



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 76/07

Verkündet am:
23. Juni 2009
Bott
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

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:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Oktober 2007 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Bundesnetzagentur 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 $\frac{4}{5}$ und die Bundesnetzagentur $\frac{1}{5}$.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 9.992.750 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Antragstellerin, die zum E.ON-Konzernverbund gehört, betreibt in mehreren Bundesländern ein Gasversorgungsnetz. Sie beantragte am 30. Januar 2006 die Genehmigung der Netzentgelte. Die Bundesnetzagentur genehmigte - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - niedrigere Netzentgelte, wobei sie die Genehmigung bis 31. März 2008 befristete. Die Kürzungen begründete sie mit Abzügen bei den Positionen kalkulatorische Abschreibungen, ansetzbares Umlaufvermögen, Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer. Weiterhin fügte sie dem Genehmigungsbescheid noch zwei Auflagen bei.

2 Gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Das Beschwerdegericht hat nur die Kürzungen im Rahmen der Feststellung des Sachanlagevermögens beanstandet und die Bundesnetzagentur insofern verpflichtet, die Antragstellerin unter Beachtung seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden. Die Beschwerde der Antragstellerin hinsichtlich der beiden vorgenannten Auflagen hat es zurückgewiesen. Mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

II.

3 Die Rechtsbeschwerde hat hinsichtlich der Beschwerdepunkte Wertansatz des betriebsnotwendigen Eigenkapitals, Höhe des Fremdkapitalzinses und in Bezug auf die nur jährliche Abschreibung Erfolg. Hinsichtlich der übrigen Beanstandungen der Antragstellerin ist sie unbegründet.

1. Sachanlagevermögen - WIBERA-Indexreihen

- 4 Die Angriffe der Antragstellerin gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts hinsichtlich der Rechnungsposition "Sachanlagevermögen" bleiben ohne Erfolg.
- 5 a) Das Beschwerdegericht hat die Bundesnetzagentur in Bezug auf diese Position zur Neubescheidung verpflichtet, weil sich deren Beschluss nicht entnehmen lasse, warum die Kürzungen erfolgt seien und wie sie sich errechneten. Damit habe die Bundesnetzagentur ihre Begründungspflicht gemäß § 73 Abs. 1 EnWG verletzt.
- 6 In weiteren Ausführungen hat das Beschwerdegericht auch darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin nicht ausreichend dargetan habe, inwiefern die von ihr verwendeten Preisindizes - wie nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV erforderlich - auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes beruhten. Die Antragstellerin könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie die Tagesneuwerte im Sinne des § 6 Abs. 3 GasNEV anhand der "WIBERA-Indexreihe" bestimmt habe. Denn sie habe nicht nachgewiesen, dass die "WIBERA-Indexreihen" sich aus den ermittelten Zahlen des Statistischen Bundesamtes ableiteten.
- 7 b) Mit ihrer Rechtsbeschwerde wendet sich die Antragstellerin nicht gegen die - ihr günstige - Aufhebung der Kürzungen insgesamt. Sie beanstandet aber, dass das Beschwerdegericht in seinem Berechnungshinweis ihren Ansatz zur Ermittlung der Tagesneuwerte nicht gebilligt habe. Mit dieser Beanstandung kann sie im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gehört werden. Zu einer Überprüfung der beanstandeten Rechtsauffassung ist der

Senat nicht befugt, weil sie für das nachfolgende Verwaltungsverfahren keine Bindungswirkung entfaltet und die Antragstellerin mithin nicht beschwert.

