



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 6/08

Verkündet am:
7. April 2009
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar

GasNEV § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2

Gesicherte Erkenntnisse im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 GasNEV liegen vor, wenn sich aus objektiven Anhaltspunkten schlüssig ableiten lässt, dass Kosten in Höhe der angesetzten Planwerte mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehen werden.

GasNEV § 6 Abs. 5

Die kalkulatorischen Abschreibungen sind nach § 6 Abs. 5 GasNEV monats-scharf vorzunehmen.

BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. April 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 Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. November 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Antrag auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung zurückgewiesen worden ist.

Die weitergehende Rechtsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache 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 11.977.921,14 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Antragstellerin, eine im Zuge der Entflechtung nach § 7 EnWG zum 1. Juli 2007 gegründete 100%-ige Tochtergesellschaft der H. AG, betreibt mehrere Gasversorgungsnetze in Darmstadt und Südhessen. Ihre Rechtsvorgängerin beantragte am 27. Januar 2006 bei der Bundesnetzagentur die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Mit Bescheid vom 8. Dezember 2006 genehmigte die Bundesnetzagentur - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - für den Zeitraum vom 12. Dezember 2006 bis 31. März 2008 niedrigere als die beantragten Höchstpreise. Sie begründete dies unter anderem mit Kürzungen bei den Kostenpositionen Wartungs- und Instandhaltungsleistungen, kalkulatorische Abschreibungen, Tagesneuwerte, Umlaufvermögen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer.

- 2 Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin das Begehren weiter.

- 3 II. Die Rechtsbeschwerde hat nur insoweit Erfolg, als sie sich im Rahmen des Hilfsantrages auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung hinsichtlich der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV (in der bis zum 5. November 2007 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.) gegen die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes und gegen die Bemessung der - davon abhängigen -

kalkulatorischen Gewerbesteuer wendet. Im Übrigen bleibt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

4 1. Plankosten für Wartungs- und Instandhaltungsleistungen

5 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet, soweit sie die Nichtberücksichtigung der geltend gemachten Kosten der durch Dritte im Planjahr zu erbringenden Wartungs- und Instandhaltungskosten, hier des Entgelts der E. GmbH für die Abrechnung und Abwicklung des Netzzugangs, beanstandet.

6 a) Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt, dass nach § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 GasNEV gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr nur dann vorhanden seien, wenn das Anfallen der Kosten nach Grund und Höhe in der Kalkulationsperiode mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten seien und die der Prognose zugrunde liegenden Tatsachen bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung vorlägen. Solche Tatsachen habe die Antragstellerin jedoch nicht dargelegt. Das Angebot der E. GmbH über die Erbringung der geltend gemachten Wartungs- und Instandhaltungsleistungen vom 24. Oktober 2005 sei bis zum 28. November 2005 befristet gewesen, ohne dass die Antragstellerin einen Vertragsschluss bis zu diesem Zeitpunkt oder bis zur Antragstellung belegt habe. Die bloße Entgegennahme der Abrechnungsdienste im Januar 2006 genüge hierfür ebenso wenig wie die spätere Rechnung der E. GmbH vom 31. Dezember 2006.

7 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand.

8 aa) Der Begriff der gesicherten Erkenntnisse i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 GasNEV gibt die Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Prognose als Voraussetzung für die Berücksichtigung von erst in der Zukunft anfallenden

