigt, dass sich bei funktionierendem Wettbewerb im geltend gemachten Umfang verzinsbare Forderungen eingestellt hätten. Diese Kürzung dürfe auch nicht einem späteren Missbrauchsverfahren vorbehalten bleiben (§ 30 EnWG), weil nach § 21 Abs. 2 EnWG der Grundsatz der Kostenorientierung schon im Verfahren über die Genehmigung der Entgelte zu berücksichtigen sei. Ob die angesetzten Werte

wettbewerbsanalog seien, könne nicht nur aufgrund eines Vergleichsverfahrens nach § 21 Abs. 3 und 4 EnWG festgestellt werden.

7 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

8 aa) Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV a.F. ist das Umlaufvermögen nicht stets mit seinem bilanziellen Wert in Ansatz zu bringen. Vielmehr ist eine Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur dieses Wertes nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Berücksichtigungsfähig ist im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV a.F. das Umlaufvermögen nur insoweit, als es betriebsnotwendig ist.

9 (1) Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Vorschrift. Danach kommt es unter anderem für das Eigenkapital und das Sachanlagevermögen auf dessen Betriebsnotwendigkeit an. Da auch das Umlaufvermögen Bestandteil des Eigenkapitals ist, muss das Merkmal der Betriebsnotwendigkeit auch hierfür gelten.

10 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde gebietet auch die Entstehungsgeschichte der Gasnetzentgeltverordnung kein anderes Verständnis des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV a.F. Die Begründung des Regierungsentwurfs zu dieser Norm (BR-Drucks. 247/05, S. 29) beschränkt sich auf eine abstrakte Darstellung des § 7 Abs. 1 und 2 GasNEV a.F. In der Entwurfsfassung des § 7 GasNEV fand sich das Merkmal der Betriebsnotwendigkeit nur in Satz 1 und im Obersatz des Satzes 2, so dass diese Voraussetzung ohne weiteres bei allen Einzelpositionen des Eigenkapitals gelten sollte. Dass der Verordnungsgeber durch die im weiteren Gesetzgebungsverfahren erfolgte zusätzliche Einfügung des Adjektivs "betriebsnotwendig" in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 GasNEV a.F. eine Beschränkung dieser Tatbestandsvoraussetzung auf Altan-

lagen vornehmen wollte, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Im Gegenteil spricht gegen einen solchen Willen des Verordnungsgebers die mit der Verordnung zum Erlass und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung vom 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529) erfolgte Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 GasNEV a.F., wonach auch vor den Wörtern "Neuanlagen", "Finanzanlagen" und "Umlaufvermögen" jeweils das Wort "betriebsnotwendig" eingefügt wurde. Diese nach der Begründung des Bundesrates "Korrektur eines redaktionellen Versehens" sollte klarstellen, dass nur Restwerte bzw. Bilanzwerte betriebsnotwendiger Vermögensgegenstände verzinst werden können (BR-Drucks. 417/07 (Beschluss), S. 20).

11 (3) Schließlich legen auch der Normzweck des § 7 GasNEV und die für seine Auslegung maßgebliche gesetzliche Grundlage eine Begrenzung der Verzinsung auf das betriebsnotwendige Umlaufvermögen nahe.

12 Die Bemessung der Netzentgelte richtet sich gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 24 EnWG nach den Regelungen der Gasnetzentgeltverordnung. Sie erfolgt kostenorientiert, soweit die Verordnung nicht selbst Abweichungen vorsieht. Damit ist für die Entgeltbestimmung auch § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG anwendbar, der die kostenorientierte Entgeltbildung näher umschreibt.

13 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin lässt sich dem im Absatz 2 Satz 1 genannten Verweis auf die Rechtsverordnung nach § 24 EnWG nicht entnehmen, dass die Regelung des Satzes 2 unberücksichtigt bleiben müsste. Dies verdeutlicht schon die Regelung des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG, die den Verordnungsgeber verpflichtet, Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netzzugänge gemäß §§ 20 bis 23 EnWG festzulegen. Deshalb finden auf die Entgeltgenehmigung § 21 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EnWG gleichermaßen Anwendung.

