



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 39/08

Verkündet am:
29. September 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. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. April 2008 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Landesregulierungsbehörde die Antragstellerin auch unter Beachtung der Rechtsauffassung des Rechtsbeschwerdegerichts neu zu bescheiden hat.

Die Kostenentscheidung des genannten Beschlusses wird aufgehoben. Von den Kosten und Auslagen des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die Antragstellerin 9/10 und die Landesregulierungsbehörde 1/10. Die Bundesnetzagentur trägt ihre Auslagen selbst.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 330.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Antragstellerin betreibt in B. das örtliche Stromverteilungsnetz. Auf ihren Antrag genehmigte die Landesregulierungsbehörde die geltend gemachten Netzentgelte für die Zeit vom 1. April 2007 bis 31. Dezember 2007 nur teilweise. Gegen die Kürzungen hat sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde gewandt. Das Beschwerdegericht hat die Landesregulierungsbehörde verpflichtet, die Antragstellerin neu zu bescheiden. Mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren ursprünglichen Antrag hinsichtlich der Kostenansätze für "Verlustenergie" und "Ausgleichsenergie" weiter. Sie erstrebt zudem die Berücksichtigung bislang nicht anerkannter "sonstiger betrieblicher Kosten" und beanstandet den angesetzten Zinssatz für das als Fremdkapital behandelte Eigenkapital.

II.

2 Die Rechtsbeschwerde hat hinsichtlich der Position "Verlustenergie" und der Höhe des Fremdkapitalzinssatzes Erfolg. Im Übrigen sind die Beanstandungen der Antragstellerin unbegründet.

3 1. Verlustenergie (§ 10 StromNEV)

4 Zu der Position Verlustenergie ist das Beschwerdegericht der Auffassung, nach § 10 StromNEV dürften ausschließlich die tatsächlichen Kosten des abgelaufenen Kalenderjahres in Ansatz gebracht werden; gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV dürften nicht berücksichtigt werden, weil § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV eine gegenüber § 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV vorrangige Sonderregel darstelle.

5 Diese Auffassung hält, wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 14. August 2008 (vgl. KVR 35/07, RdE 2008, 341 Tz. 12 ff. - Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße) ausgeführt hat, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV ist auch auf die Kosten der Verlustenergie anwendbar. Dementsprechend sind, wenn die Antragstellerin im Regulierungsverfahren gesicherte Erkenntnisse in Bezug auf die Planperiode vorgetragen hat, diese dem Kostenansatz zugrunde zu legen.

6 2. Ausgleichsenergie

7 Ohne Rechtsverstoß hat das Beschwerdegericht die Kosten für die Beschaffung von Ausgleichsenergie als nicht berücksichtigungsfähig angesehen.

8 a) Es hat ausgeführt, dass die Antragstellerin ihren Kostenansatz nicht ausreichend dargelegt habe. Sie müsse insoweit die eingekauften Strommengen und die hierfür gezahlten Preise nachweisen. Zudem müssten die Mengen und die aufgewandten Beträge für die bezogene Ausgleichsenergie dem Effizienzgebot entsprechen. Diesen Anforderungen habe der Vortrag der Antragstellerin nicht genügt; sie habe nämlich - bezogen auf eine behauptete Jahresabnahme von 171.730.091 kWh - zunächst eine Pauschale von 0,26 ct/kWh geltend gemacht (im Ergebnis also 446.498,24 €). Bei gleicher Abgabemenge habe sie später die Pauschale auf 0,126 ct/kWh abgesenkt, mithin also 216.379,92 € angesetzt. Schließlich habe sie die Kosten mit 261.749,35 € beziffert und dabei eine konkrete Lastmenge von 94.811.533 kWh behauptet. Hierfür habe sie zwar eine Bestätigung ihrer Stromlieferantin, der Q. GmbH, vorgelegt. Aus dieser ergebe sich aber nur eine von der Antragstellerin selbst errechnete Ausgleichsenergiemenge, die pauschal mit den allgemeinen Preisen der RWE in Ansatz gebracht worden sei.

9 Da die Antragstellerin mithin ihre Aufwendungen für das als Basisjahr heranzuziehende Jahr 2004 nicht ausreichend konkret nach Grund und Höhe der entstandenen Kosten dargelegt habe, könne diese Position insgesamt nicht berücksichtigt werden.