Kosten vor. Im Grundsatz soll gemäß § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 GasNEV die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte auf Basis der Daten des abgelaufenen Geschäftsjahres erfolgen, um aufgrund einer verlässlichen Datengrundlage die Anforderungen des § 21 Abs. 1 EnWG an ein angemessenes, diskriminierungsfreies und transparentes Entgelt für den Netzzugang zu erfüllen. Dementsprechend ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 GasNEV zur Bestimmung der Netzkosten eine kalkulatorische Rechnung zu erstellen, die von den Gewinn- und Verlustrechnungen für die Gasversorgung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres auszugehen hat. Soweit der Netzbetreiber allerdings im Zeitpunkt der Antragstellung bei einer einzelnen Kostenposition im Planjahr höhere Kosten erwartet, hat ihm der Verordnungsgeber in § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 GasNEV die Möglichkeit eröffnet, bereits diese Kosten in Ansatz zu bringen, wenn für deren Entstehen dem Grunde und der Höhe nach gesicherte Erkenntnisse vorliegen. Im Hinblick auf die Anforderungen an ein angemessenes und transparentes Entgelt liegen gesicherte Erkenntnisse vor, wenn sich aus objektiven Anhaltspunkten schlüssig ableiten lässt, dass Kosten in Höhe der angesetzten Planwerte mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehen werden. Eine absolute Sicherheit kann schon deshalb nicht gefordert werden, weil Plankosten erst in der Zukunft anfallen und ihre tatsächliche Höhe in der Regel zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht feststeht. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann es umgekehrt für das Merkmal "gesichert" aber bereits nach seinem Wortlaut und auch aufgrund der Anknüpfung an eine verlässliche und transparente Datengrundlage in § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 GasNEV nicht genügen, wenn die (höheren) Plankosten lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.

- 9 bb) Nach diesen Maßstäben hat das Beschwerdegericht das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse zu Recht verneint. Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin (im Folgenden: Antragstellerin) hat weder im Genehmi-

gungs- noch im Beschwerdeverfahren das Entstehen der von ihr geltend gemachten Plankosten für die durch Dritte erbrachten Wartungs- und Instandhaltungskosten mit der für das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse zu fordernden hohen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen.

10 In ihrem Entgeltgenehmigungsantrag vom 27. Januar 2006 hat die Antragstellerin den Ansatz von Plankosten mit der Einführung des Zweivertragskontenmodells für Ausspeisepunkte ohne Leistungsmessung (Profilkunden) im Jahr 2006 erklärt und im Einzelnen berechnet, ohne allerdings die vertragliche Grundlage für die Entstehung und die Höhe dieser Kosten näher darzulegen und nachzuweisen. Auf die entsprechende Beanstandung der Bundesnetzagentur hat sie im Genehmigungsverfahren mit Schreiben vom 3. Juli 2006 und vom 27. September 2006 lediglich mitgeteilt, dass über die in Ansatz gebrachten Aufwendungen zwischen ihrer Rechtsvorgängerin und der E. GmbH ein Vertrag geschlossen worden sei; dabei hat sie weder den genauen Inhalt mitgeteilt noch die Vertragsurkunde vorgelegt. Aufgrund dessen hat die Bundesnetzagentur die Berücksichtigung der geltend gemachten Plankosten zu Recht abgelehnt.

11 Die Antragstellerin hat den Nachweis für das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse auch nicht im Beschwerdeverfahren erbracht. Auf das vorgelegte Vertragsangebot der E. GmbH vom 24. Oktober 2005 kann sie sich nicht stützen, weil dieses bis zum 28. November 2005 befristet war und sie eine Annahme des Antrags innerhalb der Frist nicht behauptet hat. Zudem stimmen die in diesem Angebot enthaltenen Einzelpreise der angebotenen Leistungen nicht mit den Angaben in ihrem Genehmigungsantrag vom 27. Januar 2006 überein. Aufgrund dessen musste das Beschwerdegericht auch nicht der unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung der Antragstellerin nachgehen, der Vertrag zwischen ihrer Rechtsvorgängerin und der E.

GmbH sei nach Ablauf der Angebotsfrist durch die tatsächliche Entgegennahme der angebotenen Leistungen stillschweigend zustande gekommen. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die Antragstellerin dargelegt hat, in welchem Umfang, für welchen Zeitraum und zu welcher Vergütung dieser Vertrag zustande gekommen sein soll. Das Angebot vom 24. Oktober 2005 scheidet schon deshalb als Grundlage für die Annahme gesicherter Erkenntnisse aus, weil sich die dortigen Einzelpreise in dem Genehmigungsantrag der Antragstellerin nicht wiederfinden. Entsprechendes gilt für die Rechnung der E.