- 14 Im Übrigen bedingen sich beide Sätze und stehen in einem untrennbaren Zusammenhang. Aus ihnen ergibt sich der Grundsatz der Wettbewerbsanalogie (vgl. Salje, EnWG § 21 Rdn. 3; Groebel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG § 21 Rdn. 11). Nach § 21 Abs. 2 EnWG ist nämlich in zweifacher Hinsicht eine Grenze für die Ansatzfähigkeit von wirtschaftlichen Kennziffern des Netzbetreibers zu beachten. Eine Grenze gilt sowohl für die Kostenseite, die nur die Berücksichtigung solcher Kosten oder Kostenbestandteile erlaubt, die sich ihrem Umfang nach bei (fiktiver) Zugrundelegung wettbewerblicher Bedingungen einstellen würden (§ 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Das Korrektiv wettbewerbskonformer Verhältnisse gilt aber auch für die anzusetzenden Vermögenswerte, die die Grundlage für die Eigenkapitalverzinsung bilden. Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG ist eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung zu gewährleisten. Dies bezieht sich nicht nur auf die Zinshöhe, sondern auch auf den Ansatz des – verzinslichen – Eigenkapitals selbst.
- 15 (4) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde werden die "Überhänge" des Umlaufvermögens nicht durch die Begrenzung der Eigenkapitalquote auf 40% aufgefangen, die nach § 6 Abs. 2 Satz 4 GasNEV für die kalkulatorische Bestimmung der Netzentgelte maßgeblich ist. Dieser Wert gibt lediglich an, bis zu welchem Prozentsatz Eigenkapital als Eigenkapital und ab welchem es als Fremdkapital verzinst wird. Damit trägt der Ordnungsgeber dem Umstand Rechnung, dass es nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheint, wenn Unternehmen langfristig eine höhere Eigenkapitalquote als 40% aufweisen (BGH, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 35/07 Tz. 65 – Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße).
- 16 Der Frage, ob Teile des Eigenkapitals kalkulatorisch als Fremd- oder als Eigenkapital verzinst werden, ist jedoch die Frage vorgelagert, ob und in welcher Form das Eigenkapital überhaupt in die Verzinsung einbezogen werden kann.

- 17 (5) Anders als die Antragstellerin meint, sind Kürzungen des Umlaufvermögens auf das betriebsnotwendige Maß auch bereits im Entgeltgenehmigungsverfahren zu berücksichtigen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine solche Prüfung einem späteren Missbrauchsverfahren nach § 30 EnWG vorbehalten bleiben soll. Wie bereits dargelegt, stellt die grundlegende Vorschrift des § 21 Abs. 2 EnWG für die Entgeltbildung auf ein Unternehmen ab, das in seinen wirtschaftlichen Grundlagen so zu behandeln ist, als ob es im Wettbewerb stünde. Dies schließt ein, auch entsprechende Überhänge beim Umlaufvermögen zu kürzen. Eine solche Kürzung des Umlaufvermögens auf das unter Wettbewerbsbedingungen zu erwartende Maß dient unmittelbar der Festlegung angemessener Netzentgelte. Darüber hinaus könnte im Missbrauchsverfahren eine entsprechende Preisbeanstandung nicht mehr erfolgen. Entgelte, die die Obergrenzen der erteilten Genehmigung nach § 23a EnWG nicht überschreiten, gelten nämlich gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG als sachlich gerechtfertigt. Dies verdeutlicht, dass die angemessenen Netzentgelte allein im hierfür vorgesehenen "ex ante"-Genehmigungsverfahren zu bestimmen sind.
- 18 (6) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin dürfen Kürzungen des Umlaufvermögens nicht nur auf der Grundlage eines in § 21 Abs. 3 und 4 EnWG vorgesehenen Vergleichsverfahrens erfolgen. Diese Regelungen bilden die gesetzliche Grundlage für entsprechende Datenerhebungen der Regulierungsbehörden, hindern diese aber nicht, anderweitig verfügbare Vergleichsdaten zu verwerten, die auf die Wirksamkeit nicht wettbewerbskonformer Parameter schließen lassen. Eine Ausschließlichkeit des besonderen Vergleichsverfahrens nach § 21 Absätze 3 und 4 EnWG besteht nicht.
- 19 bb) Das Beschwerdegericht hat im Ergebnis zu Recht die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen des Umlaufvermögens gebilligt.

20 (1) Da die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens tatbestandliche Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung ist, obliegt es dem Netzbetreiber, die Betriebsnotwendigkeit des von ihm in Ansatz gebrachten Umlaufvermögens nachvollziehbar darzulegen. Hierzu gehört auch, dass er plausibel erläutert, warum der angesetzte Forderungsbestand in dieser Höhe für den Netzbetrieb notwendig ist.