10 b) Dies hält rechtlicher Überprüfung stand.

11 aa) Die Ausgleichsenergie (zum Begriff vgl. Britz in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 22 Rdn. 2 f.) ist vom Netzbetreiber, hier mithin von der Antragstellerin, zu beschaffen und bereitzustellen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. EnWG i.V.m. §§ 6 ff. StromNZV). Die hierfür aufgewandten Kosten sind aufwandsgleiche Kostenpositionen nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 StromNEV, die in die Berechnung der Netzkosten einfließen (Salje, EnWG, § 23 Rdn. 2). Datenbasis für die Kosten der Ausgleichsenergie ist gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 StromNEV das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr vor der Antragstellung. Dies ist das Jahr 2004. Auf der Grundlage dieses Jahres ist abzurechnen, es sei denn, es bestehen gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr. Erkenntnisse, die das Planjahr betreffen, werden von der Antragstellerin nicht behauptet. Sie bezieht sich deshalb auch im Ausgangspunkt zutreffend auf das Jahr 2004.

12 bb) Die Antragstellerin hat - wie das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat - die tatsächlich aufgewandten Kosten nicht nachgewiesen. Dabei kann dahinstehen, ob sie ungeachtet der unterschiedlichen Angaben, die sie hierzu im Laufe des Verfahrens gemacht hat, zumindest die bezogene Strommenge zutreffend dargestellt hat; insoweit hat die Antragstellerin immerhin im Beschwerdeverfahren eine CD-ROM vorgelegt, aus der sich - anhand von viertelstündigen Messungen - die Differenzmengen ergeben sollen, die ausgeglichen werden mussten. Einen ausreichenden Vortrag zu den Differenz-

mengen unterstellt, hat die Antragstellerin nämlich jedenfalls nicht die Kosten beziffert, die ihr durch den Bezug der Ausgleichsenergie tatsächlich entstanden sind.

13 Die von ihr in Ansatz gebrachten Preise sind nicht belegt. Aus der vorgelegten Bescheinigung ihrer Stromlieferantin, der Q. GmbH, ergibt sich lediglich, dass es sich bei den Preisen, die auf der CD-ROM den jeweils gemessenen Mengen zugeordnet worden sind, um die Preise handelt, die in der "Regelzone RWE" gegolten haben. Die Antragstellerin hat diese Preise jedoch nicht bezahlt. Wie sie selbst vorgetragen und durch die Bescheinigung der Q. GmbH belegt hat, wurde sie auf der Grundlage eines Vollstromlieferungsvertrags versorgt, über den alle Energiekosten, mithin auch die der beanspruchten Ausgleichsenergie abgerechnet wurden. Die ihr aus dem Vollstromliefervertrag tatsächlich entstandenen Kosten hat sie jedoch nicht benannt. Sie hat weder den vollständigen Liefervertrag vorgelegt noch die sich hieraus ergebenden Bezugspreise mitgeteilt. Hierauf wäre es aber angekommen, weil die ihr im Basisjahr 2004 tatsächlich entstandenen Kosten bei der Entgeltgenehmigung zugrunde zu legen sind.

14 cc) Das Beschwerdegericht, das die Antragstellerin mit Hinweisbeschluss vom 11. Februar 2008 nochmals ausdrücklich über die Erheblichkeit der tatsächlich angefallenen Kosten im Basisjahr 2004 in Kenntnis gesetzt hat, hat ihren Anspruch auf rechtliches Gehör auch sonst nicht verletzt. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin schon nicht substantiiert darlegt, welchen konkreten Tatsachenvortrag das Beschwerdegericht übergangen haben soll (vgl. BGH, Beschl. v. 23.11.2004 - KVZ 7/03, BGH Report 2005, 2006), ist diese Rüge jedenfalls unbegründet. Die wesentlichen Informationen aus den von der Antragstellerin mit ihrer Rüge in Bezug genommenen Schriftsätzen hat das Beschwerdegericht verwertet. Im Übrigen fehlt in den genannten Schriftsätzen

gleichfalls eine konkrete Abrechnung der Kosten für die in Anspruch genommene Ausgleichsenergie.

