



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 49/09

Verkündet am:
5. Oktober 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2010 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 Bundesnetzagentur wird der Beschluss des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. September 2009 dahin abgeändert, dass im Hinblick auf die Rechnungsposition "Umlaufvermögen" die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen wird. Die weitergehende Rechtsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Erledigung notwendigen Auslagen werden unter Aufhebung der Kostenentscheidung des vorgenannten Beschlusses zu $\frac{3}{4}$ der Antragstellerin und zu $\frac{1}{4}$ der Bundesnetzagentur auferlegt. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 160.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Antragstellerin betreibt ein Gasnetz. Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 stellte sie bei der Bundesnetzagentur, die insoweit für die Landesregulierungsbehörde Schleswig-Holstein handelte, einen Antrag auf Genehmigung von Entgelten für den Gasnetzzugang. Mit Bescheid vom 11. April 2007 genehmigte die Bundesnetzagentur - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - für den Zeitraum bis 31. März 2008 niedrigere als die beantragten Höchstpreise. Sie nahm dabei Kürzungen bei der Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen, der Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer vor.

2 Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Antragstellerin unter Beachtung seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden. Dies greift die Bundesnetzagentur mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde an.

II.

3 Die Rechtsbeschwerde ist teilweise begründet. Sie führt im Hinblick auf die Rechnungsposition "Umlaufvermögen" zur Änderung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und zur Zurückweisung der Beschwerde. Im Übrigen bleibt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

1. Berechnung der Tagesneuwerte bei der kalkulatorischen Abschreibung

- 4 Die Rechtsbeschwerde ist erfolglos, soweit sie sich gegen die Auffassung des Beschwerdegerichts wendet, dass bei der Bestimmung der Tagesneuwertindizes im Rahmen der kalkulatorischen Abschreibungen bei der Anlagengruppe Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen nicht nur die WIBERA-Reihen 245 und 246 heranzuziehen seien, sondern auch die Indexreihe 024 berücksichtigt werden müsse.
- 5 a) Das Beschwerdegericht führt hierzu aus, dass der methodische Ansatz der Bundesnetzagentur dem Grunde nach nicht zu beanstanden sei. Die Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV sehe eine Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten auf Tagesneuwerte unter Verwendung anlagenspezifischer oder anlagengruppenspezifischer Preisindizes vor, die auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamts beruhten. Die Vorschrift eröffne der Regulierungsbehörde eine gewisse Einschätzungsprärogative, wie die Indexreihen zu konkretisieren seien. Danach sei weder zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur die von der Antragstellerin in Ansatz gebrachten Werte der WIBERA-Indexreihen als Obergrenze der zulässigen Indexierung verwende, noch, dass sie im Hinblick auf die nicht ausreichende Berücksichtigung der gestiegenen Arbeitsproduktivität geringere Abschläge vorgenommen habe.
- 6 Das Vorgehen der Bundesnetzagentur sei aber insofern fehlerhaft, als sie bei ihrer Feststellung nur die WIBERA-Reihen 245 und 246 über Rohrnetze, nicht auch die Indexreihe 024 über Gas- und Wasserhaushaltsanschlüsse herangezogen habe. Wie die Antragstellerin unwidersprochen und substantiiert dargelegt habe, würden die ausgeführten Hausanschlüsse tatsächlich einen erheblichen Anteil an der in Rede stehenden Anlagengruppe ausmachen. Die

Herstellung solcher Anschlüsse verlange - wie ebenfalls unstreitig sei - in größerem Umfang als die Rohrverlegung zeitaufwendige manuelle Arbeiten. Außerdem würden anders als bei der Rohrverlegung Armaturen und Formstahlerzeugnisse verarbeitet. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung sei es deshalb sachgerecht, auch die Indexreihe 024, in die ein vergleichsweise höherer Lohnanteil und im Gegensatz zu den Reihen 245 und 246 auch Anteile für Armaturen und Formstahlerzeugnisse eingegangen seien, für die Anlagengruppe Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen in den zu bildenden Mischindex einzubeziehen.