21 Im Verwaltungsverfahren ist zwar grundsätzlich die Behörde verpflichtet, den Sachverhalt in eigener Verantwortung aufzuklären (§ 24 VwVfG). Dieser Pflicht der Behörde stehen jedoch Obliegenheiten der Beteiligten gegenüber, die bei der Ermittlung des Sachverhalts mithelfen und insbesondere die ihnen bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben sollen (vgl. § 26 Abs. 2 VwVfG). Die Mitwirkungslast begrenzt die Amtsaufklärungspflicht der Verwaltungsbehörde. Diese braucht entscheidungserhebliche Tatsachen nicht zu ermitteln, die der Betroffene ihr zu unterbreiten hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 7.11.1986 – 5 C 27/85, NVwZ 1987, 404, 405).

22 In welchem Umfang einen Verfahrensbeteiligten über die allgemeine Mitwirkungslast hinausgehende Mitwirkungspflichten treffen, bestimmt sich nach den zugrunde liegenden Fachgesetzen (vgl. BVerwGE 74, 222, 224 f.). Dort wird der von den Beteiligten beizubringende Tatsachenstoff im Einzelnen festgelegt (vgl. Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 26 Rdn. 57 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 26 Rdn. 44a). Solche Pflichten treffen nach dem Energiewirtschaftsgesetz in Verbindung mit der Gasnetzentgeltverordnung die Netzbetreiber, die um eine Genehmigung der von ihnen beantragten Netzentgelte nachsuchen. So hat der Netzbetreiber nach § 23a Abs. 3 Satz 4 EnWG die von ihm geltend gemachten Entgelte auf der Grundlage einer Kalkulation darzustellen (Nr. 1) und die Änderung der Entgelte unter Berücksichtigung der Rechtsvorschriften der Gasnetzentgeltverordnung zu begründen (Nr. 3). Die Regulierungsbehörde kann nach § 23a Abs. 3 Satz 6 EnWG weitere

Angaben des Antragstellers anfordern, wenn sie diese für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen für erforderlich hält. Daraus ergibt sich, dass der Netzbetreiber die seinen Antrag rechtfertigenden Umstände – gegebenenfalls nach Aufforderung durch die Regulierungsbehörde – vortragen und erläutern muss. Ist er – wie die Antragstellerin – Pächter des Netzes, hat er gemäß § 4 Abs. 5 Satz 2 GasNEV auch nachzuweisen, dass keine größeren Kosten anfallen, als wenn der Betreiber selbst Eigentümer des Netzes wäre.

23 Zusammengefasst obliegt dem Netzbetreiber im Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 23a EnWG aufgrund seiner Mitwirkungspflicht die Darlegung, dass die im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV a.F. beantragten Wertansätze hinsichtlich des Finanz- und Umlaufvermögens gerechtfertigt sind. Seine Darlegungslast erstreckt sich auch auf die Betriebsnotwendigkeit der geltend gemachten Wertansätze. Dabei kann allerdings die Regulierungsbehörde auf eine nähere Darlegung durch den Netzbetreiber verzichten, soweit sie die Betriebsnotwendigkeit ohne weiteres als plausibel ansieht.

24 (2) Ausgehend von diesen Grundsätzen sind die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen des Umlaufvermögens nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin ist durch sie jedenfalls nicht beschwert.

25 (a) Die Antragstellerin hat – trotz entsprechender Aufforderung durch die Bundesnetzagentur – nicht dargelegt, dass ein Umlaufvermögen in der von ihr angesetzten Höhe und insbesondere der hohe Forderungsbestand für den Netzbetrieb notwendig sind. Dies gilt sowohl für ihren eigenen Forderungsbestand als auch für denjenigen der Netzeigentümerin. Die Antragstellerin hat sich darauf beschränkt, Besonderheiten des Gasversorgungsmarktes aufzuzeigen, ohne ausreichend darzulegen, dass die Führung ihres Netzbetriebs ein Umlaufvermögen in der von ihr angesetzten Höhe erfordert. Soweit die Antragstellerin