15 3. Sonstige betriebliche Kosten

16 Gleichfalls erfolglos bleibt die Rechtsbeschwerde hinsichtlich der Kürzung der Position der "sonstigen betrieblichen Kosten". Die in der Rechtsbeschwerdeinstanz von der Antragstellerin noch begehrte Anerkennung von Spenden und von freiwilligen sozialen Aufwendungen in Höhe von 17.688,98 € sowie von Werbekosten in Höhe von 19.137,21 € hat das Beschwerdegericht zu Recht versagt.

17 a) Das Beschwerdegericht hat ausgeführt:

18 Der Bescheid der Landesregulierungsbehörde sei zwar mit einem Begründungsmangel behaftet, weil nicht erkennbar sei, welche Ansätze im Einzelnen gekürzt worden seien. Damit genüge er nicht dem Begründungserfordernis nach § 73 Abs. 1 EnWG. Dieser Mangel habe sich aber nicht ausgewirkt. Mit den Beteiligten seien die Kosten, die nicht hätten anerkannt werden sollen, zweifelsfrei identifiziert worden. Es, das Beschwerdegericht, könne deshalb gemäß § 46 VwVfG in der Sache entscheiden. Bei den angesetzten 17.688,98 € für Spenden, freiwillige soziale Aufwendungen, Aufwand für Pensionäre, Betriebsveranstaltung und Weihnachtsfeier sei eine Zuordnung zum Netzbetrieb nicht ersichtlich; einen solchen habe die Antragstellerin trotz entsprechender Aufforderung durch die Landesregulierungsbehörde nicht darge-
tan. Die Werbekosten habe die Landesregulierungsbehörde ebenfalls zu Recht um 19.137,21 € gekürzt. Auch hier fehle ein detaillierter Nachweis ihres Bezugs zum Netzbetrieb. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, dass die Landesregulie-

rungsbehörde den vom Gesamtaufwand des Unternehmens auf das Stromnetz entfallenden Prozentsatz anteilig auch für die Werbekosten angesetzt habe.

19 b) Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Antragstellerin erkennen.

20 aa) Der Senat kann dabei offen lassen, ob für das Beschwerdegericht eine Sachentscheidung nach § 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 46 VwVfG eröffnet war. Die nicht ausreichend dargelegten Kürzungspositionen und deren fehlende Zuordnung zu konkreten von der Antragstellerin beantragten Kostenansätzen stellen nämlich einen Begründungsmangel dar, der jedenfalls nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG geheilt worden ist. Diese Vorschrift ist im Regulierungsverfahren gemäß § 67 Abs. 4 EnWG anwendbar (Salje, EnWG, § 67 Rdn. 28 ff.). Eine Heilung des Mangels ist auch noch im gerichtlichen Beschwerdeverfahren möglich (Salje aaO; Ost in MünchKomm., GWB, § 61 Rdn. 2). Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 45 Abs. 2 VwVfG, der - anders als die noch bis zum 18. September 1996 geltende Fassung der Norm - eine Heilung bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung zulässt (anscheinend nicht berücksichtigt von Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 61 Rdn. 7 und K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 61 Rdn. 15).

21 Nachdem die Landesregulierungsbehörde im gerichtlichen Beschwerdeverfahren die Zuordnung erläutert und zweifelsfrei klargestellt hat, welche Kostenansätze in welcher Höhe gekürzt worden sind, ist hier die erforderliche Begründung rechtzeitig nachgeholt worden und der ursprüngliche Formmangel gemäß § 45 Abs. 1 VwVfG geheilt worden.

22 bb) Das Beschwerdegericht, das danach zur Sache entscheiden durfte, hat die Kürzungen der Landesregulierungsbehörde bei den von der Antragstellerin noch weiter verfolgten Kostenansätzen zu Recht gebilligt.

23 (1) Soweit die Positionen Spenden, freiwillige soziale Aufwendungen, Aufwand für Pensionäre, Betriebsveranstaltung und Weihnachtsfeier in Höhe von 17.688,98 € betroffen sind, ist ein Bezug zum Netzbetrieb nicht ersichtlich.

