



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 33/08

Verkündet am:  
21. Juli 2009  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. April 2008 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 Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 38.198,56 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Antragstellerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz im Raum der Stadt . Am 28. Oktober 2005 beantragte sie bei der Landesregulierungsbehörde die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Mit Bescheid vom 15. Dezember 2006 genehmigte die Landesregulierungsbehörde - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - für den Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 niedrigere als die beantragten Höchstpreise. Sie begründete dies unter anderem mit einer Kürzung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie und der Nichtanerkennung von zwei Finanzanlagen im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung.
- 2 Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.
- 3 II. Die Rechtsbeschwerde hat nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Kürzung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie und gegen die Nichtanerkennung der Beteiligung an der K. GmbH als betriebsnotwendige Finanzanlage wendet. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.
- 4 1. Verlustenergie (§ 10 StromNEV)
- 5 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist begründet, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wendet, als Kosten der sogenannten Verlustenergie nach § 10 StromNEV seien ausschließlich die tatsächlichen Kosten des abgelaufenen Kalenderjahres anzusetzen, während gesicherte Erkenntnisse über

das Planjahr i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV nicht berücksichtigt werden dürften.

6 a) Das Beschwerdegericht hat dies damit begründet, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV eine abschließende Regelung darstelle, die § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV verdränge.

7 b) Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

8 Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 36/07, RdE 2008, 337 Tz. 9 ff. - Stadtwerke Trier) entschieden und im Einzelnen begründet hat, handelt es sich bei § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV nicht um eine abschließende Regelung. Vielmehr verbleibt es bei der allgemeinen Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV, wonach die Berücksichtigung gesicherter Erkenntnisse über das Planjahr nicht ausgeschlossen ist.

9 Da das Beschwerdegericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht überprüft hat, inwieweit gesicherte Erkenntnisse über höhere Kosten von Verlustenergie bestanden haben, wird es diese Feststellungen nachzuholen haben.

10 2. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung; Finanzanlagen

11 Die Rechtsbeschwerde hat teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen die Kürzung der Eigenkapitalverzinsung wendet.

12 a) Das Beschwerdegericht hat die Berechtigung dieser Kürzung damit begründet, dass die Antragstellerin die Betriebsnotwendigkeit der von ihr angesetzten Finanzanlagen in Form der Beteiligung an der A. GmbH (im Folgenden A. GmbH) und an der K. GmbH (im Folgenden: K. GmbH) nicht nachgewiesen habe. Hinsichtlich der A. GmbH habe

die unternehmerische Entscheidung der Antragstellerin, mit der Beteiligung den wirtschaftlichen Aufschwung der Region zu fördern, um hierdurch eine (derzeit nicht gegebene) Auslastung ihres Stromnetzes zu erreichen, keinen unmittelbaren Bezug zu den Kosten des Stromnetzbetriebs; nur mittelbare und im Einzelnen regelmäßig nicht näher quantifizierbare Auswirkungen einer Finanzanlage seien nicht als betriebsnotwendig anzusehen. In Bezug auf die K. GmbH habe die Antragstellerin nicht erklärt, inwieweit deren Managementtätigkeit dem Netzbetrieb zugute komme.

13            b) Dies hält rechtlicher Nachprüfung nur teilweise stand.

14            aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 3. März 2009 (EnVR 79/07 - SWU Netze) zum Umlaufvermögen entschieden hat und was für Finanzanlagen gleichermaßen zu gelten hat, ist eine Überprüfung der Bilanzwerte nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit der Finanzanlagen ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten nach § 23a EnWG darzulegen und nachzuweisen. Hierzu muss er etwa vortragen, welche langfristigen Verbindlichkeiten, größeren Investitionen oder sonstigen künftigen Kosten des Netzbetriebs er finanzieren muss, die einen bestimmten Bestand an Finanzanlagen rechtfertigen, oder dass bestimmte Unternehmensbeteiligungen erforderlich sind, weil diese den Netzbetrieb erst ermöglichen oder aufrechterhalten. Stets muss die Finanzanlage dem Betriebszweck des Netzbetreibers dienen, d.h. für die Leistungserstellung benötigt werden (vgl. Groebel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21 Rdn. 102).