erhebliche jahreszeit- und wetterbedingte Einnahmeschwankungen geltend macht, fehlt es an konkreten, mit Zahlenmaterial aus früheren Gaswirtschaftsjahren unterlegten Berechnungen, welche die Höhe des von ihr für betriebsnotwendig gehaltenen Umlaufvermögens nachvollziehbar erklären würden. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass den behaupteten Einnahmeschwankungen kurzfristig zu bedienende Verbindlichkeiten gegenüberstehen, die ein überdurchschnittlich hohes Umlaufvermögen als betriebsnotwendig erscheinen lassen. Vielmehr gilt insoweit, dass die Antragstellerin in den Zeitspannen, in denen größere Mengen Gas durchgeleitet werden, auch höhere Einnahmen erzielt. Auf der Ausgabenseite werden in dem Zeitraum höherer Durchleitung – abgesehen von einem möglicherweise höheren Überwachungs- und Wartungsbedarf der Leitungen – keine wesentlichen Zusatzausgaben erforderlich. Die laufenden Kosten des Netzbetreibers betreffen ansonsten nur die allgemeine Verwaltung seiner Netze. Die aus dem Umlaufvermögen zu bestreitenden Aufwendungen sind eher niedriger als in anderen Wirtschaftszweigen. Anhaltspunkte dafür, warum abhängig von der Durchleitungsmenge ein überdurchschnittliches Umlaufvermögen vorzuhalten sein könnte, zeigt die Antragstellerin nicht auf.

26 Die Betriebsnotwendigkeit des hohen Forderungsbestands des Netzeigentümers lässt sich auch nicht aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Investitionsplan entnehmen. Die dort genannten Investitionen können die Höhe des Forderungsbestands nicht rechtfertigen. Der vorgelegte Investitionsplan sieht zwischen den Jahren 2007 bis 2012 Investitionen in einer Gesamthöhe von über 35 Mio. Euro vor, die zu einem Teil aus den verdienten Abschreibungen, im Übrigen aber aus Eigenkapital (in Höhe von über 18 Mio. Euro) bestritten werden sollen. Dieser Investitionsplan beruht im Wesentlichen auf dem Einsatz von Eigenkapital und entspricht schon deshalb nicht dem Wirtschaften eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens. Damit würde das mit der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2 Satz 4 GasNEV festgelegte Ziel verfehlt, das ein-

gesetzte Eigenkapital auf höchstens 40% zu begrenzen, weil sich eine höhere Eigenkapitalquote unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würde (vgl. BGH, Beschl. v. 14.8.2008 – KVR 35/07 Tz. 65 – Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße). Die von der Antragstellerin beabsichtigte Finanzierung ihrer Investitionen würde vielmehr im Ergebnis dazu führen, dass die Eigenkapitalquote noch weiter ansteige, mithin also ein Ergebnis entstünde, das sich noch weiter von dem Leitbild des § 21 Abs. 2 EnWG entfernen würde.

27 Hinzu kommt, dass langfristige und erhebliche Investitionen bei einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht aus dem Umlaufvermögen finanziert werden. Eigenkapital im Blick auf zukünftige Investitionen bildet – worauf das Beschwerdegericht zutreffend hingewiesen hat – ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen über das Anlagevermögen, indem es Finanzanlagen bildet, die eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen. Dies gilt im besonderen Maße für Finanzmittel, die erst in der folgenden Kalkulationsperiode benötigt werden. Bei entsprechend langfristigen Investitionen wird ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen eine möglichst lukrative Verzinsung des Eigenkapitals anstreben. Die Zinsen wären dann nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GasNEV kostenmindernd gegenzurechnen. Der Netzeigentümer kann nicht, um sich eine Anrechnung von Zinsen zu ersparen, Umlaufvermögen ansammeln und dafür eine Eigenkapitalverzinsung geltend machen.

28 Da hier weder dargetan noch ersichtlich ist, dass aus dem hohen Forderungsbestand überhaupt Zinseinnahmen entstehen, scheidet die von der Antragstellerin erörterte Möglichkeit aus, den Forderungsbestand als Finanzanlage einer Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Alt. 1 GasNEV zu unterwerfen.

29 (b) Im Streitfall bedarf es keiner Entscheidung, ob den Durchschnittswerten der Deutschen Bundesbank für die Feststellung des betriebsnotwendigen

Umlaufvermögens der ihnen vom Beschwerdegericht beigelegte Indizwert zukommen kann.