- 8 aa) Die Bindungswirkung eines Bescheidungsurteils ergibt sich aus den tragenden Gründen der Entscheidung (BVerwG, Urt. v. 27.1.1995 - 8 C 8/93, NJW 1996, 737, 738). Nur sie binden die Verwaltungsbehörde bei der von ihr vorzunehmenden Neubescheidung (§ 121 VwGO). Diese im Bescheidungsurteil verbindlich zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung bestimmt die Bindungswirkung insoweit, als sie die Gründe betrifft, aus denen das Gericht die Aufhebung des entgegenstehenden Bescheids ausgesprochen und die Verpflichtung zur neuen Verbescheidung hergeleitet hat (BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 - V C 85/67, DVBl. 1970, 281). Ob es sich um tragende (und damit bindende) Gründe handelt, ist aus den Entscheidungsgründen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des zur Beurteilung stehenden Verwaltungsakts zu bestimmen (vgl. BVerwGE 111, 318, 320 ff.).
- 9 bb) Nach diesen Maßstäben war hier für den Neubescheidungsauspruch des Beschwerdegerichts allein tragend der Begründungsmangel, der sämtliche Kürzungen des Anlagevermögens umfasste. Die darüber hinausgehende Überlegung des Beschwerdegerichts stellte - wie schon aus seiner selbst gewählten Formulierung "für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin" deutlich wird - einen bloßen zusätzlichen Hinweis dar, der ersichtlich nicht in einem untrennbaren Zusammenhang zu dem eigentlichen Neubescheidungsgrund stand. Solche weiteren, vorsorglich erteilten Hinweise nehmen nicht an der Bindungswirkung des Bescheidungsurteils teil (vgl. BVerwGE 29, 1, 2; BVerwG, Beschl. v. 6.3.1962 - VII B 73/61, DVBl. 1963, 64; vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 113 Rdn. 215; Renner in Eyermann, VwGO, 12. Aufl., § 121 Rdn. 22). Die Antragstellerin erlei-

det hierdurch keinen Rechtsnachteil. Sie kann im wiedereröffneten Verwaltungsverfahren zu der Tauglichkeit der von ihr in Ansatz gebrachten "WIBERA-Indizes" (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 7.4.2009 - EnVR 6/08) vortragen und gegebenenfalls weitere Nachweise beibringen.

2. Mittelwert bei Eigenkapitalverzinsung (§ 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV)

10 Zu Recht beanstandet die Antragstellerin, dass das Beschwerdegericht - in Übereinstimmung mit der Bundesnetzagentur - bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals jeweils die bilanziellen Jahresendwerte angesetzt hat.

11 a) Das Beschwerdegericht führt hierzu aus, dass die Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals aus den Jahresendwerten der Abschlussbilanz und damit nach Abzug der auf das ganze Jahr bezogenen Abschreibungen zu ermitteln sei. Diese Form der Abrechnung ergebe sich aus § 3 Abs. 1 Satz 4 erster Halbsatz GasNEV. Danach müsse die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte auf der Basis der Daten des abgelaufenen Geschäftsjahres erfolgen. Wenn für das Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 Satz 2 GasNEV der Mittelwert von Jahresanfangs- und Jahresendbestand in Ansatz gebracht werde, könne hieraus nicht geschlossen werden, dass vom Verordnungsgeber auch für das Eigenkapital ein solcher Wertansatz gewollt sei.

12 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

13 Schon der Regelungszusammenhang des § 7 GasNEV legt nahe, den Mittelwert von Jahresanfangs- und Jahresendbestand zugrunde zu legen. Zwar enthielt § 7 Abs. 1 GasNEV in der hier anzuwendenden alten Fassung für die zu Nr. 1 bis 4 genannten Bestandteile des Eigenkapitals unmittelbar

keine Bestimmung des maßgeblichen Bewertungsstichtags; demgegenüber schrieb die Gasnetzentgeltverordnung in § 7 Abs. 2 Satz 2 schon in ihrer ursprünglichen Fassung für das Abzugskapital den Ansatz des Mittelwertes vor. Mangels eines Grundes, der eine abweichende Handhabung rechtfertigen könnte, muss diese Regelung aber auch für die Wertansätze des Eigenkapitals nach Absatz 1 gelten. Denn nur wenn die Wertansätze von Aktiva und Passiva denselben zeitlichen Vorgaben unterworfen sind, ist die Verzinsung angemessen im Sinne des § 21 Abs. 1 EnWG.