GmbH vom 31. Dezember 2006, mit der für das Jahr 2006 lediglich eine Gesamtvergütung für erbrachte Dienstleistungen beansprucht wird, die weder mit den geltend gemachten gesamten Plankosten noch - bei einer Aufteilung der Gesamtsumme auf die abgerechneten Einzelverträge - mit dem im Genehmigungsantrag zugrunde gelegten Einzelpreis übereinstimmt.

12 2. Monatsscharfe Abschreibungen (§ 6 Abs. 5 GasNEV)

13 Die Rechtsbeschwerde ist auch hinsichtlich der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens nach § 6 Abs. 5 GasNEV un begründet.

14 a) Das Beschwerdegericht hat die Auffassung der Bundesnetzagentur gebilligt, dass bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Anschaffungszeitpunkt des Anlagegutes stets auf den 1. Januar des Anschaffungsjahres abzustellen sei und deshalb die Abschreibungen für die kalkulatorische Rechnung auch schon im Anschaffungsjahr mit dem vollen Jahresbetrag anzusetzen seien. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 GasNEV, nach dem die kalkulatorische Abschreibung nach der linearen Abschreibungsmethode "jährlich vorzunehmen" sei. Insoweit dürften sachgerechte Pauschalierungen erfolgen. Damit verbundene Nachteile seien

nicht unverhältnismäßig und vom Netzbetreiber hinzunehmen. Aus § 4 Abs. 2 GasNEV i.V. mit § 10 Abs. 1 und 3 EnWG ergebe sich nichts anderes; danach würden die Netzkosten für die kalkulatorische Rechnung nur "ausgehend" von der nach § 10 Abs. 3 EnWG erstellten und testierten Gewinn- und Verlustrechnung ermittelt, ohne eine strikte Bindung für die Entgeltermittlung zu entfalten.

15 b) Dies greift die Rechtsbeschwerde im Ergebnis ohne Erfolg an.

16 aa) Im Ausgangspunkt fehlerhaft ist allerdings die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte eines unterjährig angeschafften Anlagegutes bereits im Anschaffungsjahr der volle Jahresbetrag anzusetzen sei. Vielmehr sind die Restwerte für die Anlagegüter gemäß § 6 Abs. 5 GasNEV monats-scharf zu ermitteln.

17 (1) Das Beschwerdegericht kann sich insoweit nicht auf den Wortlaut des § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV stützen. Danach sind die kalkulatorischen Abschreibungen für jede Anlage jährlich auf der Grundlage der jeweiligen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer vorzunehmen. Hieraus folgt lediglich die Notwendigkeit eines Abschreibungsplans, der die Anschaffungs- oder Herstellungskosten nach der in § 6 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 GasNEV vorgegebenen linearen Abschreibungsmethode auf die Zeit der Nutzungsdauer verteilt. Dies bedeutet aber nicht, dass der Abschreibungsbetrag bereits im Anschaffungsjahr dem vollen Jahresbetrag entsprechen muss, auch wenn das Anlagegut unterjährig angeschafft worden ist. Der Begriff "jährlich" kann nicht mit "in gleichen Jahresbeträgen" gleichgesetzt werden.

18 (2) Umgekehrt folgt - anders als die Rechtsbeschwerde meint - das Erfordernis einer monats-scharfen Ermittlung der Restwerte nicht bereits aus § 4 Abs. 2 Satz 1 GasNEV und den dort in Bezug genommenen Vorschriften über