30 Hiergegen könnten allerdings Bedenken bestehen. Zwar sind solche Vergleichsbetrachtungen grundsätzlich ein geeignetes Instrument, um nicht wettbewerbskonforme Strukturen aufzudecken (vgl. BGHZ 163, 282, 287 – Stadtwerke Mainz; BGHSt 52, 1 Tz. 13, 19 – Papiergroßhandel). Die vom Beschwerdegericht zugrunde gelegten Bundesbankdaten beziehen sich aber auf eine Gesamtbetrachtung über alle Branchen und lassen vor allem die Schwankungsbreite und die Verteilungshäufigkeit von Abweichungen von dem statistischen Mittelwert nicht erkennen. Um die Aussagekraft der Durchschnittswerte zu erhöhen, wären ergänzende Erhebungen dazu sinnvoll, welche strukturellen Rahmendaten ein höheres Umlaufvermögen bedingen können und in welchem Umfang diese Faktoren branchentypisch auf einen Netzbetrieb zutreffen.

31 Diese Bedenken können hier jedoch dahinstehen. Nimmt die Bundesnetzagentur die Wertansätze hin, die über die Durchschnittswerte der Statistik der Deutschen Bundesbank hinausgehen und sich im Bereich eines von ihr akzeptierten "Sicherheitszuschlags" bewegen, wird die Antragstellerin hierdurch jedenfalls nicht beschwert. Vielmehr wird sie hierdurch bis zu einer gewissen Grenze lediglich von ihrer Mitwirkungspflicht, die Betriebsnotwendigkeit des von ihr in Ansatz gebrachten Betriebsvermögens zu begründen, entlastet.

32 c) Die Kürzung des Wertansatzes des Umlaufvermögens führt nicht zu einer Kürzung der Position Abzugsvermögen. Was als Abzugskapital anzusehen ist, ergibt sich abschließend aus § 7 Abs. 2 GasNEV. Kürzungen des Umlaufvermögens i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Alt. 1 GasNEV rechtfertigen deshalb keine Kürzung des Abzugskapitals.

33 Allerdings kann ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Umlaufvermögens und dem Abzugskapital bestehen. Ist das Abzugskapital nämlich hoch, kann dies dazu führen, dass mehr an Umlaufvermögen vorgehalten werden muss. Dies mag etwa der Fall sein, wenn demnächst unverzinsliche Verbindlichkeiten zu tilgen sind (§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 5 GasNEV). Weiterhin kann das Umlaufvermögen sich durch vereinnahmte Anzahlungen erhöhen. Dies hat freilich keine Kürzung des Abzugskapitals im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zur Folge. Zu überprüfen ist dann vielmehr, ob ein erhöhtes Abzugskapital gegebenenfalls ein erhöhtes Umlaufvermögen rechtfertigt (vgl. Fülbier, ET 2009, 150, 151 ff.). In diesem Falle wäre eine Kürzung der Positionen des Umlaufvermögens nicht mehr oder nur in geringerem Umfang zulässig. Aber auch dafür sind Anhaltspunkte weder dargetan noch ersichtlich.

2. Fremdkapitalzinssatz

34 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin hat hingegen Erfolg, soweit sie den vom Beschwerdegericht angesetzten Fremdkapitalzinssatz angreift.

35 a) Das Beschwerdegericht hat – der Bundesnetzagentur folgend – für das wie Fremdkapital zu verzinsende Eigenkapital einen Zinssatz von 4,8% p.a. für angemessen erachtet. Dieser Zinssatz, der sich aus der durchschnittlichen Umlaufrendite der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre aller festverzinslichen Wertpapiere inländischer Emittenten ergebe, lasse sich ohne weiteres der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank entnehmen und sei für das als Fremdkapital zu behandelnde Eigenkapital anzusetzen. Für einen darüber hinausgehenden Risikozuschlag bestehe kein Raum.

36 b) Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 42/07, WuW/E 2395 Tz. 50 ff. – Rhein Hessische Energie) bereits zu der inhaltsgleichen Bestimmung des § 7 Abs. 1

Satz 3 a.F. (Satz 5 n. F.) i.V.m. § 5 Abs. 2 StromNEV entschieden hat, ist die Obergrenze für den anzuerkennenden Fremdkapitalzinssatz nach der Höhe des Zinssatzes zu ermitteln, zu dem sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital hätte beschaffen können; das hat für § 5 Abs. 2 Halbs. 2 GasNEV gleichermaßen zu gelten. Ein Beurteilungsspielraum kommt den Regulierungsbehörden hierbei nicht zu. Die Höhe des Fremdkapitalzinssatzes kann dabei 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. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur wird dieser Risikozuschlag nicht bereits in der ebenfalls von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten berücksichtigt, weil es sich hierbei um einen gewichteten Durchschnittswert von Anleihen der öffentlichen Hand, Bankschuldverschreibungen und Industrieobligationen handelt, der für die Risikobewertung eines Netzbetreibers nicht aussagekräftig ist.