14 Hierfür spricht auch die durch die ÄnderungsVO vom 29. Oktober 2007 (BGBl I S. 2529) erfolgte Ergänzung von § 7 Abs. 1 GasNEV um einen Satz 4, in dem ausdrücklich angeordnet wird, dass jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen ist. Nach den Materialien soll durch diese redaktionelle Korrektur klargestellt werden, dass für Aktiva wie Passiva gleichermaßen die Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals auf der Basis von Mittelwerten aus Jahresanfangs- und -endbestand zu erfolgen hat (BR-Drucks. 417/1/07, S. 27 f.). Es sollte also - entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur - keine Rechtsänderung herbeigeführt werden.

15 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV. Nach dieser Vorschrift, auf die das Beschwerdegericht abstellt, erfolgt die Ermittlung der Netzentgelte - soweit keine gesicherten anderweitigen Erkenntnisse für das Planjahr vorhanden sind - auf der Basis des abgelaufenen Geschäftsjahrs. Damit wird aber nur die Datenbasis bestimmt. Hieraus lässt sich kein Schluss darauf ziehen, wie das einzusetzende Eigenkapital zu ermitteln ist. Auch bei der Bildung von Durchschnittswerten erfolgt

keine Änderung, sondern lediglich eine Teilfortschreibung der im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV relevanten Datenbasis.

- 16 c) Der fehlerhafte Ansatz bei der Bestimmung der für die Eigenkapitalverzinsung relevanten Werte macht eine Neubescheidung erforderlich. Die Bundesnetzagentur wird unter Zugrundelegung der genannten Mittelwerte die Höhe des zu verzinsenden Eigenkapitals neu zu bestimmen haben.

3. Monatsscharfe Abschreibungen (§ 6 Abs. 5 GasNEV)

- 17 Die Einwendungen der Antragstellerin sind auch hinsichtlich des Ansatzes der kalkulatorischen Abschreibungen erfolgreich. Zwischen den Beteiligten besteht hinsichtlich dieses Ansatzes nur noch insoweit Streit, als die Bundesnetzagentur keine monatsscharfe Abschreibung zulässt.

- 18 a) Das Beschwerdegericht ist insoweit der Argumentation der Bundesnetzagentur gefolgt. Eine monatsscharfe Abschreibung sei auch im Interesse einer zügigen und effizienten Durchführung des Verfahrens nicht gewollt. Deshalb sehe § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV für jede Anlage eine jährliche Abschreibung vor. Die Verwendung des Begriffs "jährlich" verdeutliche, dass die Abschreibung nur in Jahresraten erfolgen solle.

- 19 b) Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Schon im Ausgangspunkt fehlerhaft ist 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 monatsscharf zu ermitteln.

20 aa) Das Beschwerdegericht kann sich insoweit nicht erfolgreich auf den Wortlaut des § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV stützen. Danach sind zwar die kalkulatorischen Abschreibungen für jede Anlage jährlich auf der Grundlage der jeweiligen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer vorzunehmen. Hieraus folgt indes 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 Abschreibungsbeitrag 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.

21 bb) Umgekehrt folgt - anders als die Rechtsbeschwerde meint - das Erfordernis einer monatscharfen 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 grundsätzlich erst mit Beginn der Möglichkeit zur bestimmungsgemäßen Nutzung 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 Gasnetzentgeltverordnung näher bestimmt wird. Bei den Vorschriften der §§ 6, 7 GasNEV handelt es sich um ein abgeschlossenes Regelungswerk, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbständig normiert (vgl. Senat aaO Tz. 37).

22 cc) 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.

23 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, so 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. 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.

24 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.

- 25 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.
- 26 dd) Die von der Bundesnetzagentur für eine auf das Kalenderjahr bezogene Abschreibung angeführten Argumente greifen nicht durch.
- 27 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.

hen, ob dies bei Verwendung von Rechenprogrammen tatsächlich der Fall ist. Verfahrensökonomische Gründe können jedenfalls nicht dazu führen, das in § 21 Abs. 2 EnWG angeordnete Ziel einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals einzuschränken.