Gewinn- und Verlustrechnungen nach § 10 Abs. 3 EnWG. Für die Handelsbilanz sieht zwar § 253 Abs. 2 HGB eine Berechnung der Abschreibung eines Anlagegutes für das Anschaffungs- oder Herstellungsjahr erst mit Beginn der Lieferung oder Fertigstellung vor. Wie der Senat aber mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 39/07, RdE 2008, 323 Tz. 36 - Vattenfall) im Einzelnen zu § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 StromNEV begründet hat, handelt es sich bei der dortigen Bezugnahme auf die Handelsbilanz um keinen Verweis auf Rechtsnormen des Handelsrechts; vielmehr dient die Handelsbilanz insoweit lediglich als Datenquelle für die Regulierungsentscheidung. Für § 4 Abs. 2 Satz 1 GasNEV gilt nichts Anderes. Die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen wie auch die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung folgt einem eigenständigen System, das in seinen Grundsätzen durch § 21 EnWG vorgegeben und in der Gasnetz-entgeltverordnung näher bestimmt wird. Bei den Vorschriften der §§ 6, 7 GasNEV handelt es sich um ein abgeschlossenes Regelwerk, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbständig normiert (vgl. Senat aaO Tz. 37).

19 (3) Dass die Restwerte der Anlagegüter monats-scharf zu ermitteln sind, d.h. der Zeitpunkt der Lieferung oder der Fertigstellung maßgeblich ist, ergibt aber eine Gesamtschau der §§ 6, 7 GasNEV.

20 Für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen stellt der Verordnungsgeber in § 6 GasNEV an verschiedenen Stellen auf den konkreten Zeitpunkt eines bestimmten Ereignisses und nicht auf den 1. Januar des betreffenden Jahres ab. Dies ist etwa in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GasNEV für den Zeitpunkt der Errichtung des Anlagegutes oder in § 6 Abs. 6 Satz 3 GasNEV für den Zeitpunkt der Abschreibungsdauerumstellung der Fall. Dies spricht - mangels entgegenstehender Willensäußerung des Verordnungsgebers - dafür, dass

auch im Rahmen des Abschreibungsplans nach § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV der Zeitpunkt der Lieferung oder Herstellung eines Anlagegutes maßgeblich ist.

21 Darauf deutet auch die bei der erstmaligen Ermittlung der Netzentgelte anwendbare Übergangsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 2 GasNEV hin. Danach sind die seit Inbetriebnahme der Sachanlagegüter der kalkulatorischen Abschreibung tatsächlich zu Grunde gelegten Nutzungsperioden heranzuziehen. Mit der Inbetriebnahme stellt auch diese Vorschrift auf einen konkreten Zeitpunkt ab.

22 Schließlich folgt das Erfordernis einer monatscharfen Ermittlung der Restwerte auch aus dem Prinzip der Nettosubstanzerhaltung, von dem sich der Verordnungsgeber in § 6 GasNEV hinsichtlich der Altanlagen hat leiten lassen (vgl. BR-Drucks. 247/05, S. 27, BR-Drucks. 247/05 (Beschluss), S. 32) und das dem Ziel einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nach § 21 Abs. 2 EnWG dienen soll. Bei einer Abschreibung des vollen Jahresbetrages bereits im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr wird - was auch die Bundesnetzagentur nicht in Abrede stellt - der Restwert des Sachanlagevermögens, das vor dem für die Entgeltbestimmung maßgeblichen Geschäftsjahr i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV angeschafft worden ist, und damit die Basis für die Verzinsung des eingesetzten Kapitals gekürzt. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur wird diese Kürzung nicht durch eine entsprechende Abschreibung der in dem für den Entgeltgenehmigungsantrag maßgeblichen Geschäftsjahr angeschafften Anlagegüter kompensiert. Deren Abschreibung soll den sie betreffenden Wertverzehr, nicht aber den teilweise nicht berücksichtigten Wertverzehr eines anderen Anlagegutes ausgleichen.

23 (4) Die von der Bundesnetzagentur für eine auf das Kalenderjahr bezogene Abschreibung angeführten Argumente greifen nicht durch.