37 Für die Bemessung dieses Risikozuschlags sind noch weitere Feststellungen des Beschwerdegerichts erforderlich. Dabei muss auf die Sicht des Kreditgebers abgestellt und eine Risikobewertung vorgenommen werden. Diese braucht nicht unternehmensscharf zu sein. Aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität ist die Bildung sachgerecht begrenzter Risikoklassen geboten (BGH aaO Tz. 60).

III.

38 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat im Hinblick auf den Ansatz des "negativen Eigenkapitals" und der "negativen Gewerbesteuer" Erfolg. Dagegen hält die Entscheidung des Beschwerdegerichts zur kalkulatori-

schen Abschreibung der "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen kathodisch geschützt" rechtlicher Überprüfung stand.

1. Eigenkapital im Anwendungsbereich des § 4 Abs. 5 GasNEV

39 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Berechnungsansatz der Bundesnetzagentur hinsichtlich des zu verzinsenden Eigenkapitals aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

40 a) Die Bundesnetzagentur hat bei der kalkulatorischen Berechnung den Pächter und den Verpächter getrennt erfasst. Dies hat sie für erforderlich gehalten, um eine nach § 4 Abs. 5 GasNEV nicht zu berücksichtigende Kostenerhöhung durch die Verpachtung auszuschließen. Bei der Antragstellerin als Pächterin hat die Bundesnetzagentur wegen des Fehlens von Sach- und Finanzanlagevermögen lediglich das (allerdings gekürzte) Umlaufvermögen als Eigenkapital i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV angesetzt. Aufgrund dessen hat sich nach Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals ein negatives Eigenkapital ergeben. Aus diesem negativen Eigenkapital hat die Bundesnetzagentur auch die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 GasNEV ermittelt.

41 Das Beschwerdegericht hat diese getrennte Berechnung im Ansatz gebilligt. Es hat jedoch die Auffassung vertreten, dass auch bei dem Pächter des Netzbetriebs das Eigenkapital nicht unter Null festgelegt werden dürfe. Sei kein Eigenkapital vorhanden, fehle es an einer Basis für eine Verzinsung. Ein negatives Eigenkapital sei in den Netzentgeltverordnungen nicht vorgesehen und könne auch nicht auf § 4 Abs. 5 GasNEV gestützt werden.

42 b) Gegen diese Auffassung wendet sich die Bundesnetzagentur mit Erfolg.

43 Nach § 4 Abs. 5 GasNEV können Betreiber Kosten oder Kostenbestandteile, die aufgrund einer Überlassung betriebsnotwendiger Anlagegüter durch Dritte anfallen, nur in der Höhe ansetzen, wie sie anfielen, wenn der Betreiber Eigentümer der Anlage wäre. Damit soll verhindert werden, dass insbesondere innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen (vgl. Hölscher in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 7 Rdn. 14). Um in den Verpachtungsfällen die Festlegung überhöhter Netzentgelte zu verhindern, hat eine kalkulatorische Berechnung sowohl beim Verpächter als auch beim Pächter stattzufinden. Die Bundesnetzagentur ist dabei zutreffend davon ausgegangen, dass bei der Antragstellerin als Pächterin zunächst der Pachtzins als aufwandsgleiche Kostenposition gemäß § 5 Abs. 1 GasNEV in das festzulegende Netzentgelt einzurechnen war. Allerdings kann – wegen des Gebots des § 4 Abs. 5 GasNEV – der Pachtzins nur dann in voller Höhe berücksichtigt werden, wenn die Verpachtung für den Netznutzer nicht zu einer Erhöhung der Netzentgelte führt. Um dies zu überprüfen, muss auch für den Netzeigentümer eine Entgeltberechnung durchgeführt werden. Ergibt diese, dass das ermittelte Netzentgelt bei dem Netzeigentümer niedriger wäre als bei dem Netzpächter, muss eine entsprechende Kürzung erfolgen. Dies hat dadurch zu geschehen, dass der anzusetzende Pachtzins so weit herabgesetzt wird, bis sich bei dem Netzpächter exakt dieselben Netzentgeltelemente ergeben, die auch beim Netzeigentümer entstehen.