28 c) Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und zur Notwendigkeit einer Neubescheidung in diesem Punkt. Es lässt sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht feststellen, ob die Antragstellerin hinsichtlich der einzelnen Anlagegegenstände ihrer Darlegungspflicht nachgekommen ist und deshalb höhere als die von der Bundesnetzagentur zugebilligten Abschreibungsbeträge beanspruchen kann. Da die Antragstellerin auch insoweit eine Mitwirkungslast trifft, setzt die Anerkennung monatscharfer Abschreibungen voraus, dass die Antragstellerin nach § 23a Abs. 3 EnWG die erforderlichen Unterlagen vorlegt, die einen solchen kalkulatorischen Ansatz rechtfertigen. Das Beschwerdegericht wird zu prüfen haben, ob die Antragstellerin die einzelnen Anlagen hinsichtlich ihres Ankaufszeitpunkts und der jeweils nach der konkreten Nutzungsdauer verbleibenden Restwerte konkret aufgelistet sowie die Abschreibungsbeträge beziffert hat.

4. Umlaufvermögen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV)

29 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Kürzung des Umlaufvermögens wendet.

30 a) Das Beschwerdegericht hat die Berechtigung dieser Kürzung damit begründet, dass nach den von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Durchschnittswerten deutscher Unternehmen der Forderungsbestand nur

knapp 20 % des Jahresumsatzes betrage. Zuzüglich eines Sicherheitszuschlages könne deshalb lediglich ein Forderungsbestand der Verzinsung zugrunde gelegt werden, der 25 % des Jahresumsatzes nicht übersteige. Dies gelte jedenfalls, soweit die Antragstellerin keine nachvollziehbaren Gründe für die übersteigende Höhe des Forderungsbestandes darlegen könne. Einen entsprechenden Bedarf an kurzfristig verfügbaren Mitteln habe die Antragstellerin jedoch nicht vorgetragen.

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

32 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 dadurch nicht beschwert.

33 bb) Die Antragstellerin hat nicht nachzuweisen vermocht, dass ein Umlaufvermögen mit der angesetzten Höhe des Forderungsbestandes betriebsnotwendig ist. Ihre hierfür gegebene Begründung trägt ein solches Ergebnis nicht. Die in der Rechtsbeschwerdebegründung genannten Argumente erläutern allein die Spezifika des Betriebs eines Gasverteilernetzes. Dies kann aber nicht erklären, warum ein Umlaufvermögen mit einem Forderungsbestand von über 80 Mio. Euro betriebsnotwendig sein soll. Ebenso wenig ist der übrige Vortrag der Antragstellerin geeignet, die Betriebsnot-

wendigkeit eines Forderungsbestands in dieser Höhe zu belegen. Wie das Beschwerdegericht zutreffend in seiner Hilfsbegründung ausgeführt hat, bilden die bilanziell angesetzten Pensionsrückstellungen dafür keine tragfähige Grundlage. Abgesehen davon, dass nähere Darlegungen fehlen, können Rückstellungen nur dann das Vorhalten von Umlaufvermögen rechtfertigen, wenn in erheblicher Höhe mit einem zeitnahen Abfluss zu rechnen ist. Dies kommt hier allenfalls für die Deckung der Verbindlichkeiten und die von der Antragstellerin als kurzfristige Rückstellungen bezeichneten Zahlungspflichten in Betracht, auch wenn insoweit die Darlegungen der Antragstellerin ebenfalls nur mangelhaft substantiiert sind.