15            bb) Die Antragstellerin hat den Nachweis für die Betriebsnotwendigkeit ihrer Beteiligung an der A. GmbH nicht erbracht. Deren Geschäftszweck ist die Durchführung von Bohrungen zur Erkundung und Erschließung von Thermalwässern und Erdwärme. Ein - betriebsnotwendiger - Zusammenhang mit dem Netzbetrieb der An-

tragstellerin besteht nicht. Die A. GmbH ist in einem gänzlich anderen Geschäftszweig tätig und erbringt keine Leistungen, die für den Netzbetrieb der Antragstellerin notwendig sind oder ihm auch nur förderlich wären. Soweit sie für ihren Betrieb Energie bezieht, steht sie ausschließlich auf der Seite der Netznutzer und fragt eine Leistung der Antragstellerin nach. Die Netznutzung ist zwar für den wirtschaftlichen Erfolg eines Netzbetreibers erforderlich. Die von der Antragstellerin angestrebte höhere Auslastung ihres Netzes stellt aber lediglich einen Reflex der von ihr angesetzten Finanzanlage dar, ohne deren Betriebsnotwendigkeit rechtfertigen zu können.

- 16 cc) Fehlerhaft ist dagegen die Annahme des Beschwerdegerichts, die Antragstellerin habe hinsichtlich ihrer Beteiligung an der K. GmbH nicht erklärt, inwieweit deren Managementtätigkeit dem Netzbetrieb zugute komme. Hierbei hat das Beschwerdegericht entscheidungserheblichen Vortrag der Antragstellerin übergangen. Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren unter Beweisantritt näher dargelegt, dass die K. GmbH für sie unter anderem Netzmanagementaufgaben wie etwa die Zählerfernauslesung, die Abwicklung von Kundenwechseln, die Ermittlung und Erstellung von Lastprofilen, das Bilanzkreismanagement und die kostengünstige Beschaffung von Verlust- und Regelenergie ausführe und sie hierdurch Kosten für Personal und die Anschaffung von Software einspare. Diese Tätigkeiten sind zur Leistungserstellung der Antragstellerin und damit zum Netzbetrieb erforderlich. Soweit die Rechtsbeschwerdeerwiderung in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die Antragstellerin in ihrem Geschäftsbericht für das Jahr 2004 die K. GmbH als Einkaufsgesellschaft bezeichnet habe, die bei den Strompreisverhandlungen agiere, steht dies dem Beschwerdevorbringen nicht entgegen. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die K. GmbH seitdem für die Antragstellerin weitere - nämlich die von ihr behaupteten - Aufgaben übernommen hat, was im weiteren Verfahren aufzuklären sein wird. Insoweit wird sich das Beschwerdegericht auch mit der - von der Rechtsbeschwerdeerwiderung aufgeworfenen - Frage zu befassen haben, ob die von der K. GmbH ausgeführten Aufgaben gesondert entgolten worden und im Kostenblatt

der Antragstellerin unter den Personal- und Materialkosten enthalten sind. Insoweit wäre die Beteiligung der Antragstellerin an der K. GmbH nicht betriebsnotwendig.

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

18 IV. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 38.198,56 € festgesetzt. Dies ist die Differenz zwischen den nach der Auffassung der Antragstellerin zu berücksichtigenden, im Rechtsbeschwerdeverfahren noch geltend gemachten Netzkosten und den von der Bundesnetzagentur anerkannten Netzkosten und entspricht dem Interesse der Antragstellerin (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG i.V. mit § 3 ZPO).

Tolksdorf

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG München, Entscheidung vom 03.04.2008 - Kart 10/07 -