44 So ist die Bundesnetzagentur auch verfahren. Im vorliegenden Fall besteht aber die Besonderheit, dass weiteres Abzugskapital auch bei der Antragstellerin anfiel. Dieses Abzugskapital überstieg ihr berücksichtigungsfähiges Eigenkapital, weil die Antragstellerin als Pächterin nicht über Anlagevermögen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 GasNEV verfügt, sondern nur Finanzanlage- und Umlaufvermögen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV ansetzen konnte. Würde man – wie das Beschwerdegericht zur Vermeidung eines negativen Ei-

genkapitals – das Abzugskapital nicht oder nicht vollständig abziehen, ergäbe sich ein höheres Netzentgelt. Dies würde aber gegen § 4 Abs. 5 GasNEV verstoßen. Deshalb muss das Abzugskapital vollständig angesetzt werden, damit sich kein – im Vergleich zum Netzeigentümer – höheres Netzentgelt errechnet.

45 Dann entsteht zwar "negatives Eigenkapital". Dies stellt aber nur einen rechnerischen Zwischenschritt dar. Tatsächlich wird der Antragstellerin über den in Ansatz gebrachten (gekürzten) Pachtzins das Eigenkapital des Netzeigentümers zugute gebracht. Es ergäbe sich im Übrigen auch kein anderes Ergebnis, wenn man das überschießende Abzugskapital alternativ bei dem Netzeigentümer in Ansatz brächte. Dann würden sich bei diesem die Verzinsung des Eigenkapitals und damit auch dessen fiktives Netznutzungsentgelt verringern. Wegen der in § 4 Abs. 5 GasNEV normierten Deckelung würde sich in demselben Maße die Höhe des Pachtzinses reduzieren, den die Antragstellerin in Ansatz bringen darf. Daher greift auch der Einwand der Antragstellerin nicht durch, eine nach § 4 Abs. 5 GasNEV veranlasste Kürzung könne nur durch eine Kürzung des in Ansatz gebrachten Pachtzinses erfolgen. Maßgeblich ist insoweit allein, dass die Überlassung von Netzbestandteilen nicht zu einer fehlenden Berücksichtigung von Abzugskapital und damit – entgegen § 4 Abs. 5 GasNEV – zu höheren Netzentgelten führen darf. Dieses Ergebnis kann – wie dargelegt – durch den Ansatz eines negativen Eigenkapitals oder die Kürzung des Pachtzinses gleichermaßen erreicht werden.

46 Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann deshalb in diesem Punkt keinen Bestand haben und ist auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur aufzuheben. Das Beschwerdegericht wird auf der Grundlage des Berechnungsansatzes der Bundesnetzagentur den verbleibenden Einwendungen der Antragstellerin nachzugehen haben.

2. Kalkulatorische Gewerbesteuer

47 Das Rechtsmittel der Bundesnetzagentur ist deshalb auch im Hinblick auf den Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer erfolgreich. Die Bundesnetzagentur hat bei der Antragstellerin aufgrund eines ermittelten negativen Eigenkapitals in der Folge ebenso eine negative kalkulatorische Gewerbesteuer zugrunde gelegt. Dieser Berechnungsansatz ist – wie oben ausgeführt – zutreffend, weil nach § 4 Abs. 5 GasNEV der Betreiber eines Gasversorgungsnetzes bei der Geltendmachung von Kosten auf diejenigen Kosten beschränkt ist, die bei dem Eigentümer auch anfallen würden. Insoweit kann bei dem vorzunehmenden Vergleich zugleich eine aus einem negativen Eigenkapitalansatz herführende negative Gewerbesteuer in einem rechnerischen Zwischenschritt entstehen. Daher kann die Entscheidung des Beschwerdegerichts in diesem Punkt gleichfalls keinen Bestand haben.

3. Kalkulatorische Abschreibungen

48 Ohne Erfolg bleibt dagegen die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Neubescheidung im Hinblick auf die kalkulatorischen Abschreibungen richtet.

49 a) Im Rechtsbeschwerdeverfahren steht allein noch im Streit, ob die Kürzung hinsichtlich der Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen kathodisch geschützt" gerechtfertigt ist. Die Bundesnetzagentur will die Antragstellerin an ihren Angaben im Verwaltungsverfahren festhalten. Damals hatten Mitarbeiter der Antragstellerin in den so genannten B 2-Erhebungsbögen hinsichtlich der Nutzungsdauer kürzere Fristen als die Mindestfristen nach der Anlage 1 angegeben, auf die in § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV Bezug genommen wird.