34

Zu Recht hat dabei das Beschwerdegericht auch die von der Antragstellerin in den Jahren 2007 bis 2009 geplanten Investitionen nicht als ausreichenden Grund angesehen. Die angeblich verbleibende Deckungslücke, die nicht durch die kalkulatorischen Abschreibungen aufgefangen werden kann, muss nicht durch den Einsatz von Eigenkapital geschlossen werden. Abgesehen davon, dass Vortrag dazu fehlt, ob ein weiterer Eigenkapitaleinsatz in Anbetracht der Eigenkapitalquote der Antragstellerin noch im Sinne eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens sinnvoll ist, erscheint auch das Umlaufvermögen als Anlageform hierfür nicht geeignet. Da die Finanzmittel jedenfalls nicht kurzfristig abgerufen werden müssen, hätte es nahe gelegen, das Geld in verzinsten Finanzanlagen vorzuhalten. Auch dieser Gesichtspunkt einer nicht effizienten Anlageform steht - wie der Senat in der Entscheidung vom 7. März 2009 (EnVR 79/07) ausgeführt hat - einer Berücksichtigung des Umlaufvermögens bei der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 GasNEV entgegen.

35 cc) Anders, als die Antragstellerin meint, kommt es in diesem Zusammenhang nicht auf die nach § 3 Abs. 1 Satz 5 GasNEV ergänzend anzuwendenden Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten nach der Verordnung PR Nr. 30/53 (PreisLS) an. Abgesehen davon, dass ein überhöhtes Umlaufvermögen nicht im Sinne der Nr. 44 der Anlage zur PreisLS dem Betriebszweck dient, ist - worauf das Beschwerdegericht zutreffend hingewiesen hat - die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung in § 7 GasNEV selbständig geregelt. Schon aus diesem Grund scheidet eine ergänzende Anwendung der Leitsätze für die Preisermittlung hier aus.

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

36 Erfolg hat die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung hinsichtlich der Höhe des Fremdkapitalzinssatzes (§ 5 Abs. 2 GasNEV). Der Senat hat insofern ebenfalls in seiner Entscheidung vom 7. März 2009 (EnVR 79/07) entschieden, dass - ebenso wie für § 5 Abs. 2 StromNEV (vgl. BGH, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Tz. 50 ff. - Rhein Hessische Energie) - bei der Ermittlung des Zinssatzes nicht allein auf die durchschnittliche Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere aus den letzten zehn Jahren abgestellt werden darf, vielmehr ein angemessener Risikozuschlag in Ansatz zu bringen ist.

6. Auflagen

37 Die Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, die beiden Auflagen seien rechtmäßig.

38 a) Die von der Antragstellerin angegriffenen Auflagen haben folgenden

Wortlaut:

"5. Der Antragstellerin wird aufgegeben, der Bundesnetzagentur unverzüglich - im Falle vorgelagerter kostenorientiert-regulierter Netzbetreiber unverzüglich nach Vorliegen von deren erstmalig genehmigten Entgelten - die für ihr Netz geltenden Ausspeiseentgelte inklusive gewälzter Kosten und/oder gewälzter Entgelte anzuzeigen und die Berechnung der Kosten/Entgeltwälzung darzulegen.

6. Soweit der vorgelagerte Netzbetreiber im Genehmigungszeitraum seine Netzentgelte senkt, sind die genehmigten Entgelte unverzüglich entsprechend anzupassen."

39 b) Das Beschwerdegericht hat die Rechtmäßigkeit der Auflagen im Wesentlichen wie folgt begründet: Sie seien nach § 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG grundsätzlich zulässig. Sie dienten der Kontrolle, dass die Höchstpreise, die durch die Kostenüberwälzung einer vorgelagerten Netzstufe erhöht werden könnten (§ 23a Abs. 2 Satz 2 EnWG), nicht überschritten würden (Nr. 5). Die in Nummer 6 des Bescheids angesprochene Anpassungspflicht im Falle sinkender Kosten vorgelagerter Netzbetreiber ergebe sich spiegelbildlich aus dem Anpassungsrecht nach § 23a Abs. 2 Satz 2 EnWG. Die Bundesnetzagentur sei befugt, die Antragstellerin im Wege einer Auflage zu einer entsprechenden Anpassung zu verpflichten.

40 c) Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

41 aa) Die Auflagen sind selbständig anfechtbar, weil es sich hierbei um Nebenbestimmungen handelt, die von der Entgeltgenehmigung trennbar sind (vgl. BGH, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 34/07 Tz. 91 - Stadtwerke Speyer).