24 Soweit die Bundesnetzagentur aus Gründen der Gleichbehandlung eine solche Abschreibung für zwingend erforderlich hält, geht dies fehl; eine Gleichbehandlung der Netzbetreiber ist auch bei einer monatscharfen Abschreibung möglich. Soweit sie sich darauf beruft, dass mit der Möglichkeit nur jährlicher Abschreibungen ihr Prüfungsaufwand reduziert werde und deshalb eine pauschalierte Betrachtungsweise zwecks effizienter und zügiger Durchführung der Genehmigungsverfahren geboten sei, kann dahinstehen, ob dies bei Verwendung von Rechenprogrammen tatsächlich der Fall ist, zumal die Bundesnetzagentur die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. Juni 2006 selbst aufgefordert hat, die unterjährigen Ansätze anlagenscharf nachzuweisen; verfahrensökonomische Gründe können jedenfalls nicht dazu führen, das in § 21 Abs. 2 EnWG angeordnete Ziel einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals einzuschränken.

25 bb) Die Rechtsbeschwerde bleibt gleichwohl ohne Erfolg. Denn die Antragstellerin hat entgegen § 23a Abs. 3 EnWG i.V. mit § 6 Abs. 5 GasNEV die zur Ermittlung der Restwerte erforderlichen genauen Anschaffungszeitpunkte der einzelnen Anlagegüter nicht mitgeteilt, obwohl sie hierzu von der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 14. Juni 2006 aufgefordert worden ist. Vielmehr hat sie sich - auch im anschließenden Beschwerdeverfahren - darauf beschränkt, auf die im Rahmen des Jahresabschlusses 2004 testierten Anschaffungs- und Herstellungskosten hinzuweisen. Dies ist jedoch zumindest dann nicht ausreichend, wenn - wie hier - die Regulierungsbehörde die Vorlage weiterer Angaben oder Unterlagen verlangt. Dem von der Antragstellerin vorgelegten Jahresabschluss können die in Anlage a zu Anlage 3 ihres Entgeltgenehmigungsantrags vom 27. Januar 2006 konkret zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens nicht entnommen werden. Aus der von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren in anderem Zusammenhang vorge-

legten Anlage Bf 50 ist für die einzelnen Anlagegüter ebenfalls nur das jeweilige Anschaffungsjahr ersichtlich, nicht jedoch der konkrete Monat der Anschaffung und Herstellung.

26 Aufgrund dessen durfte die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte der Anlagegüter bereits im jeweiligen Anschaffungsjahr den vollen Jahresbetrag ansetzen. Mangels Erfüllung der Mitwirkungspflichten der Antragstellerin war sie zu weiteren Ermittlungen nicht verpflichtet. Ob die Antragstellerin eine anlagenscharfe Darlegung der genauen Anschaffungszeitpunkte noch im Beschwerdeverfahren hätte nachholen können, bedarf keiner Entscheidung. Dies ist nicht erfolgt, obwohl die Bundesnetzagentur in der Beschwerdeerwiderung auf den fehlenden Nachweis hingewiesen hat. Aufgrund dessen bestand auch für das Beschwerdegericht keine entsprechende Hinweispflicht.

27 3. Ermittlung der Tagesneuwerte des Anlagevermögens

28 Die Rechtsbeschwerde bleibt auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Ermittlung der Tagesneuwerte durch die Bundesnetzagentur wendet.

29 a) Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt: Die Antragstellerin habe nicht gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV nachgewiesen, dass die von ihr verwendeten WIBERA-Indexreihen auf den Fachserien 16 und 17 des Statistischen Bundesamtes beruhten. Der Nachweis sei nicht deshalb entbehrlich, weil die Bundesnetzagentur ihrerseits diese Indexreihen herangezogen habe, um - teilweise im Wege gemittelter Werte - anererkennungsfähige Obergrenzen zu ermitteln. Hierdurch sei im Interesse der Antragstellerin eine Streichung einzelner Anlagengruppen vermieden worden. Soweit die Antragstellerin der Bundes-

netzagentur insbesondere bei den Anlagenklassen "27050 Gas-Hauszuleitung PE" und "27041 Gas-Straßenleitung PE" mit der Verwendung eines Mittelwertes aus mehreren WIBERA-Indexreihen eine fehlerhafte, das heißt zu niedrige Bewertung vorwerfe, fehle es an einer ausreichenden Darlegung der Antragstellerin; aufgrund dessen sei auch im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz eine nähere Sachverhaltsaufklärung nicht veranlasst gewesen.