50 Das Beschwerdegericht hat insoweit der Beschwerde der Antragstellerin stattgegeben und die Bundesnetzagentur zu einer Neubescheidung der Antragstellerin verurteilt. Die Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV greife hier ein, weil der Gaspreis an den Ölpreis gekoppelt gewesen sei und deshalb keine kostenorientierten Preise gefordert worden seien. Der Nachweis einer kürzeren tatsächlichen Nutzungsdauer i.S. des § 32 Abs. 3 Satz 2 GasNEV sei nicht geführt. Den Angaben in den Erhebungsbögen komme ein solcher Beweiswert nicht zu. Diese Angaben bezögen sich lediglich auf fiktive Abschreibungen. Mitarbeiter der Antragstellerin hätten insoweit in der irrigen Annahme, dass es sich um PVC-Rohre handele, jeweils deren (kürzere) Nutzungsdauer angesetzt. Diese noch vor der Entscheidung der Bundesnetzagentur korrigierten Angaben seien nicht geeignet, die Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV zu widerlegen, weil hierdurch kein Nachweis über den Ansatz einer kürzeren tatsächlichen Nutzungsdauer i.S. des § 32 Abs. 3 Satz 2 GasNEV geführt werde.

51 b) Diese Begründung des Beschwerdegerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

52 Dabei kann dahinstehen, ob die Bundesnetzagentur die Kürzung ausreichend begründet hat. Das Beschwerdegericht hat die Zugrundelegung einer kürzeren tatsächlichen Nutzungsdauer durch die Bundesnetzagentur nicht nur aus formellen Gründen für rechtswidrig gehalten. Vielmehr hat es den Ansatz der kürzeren Nutzungsdauer auch in der Sache nicht für berechtigt erachtet, weil die ursprünglichen Angaben von vornherein keine Nachweisqualität gehabt und zudem auf einem Irrtum von Mitarbeitern der Antragstellerin beruht hätten. Damit hält das Beschwerdegericht die Angaben hinsichtlich der Nutzungsdauer der "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen kathodisch geschützt" nicht für beweiskräftig. Die Eintragungen in den Erhebungsbogen können schon deshalb nicht als Nachweis i.S. des § 32 Abs. 3 Satz 2 GasNEV angesehen werden.

Andere mögliche Erkenntnisquellen, die für eine kürzere Nutzungsdauer sprechen könnten, führt das Beschwerdegericht nicht an.

53 Die gegen diese tatrichterliche Würdigung geführten Angriffe der Bundesnetzagentur bleiben erfolglos. Die (begründete) tatrichterliche Wertung, dass den Angaben der Nachweischarakter fehle, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Feststellung des Beschwerdegerichts, Mitarbeitern der Antragstellerin sei ein tatsächlicher Fehler im Zusammenhang mit dem Ausfüllen der B 2-Formulare unterlaufen, ist nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffen. Die Bundesnetzagentur setzt insoweit lediglich ihre Würdigung der unterschiedlichen Angaben an die Stelle derjenigen des Beschwerdegerichts. Die Annahme eines Irrtums beim Ausfüllen des Bewertungsbogens ist plausibel begründet. Liegt aber ein solcher Fehler vor, gehen die Beanstandungen der Bundesnetzagentur ins Leere, die von der Richtigkeit der ursprünglichen Angaben ausgehen. Denn sind nicht die ursprünglichen, sondern die korrigierten Angaben zugrunde zu legen, stellt sich die von der Bundesnetzagentur in ihrer Rechtsbeschwerde angesprochene Frage einer Abschreibung unter Null nicht. Da nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts die Sache in diesem Punkt von der Bundesnetzagentur neu zu bescheiden ist, ist diese nicht gehindert, auf der Grundlage anderer Erkenntnisquellen noch festzustellen, dass bei den Rohrleitungen im Rahmen der Abschreibung tatsächlich jeweils eine kürzere Nutzungsdauer angesetzt wurde.

IV.

54 Da die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin wie auch der Bundesnetzagentur jeweils wenigstens hinsichtlich einer Rechnungsposition einen Rechtsfehler aufzeigen, war der Beschluss des Beschwerdegerichts auf die beiderseitigen Rechtsmittel aufzuheben. Dies führt, weil über die verfahrensgenständliche Genehmigung nur einheitlich entschieden werden kann, zu einer

umfassenden Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu übertragen ist.

Tolksdorf

Raum

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.10.2007 - VI-3 Kart 8/07 (V) -