42 bb) Die beiden Auflagen sind formell und materiell rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur durfte die Entgeltgenehmigung mit Auflagen versehen.

Eine entsprechende Ermächtigung enthält die Regelung des § 23a Abs. 4 EnWG, die sich gerade auf die Entgeltgenehmigung bezieht. Beide Auflagen sollen sicherstellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Entgeltgenehmigung nach dem Energiewirtschaftsgesetz erfüllt werden (§ 36 Abs. 1 VwVfG).

43 Die Auflage nach Nummer 5 wiederholt im Wesentlichen die sich aus § 23a Abs. 3 Satz 6 EnWG ergebenden Nachweispflichten. Danach muss der Netzbetreiber die Entgeltkalkulation offen legen. Dies gilt insbesondere auch für die Kosten vorgelagerter Netze, soweit diese in den Ausspeiseentgelten enthalten sind (vgl. Arndt in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 20 Rdn. 147 f.).

44 Die Auflage zu Nummer 6, die eine Wälzung gesenkter Entgelte vorgelagerter Netze zu Gunsten des Netznutzers vorsieht, ist aus Rechtsgründen gleichfalls nicht zu beanstanden. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 14. August 2008 (KVR 34/07 Tz. 96 - Stadtwerke Speyer) ausgeführt hat, ist das Ziel, die Weitergabe niedrigerer Netznutzungsentgelte vorgelagerter Netzstufen zu erzwingen, nicht zu beanstanden. Es beruht - wie das Beschwerdegericht zutreffend festgestellt hat - auf der Regelung des § 23a Abs. 2 Satz 2 EnWG, die im Falle sinkender Kosten anderer Netze, den Netzbetreiber zu einer anteiligen Kostensenkung verpflichtet. Dass der Netzbetreiber gegen solche Änderungen innerhalb der Kalkulationsperiode nicht den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes einwenden kann, ergibt sich schon daraus, dass die Entgeltgenehmigung unter dem Vorbehalt des Widerrufs ergeht (§ 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG), mithin also die Regulierungsbehörde nach Widerruf der Genehmigung eine Anpassung der

Netzentgelte an die verringerten Vorkosten auch durch eine geänderte Entgeltfestsetzung erzwingen könnte.

- 45 Die Auflagen sind im Gegensatz zu der Fallgestaltung, die der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2008 zugrunde lag, hier auch sachgerecht. Aus ihrem Regelungsinhalt lässt sich der Zeitpunkt, ab dem die Information der Bundesnetzagentur wie auch der Kostenwälzung unverzüglich zu erfolgen hat, eindeutig als derjenige Zeitpunkt bestimmen, zu dem die gesenkten Netzentgelte gegenüber der Antragstellerin als Netzbetreiberin wirksam werden.

III.

- 46 Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen können durch die Bundesnetzagentur in dem nun neu eröffneten Verwaltungsverfahren entschieden werden, zumal es sich lediglich um Neuberechnungen handelt. Dabei wird die Bundesnetzagentur im Falle geänderter Ansätze bei der Eigenkapitalverzinsung auch die Auswirkungen auf die kalkulatorische Gewerbesteuer (§ 8 GasNEV) zu berücksichtigen haben. Für die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Neubescheidung ist der rechtliche Rahmen durch die Entscheidung des Senats sowie - hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils - durch die Beschwerdeentscheidung vorgegeben. Dies gilt auch für die noch zu klärende Frage des Fremdkapitalzinssatzes. Die dabei im Streit stehende Höhe des Risikozuschlags ist Gegenstand mehrerer gerichtlicher Verfahren in der Beschwerdeinstanz. Hierzu werden dort nach Maßgabe der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs weitere Feststellungen getroffen, an denen sich die Bundesnetzagentur orientieren wird.

IV.

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Tolksdorf

Raum

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.10.2007 - VI-3 Kart 471/06 (V) -