30 b) Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

31 aa) Der im Rahmen der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibung der Altanlagen zu bestimmende Tagesneuwert ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GasNEV der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt. Für die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten auf Tagesneuwerte sind gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV anlagenspezifische oder anlagengruppenspezifische Preisindizes zu verwenden, die auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes, und zwar den Veröffentlichungen "Preise und Preisindizes", Fachserie 16 und 17, beruhen.

32 Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Netzbetreiber nach § 23a Abs. 3 Satz 2 EnWG dem Antrag auf Entgeltgenehmigung die für eine Prüfung seiner Entgeltkalkulation erforderlichen Unterlagen beizufügen hat. Gemäß § 23a Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 EnWG i.V. mit § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV müssen diese Unterlagen auch Angaben zu der Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten auf Tagesneuwerte enthalten.

33 An die Darlegungslast der Netzbetreiber dürfen allerdings im Hinblick auf den für die erstmalige Antragstellung zur Verfügung stehenden Zeitraum und

die - auch von der Bundesnetzagentur eingeräumte - Unvollständigkeit der Indexreihen des Statistischen Bundesamtes in Bezug auf Zeiträume vor 1995 und den fehlenden spezifischen Zuschnitt der vorhandenen Reihen auf Gasnetzbetreiber keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Die mit der Festlegung der Index- und Faktorwerte verbundenen Schwierigkeiten zeigen sich auch daran, dass eine Festlegung der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Tagesneuwerte in einem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V. mit § 30 Abs. 2 Nr. 2 GasNEV erstmals am 17. Oktober 2007 für das Jahr 2006 erfolgt ist, weil sie - wie sie selbst vorträgt - hierzu für einen früheren Zeitraum nicht in der Lage gewesen sei.

- 34 bb) Ob die von der Antragstellerin verwendeten Indexreihen der WIBERA Wirtschaftsberatung AG und die ihrem Entgeltgenehmigungsantrag beigefügten Erläuterungen in Anlage b des Berichts über die Ermittlung der Netzentgelte nach § 28 GasNEV den Anforderungen an die Darlegungslast nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV genügen, bedarf indes keiner Entscheidung. Die Bundesnetzagentur hat bei der Prüfung des Entgeltgenehmigungsantrags der Antragstellerin - wie sich aus S. 13 des angefochtenen Bescheids ergibt - im Grundsatz die WIBERA-Indexreihen zugrunde gelegt und nicht etwa an deren Stelle eigene Indexreihen verwendet. Sie ist lediglich bei mehreren Anlagengruppen nicht der von der Antragstellerin vorgenommenen Einordnung unter eine bestimmte WIBERA-Indexreihe gefolgt, sondern hat zur Ermittlung des Umwertungsfaktors einen Mittelwert aus mehreren WIBERA-Indexreihen berechnet, was zu niedrigeren Tagesneuwerten der betreffenden Anlagengruppen geführt hat. Zwischen den Beteiligten steht daher nicht die generelle Geeignetheit der WIBERA-Indexreihen in Streit, sondern ausgehend von ihnen die Zuordnung einzelner Anlagengruppen zu bestimmten Reihen und die Richtigkeit einer einzelnen Indexreihe.

35 cc) Aufgrund dessen hätte es der Antragstellerin obliegen, mit ihrer Rechtsbeschwerde einzelne Anlagengruppen zu benennen, deren fehlerhafte Zuordnung zu den WIBERA-Indexreihen seitens der Bundesnetzagentur darzulegen und eine unterbliebene Aufklärung durch das Beschwerdegericht als verfahrensfehlerhaft zu rügen. Einer entsprechenden Verfahrensrüge muss das Rechtsbeschwerdegericht jedoch nur dann nachgehen, wenn vorgetragen wird, welche Beweisanträge übergangen sind oder welche Ermittlungen noch hätten vorgenommen werden müssen (BGHZ 50, 357, 361 f. - Zementverkaufsstelle für Niedersachsen; BGH, Beschl. v. 11.11.2008 - KVR 60/07, WuW/E 2451 Tz. 32 - E.ON/Stadtwerke Eschwege). Diesen Anforderungen wird die Rechtsbeschwerde nicht gerecht.