24 Ansatzfähig sind gemäß § 4 Abs. 1 StromNEV Kosten nur dann, wenn sie Kosten des Netzbetriebs sind und in ihrer Höhe denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetriebs entsprechen. Erschöpft sich die Geschäftstätigkeit des Unternehmens nicht allein im Betrieb des Netzes, ist eine getrennte Erfassung der Netzkosten und der Kosten der anderweitigen Geschäftstätigkeiten vorzunehmen (§ 10 Abs. 3 EnWG). Ist eine direkte Zuordnung nicht möglich, sind die betreffenden Kosten als Gemeinkosten zu behandeln. Das Unternehmen hat in diesem Fall eine verursachungsgerechte Schlüsselung vorzunehmen. Den Netzbetreiber trifft nach den Regelungen der Stromnetzentgeltverordnung i.V.m. § 23a Abs. 3 EnWG eine Darlegungspflicht, wenn er Aufwendungen als Kosten des Netzbetriebs in Ansatz bringen will. Er muss sowohl die Zuordnung der Kosten zum Netzbetrieb als auch ihre Sachgerechtigkeit nachweisen (BGH, Beschl. v. 6.5.2009 - EnVR 16/08 Tz. 9 - Energiesparaktion).

25 Den Bezug zum Netzbetrieb hat die insoweit darlegungspflichtige Antragstellerin nicht hergestellt. Die von ihr in Bezug genommenen Schriftsätze enthalten keine ausreichende Erläuterung. Allein dass ein Wirtschaftsprüfer die Zuordnung zum Netzbetrieb testiert hat, enthebt die Antragstellerin nicht von ihrer Pflicht, diese inhaltlich zu begründen. Der nicht näher substantiierte Vor-

wurf einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, den sie in diesem Zusammenhang erhebt, kann ihrem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen.

26 (2) Die Streichung der anteiligen Kosten für Werbung ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Werbemaßnahmen sind - sofern sie nicht durch eine entsprechende zu erwartende Kostenersparnis gerechtfertigt sind - grundsätzlich für den Netzbetrieb nicht erforderlich (BGH aaO Tz. 11). Einen Bezug zu einem denkbaren Wettbewerb um Versorgungskonzessionen hat die Antragstellerin nicht dargelegt. Die Antragstellerin beschwert es zumindest nicht, dass die Landesregulierungsbehörde hier anteilig Werbekosten anerkannt hat.

27 4. Kalkulatorische Fremdkapitalverzinsung (§ 5 Abs. 2 StromNEV)

28 Erfolg hat die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung hinsichtlich der Höhe des Fremdkapitalzinssatzes (§ 5 Abs. 2 StromNEV). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Tz. 50 ff. - Rhein Hessische Energie) darf bei der Ermittlung des Zinssatzes nicht allein auf die durchschnittliche Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere aus den letzten zehn Jahren abgestellt werden. Es muss vielmehr ein angemessener Risikozuschlag in Ansatz gebracht werden.

III.

29 Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück, sondern ordnet selbst eine Neubescheidung der Antragstellerin durch die Landesregulierungsbehörde an. Die Landesregulierungsbehörde wird deshalb - neben den Punkten, über die schon nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts neu zu befinden ist - auch hinsichtlich der Rechnungspositionen "Verlust-

energie" und "Höhe des Fremdkapitalzinssatzes" den Kostenansatz der Antragstellerin zu überprüfen haben.

- 30 Von einer Zurückverweisung an das Beschwerdegericht kann im Streitfall abgesehen werden, weil weitere tatrichterliche Feststellungen nicht erforderlich erscheinen. In Bezug auf die Position "Verlustenergie" hat die Landesregulierungsbehörde bereits eine Neuberechnung auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angekündigt. Der bei dem Fremdkapitalzinssatz im Streit stehende Wagniszuschlag ist Gegenstand mehrerer Verfahren in der Beschwerdeinstanz. Dort werden hierzu nach Maßgabe der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs weitere Maßstäbe entwickelt, an denen sich die Landesregulierungsbehörde, wenn sie keine anderen Erkenntnisse hat, zweckmäßigerweise orientieren wird.

IV.

31

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.04.2008 - VI-3 Kart 78/07 (V) -