36 Die Antragstellerin rügt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch das Beschwerdegericht in Bezug auf die Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Polyethylen (PE-HD)", weil das Beschwerdegericht die richtige Einordnung dieser Anlagengruppe nicht näher aufgeklärt habe. Zur näheren Begründung nimmt sie lediglich auf ihr Vorbringen in der Beschwerdeinstanz Bezug. Auf S. 26 ihres Schriftsatzes vom 23. August 2007 hat sie vorgebracht, dass die der Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Polyethylen (PE-HD)" zugeordneten Anlagenklassen "27050 Gas-Hauszuleitung PE" und "27041 Gas-Straßenleitung PE" den WIBERA-Indexreihen 24 bzw. 245 unterfallen, während die Bundesnetzagentur für beide Anlageklassen fehlerhaft den Mittelwert aus den Indexreihen 245 und 246 verwendet habe. Für die Anlagenklasse "27041 Gas-Straßenleitung PE" sei nur die Indexreihe 245 einschlägig, weil solche Leitungen grundsätzlich nur mit einer Oberflächenbefestigung verlegt würden. Auf die Anlagenklasse "27050 Gas-Hauszuleitung PE" sei die WIBERA-Indexreihe 24 anzuwenden, wie sich bereits aus deren Bezeichnung ergebe.

37 Die Rechtsbeschwerde zeigt damit nicht auf, welche konkreten Ermittlungen das Beschwerdegericht unterlassen haben soll und zu welchem Ergebnis diese geführt hätten. Ebenso wenig bezeichnet sie einen im Beschwerdeverfahren gestellten Beweisantrag.

38 4. Umlaufvermögen

39 Die Rechtsbeschwerde bleibt auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Kürzung des Umlaufvermögens wendet.

40 a) Das Beschwerdegericht hat dies damit begründet, dass bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals gemäß § 7 GasNEV 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, für den dieser Anteil 15,1% ausmache. Da es sich um eine hypothetische Vergleichsbetrachtung handele, könne der Bundesnetzagentur keine weitergehende Nachweispflicht auferlegt werden. Demgegenüber habe die Antragstellerin nicht aufgezeigt, dass sich bei funktionierendem Wettbewerb im geltend gemachten Umfang verzinsbare Forderungen eingestellt hätten.

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

42 aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 3. März 2009 (EnVR 79/07) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist eine Korrektur der Bilanzwerte des Umlaufvermögens nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten nach § 23a EnWG darzulegen und zu beweisen. Soweit ihm dieser Nachweis nicht gelingt und die Regulierungsbehörde - wie hier - aufgrund allgemeiner Kennzahlen pauschale Ansätze zugrunde legt, wird der Netzbetreiber nicht beschwert.

43 bb) Die Antragstellerin hat den Nachweis für die Betriebsnotwendigkeit des von ihr angesetzten Umlaufvermögens nicht erbracht.

44 Soweit sie die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens mit dessen bilanziellen Ansatz begründet, kann dies schon deshalb nicht genügen, weil nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV a.F. die bloßen Bilanzwerte gerade nicht maßgeblich sind. Aufgrund dessen ist auch ihr Einwand unerheblich, durch eine Kürzung des Umlaufvermögens komme es zu einer bilanziellen Überschuldung. Der nach § 10 EnWG aufzustellende Jahresabschluss und die zur Bestimmung der Netzkosten nach §§ 4 ff. GasNEV zu erstellende kalkulatorische Rechnung sind voneinander zu unterscheiden. Nur für letztere ist das Kriterium der Betriebsnotwendigkeit maßgeblich.

45 Die Antragstellerin hat auch mit der im Beschwerdeverfahren erfolgten Aufschlüsselung des Umlaufvermögens dessen Betriebsnotwendigkeit nicht aufgezeigt. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, rechtfertigt diese Aufschlüsselung lediglich die Zuordnung der Einzelpositionen zur Aktivität

Gasverteilung in Abgrenzung zu den anderen in § 10 Abs. 3 Satz 1 EnWG aufgeführten Tätigkeiten eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Dies genügt aber nicht, um auch deren Betriebsnotwendigkeit nachzuweisen. Soweit die Rechtsbeschwerde meint, der Bilanzposition Verbindlichkeiten aus Pensionsrückstellungen müssten in entsprechender Höhe Forderungen gegenüberstehen, verkennt sie, dass es sich hierbei zunächst nur um eine bilanztechnische Frage handelt, die im Rahmen der kalkulatorischen Rechnung nach §§ 4 ff. GasNEV nur im Falle der - nicht aufgezeigten - Betriebsnotwendigkeit bedeutsam würde. Ebenso verhält es sich in Bezug auf das von der Antragstellerin in den Vordergrund gerückte Kapitalverrechnungskonto, das "die bilanzielle und betriebsnotwendige Gegenposition zu den der Aktivität Gasverteilung zuzuordnenden finanziellen betriebsnotwendigen Verbindlichkeiten" darstellen soll. Allein mit dem Hinweis auf den bilanziellen Ansatz wird die Betriebsnotwendigkeit nicht nachgewiesen. Dem steht schon entgegen, dass in der Bilanz nicht einzelne Aktivposten bestimmten Passivposten zugeordnet sind. Die Kürzung des Umlaufvermögens hat daher keine Auswirkung auf die Verbindlichkeiten, sondern führt zu einer Kürzung des berücksichtigungsfähigen Eigenkapitals.

46 5. Kalkulatorische Fremdkapitalverzinsung (§ 5 Abs. 2 GasNEV)

47 Dagegen halten die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

48 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass Fremdkapitalzinsen gemäß § 5 Abs. 2 GasNEV in ihrer tatsächlichen Höhe, höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen seien. Als Obergrenze sei nach der Verordnungsbegründung der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Um-

laufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten anzusehen. Für den Ansatz eines Risikozuschlages sei - wie auch ein Umkehrschluss zu § 7 Abs. 4 GasNEV zeige - kein Raum.

49 b) Diese Beurteilung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

50 Wie der Senat mit Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 42/07, WuW/E 2395 Tz. 50 ff. - Rhein Hessische Energie) zu der Parallelvorschrift des § 5 Abs. 2 StromNEV entschieden hat und was für § 5 Abs. 2 Halbs. 2 GasNEV gleichermaßen zu gelten 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 verschaffen können. Ein Beurteilungsspielraum kommt den Regulierungsbehörden hierbei nicht zu. Dabei kann die Höhe des Fremdkapitalzinssatzes 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 Risikozuschlages bemessen werden. Für die Risikobewertung sind aus der Sicht eines fiktiven Kreditgebers die Einschätzung der Bonität des Emittenten und die Art der Emission maßgeblich, wobei jedoch keine unternehmensscharfe Risikobewertung vorgenommen werden muss, sondern aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen geboten ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung 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 ausreichend ist. Für die Bemessung des Risikozuschlags bedarf es daher noch weiterer Feststellungen des Beschwerdegerichts.

51 6. Kalkulatorische Gewerbesteuer (§ 8 GasNEV)

52 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist ferner begründet, soweit für die Bemessung der kalkulatorischen Gewerbesteuer eine höhere Eigenkapitalverzinsung anzusetzen sein sollte.

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

54 IV. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 11.977.921,14 € festgesetzt. Dies ergibt sich aus der Differenz zwischen den nach der - im Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Antragstellerin zu berücksichtigenden 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

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.11.2007 - VI-3 KART 13/07 (V) -