7 b) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben erfolglos.

8 aa) Entgegen der von der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung kommt der Regulierungsbehörde bei der Bestimmung der insoweit maßgeblichen Preisindizes, die nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV aus den Index-Reihen des Statistischen Bundesamtes entwickelt werden müssen, kein Beurteilungsspielraum zu. Wie der Bundesgerichtshof bereits zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 5 Abs. 2 GasNEV ausgeführt hat (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395, Rn. 50 ff. - Rhein Hessische Energie), eröffnet die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe der Regulierungsbehörde nicht schon einen gerichtlicher Überprüfung nur begrenzt zugänglichen Beurteilungsspielraum. Die von der Rechtsprechung hierfür verlangten engen Voraussetzungen (vgl. BGH, aaO) liegen nicht vor. Vielmehr sind Preisindizes für die Ermittlung der Tagesneuwerte hinreichend bestimmbar und können in ihren tatsächlichen Voraussetzungen gegebenenfalls durch Sachverständige geklärt werden.

- 9 bb) Soweit die Bundesnetzagentur beanstandet, das Beschwerdegericht hätte ihr nicht aufgeben dürfen, bei der zur Feststellung der Tagesneuwerte vorzunehmenden Mittelung auch die Indexreihe 024 zu berücksichtigen, zeigt sie keine Rechtsfehler auf.
- 10 Die Einbeziehung der Indexreihe 024 "Gas- und Wasserhausanschlüsse" in die arithmetische Mittelung bewirkt, dass dem Lohnkostenanteil der abzuschreibenden Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlüsse" bei der Feststellung der Tagesneuwerte ein höheres Gewicht eingeräumt und ein in der Reihe 245 nicht berücksichtigter Anteil für Armaturen und Stahlrohr- sowie Formstahlerzeugnisse bei der Indizierung gesondert erfasst wird. Ob der hohe Anteil von Hausanschlüssen bei der Anwendung der WIBERA-Reihen 245 und 246 ausreichend abgebildet wird oder ob es dazu der Berücksichtigung auch der Reihe 024 bedarf, unterliegt der Bewertung des Tatrichters, der im Falle der Berücksichtigung der Reihe 024 auch zu bestimmen hat, mit welchem Gewicht sie zu erfolgen hat, um eine sachgerechte Indizierung zu gewährleisten. Ob die stärkere Gewichtung für den konkreten Betrieb der Antragstellerin im Hinblick auf seine Anlagenstruktur sachlich gerechtfertigt ist, unterliegt der tatrichterlichen Bewertung. Sie kann in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt überprüft werden. Lediglich wenn die ihr zugrunde liegende Würdigung unvollständig oder widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt, darf das Rechtsbeschwerdegericht eine solche Wertung beanstanden (vgl. BVerwGE 65, 68 ff.; BGH, Urteil vom 9. Juli 1999 - V ZR 12/98, NJW 1999, 3481, 3482; HK-ZPO/Kayser, 3. Aufl., § 546 Rn. 9).
- 11 Ein solcher Fehler ist nicht erkennbar und wird von der Rechtsbeschwerdeführerin auch nicht dadurch aufgezeigt, dass sie die tatrichterliche Bewertung des Oberlandesgerichts als nicht sachgerecht bezeichnet. Vielmehr hat das Beschwerdegericht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass insbesondere aufgrund der unstreitig großen Zahl der Hausan-

schlüsse in größerem Umfang zeitaufwendige manuelle Arbeiten anfallen. Der damit verbundene höhere Lohnaufwand kann dann die Einbeziehung der Indexreihe 024 rechtfertigen. Ebenso setzt sich das Beschwerdegericht mit dem Einwand der Bundesnetzagentur auseinander, wonach auf diese Weise eine übermäßige Doppelberücksichtigung des Anschlussnetzes erfolgen würde. Es tritt dem plausibel mit der Begründung entgegen, dass in den Indexreihen 245 und 246 die Hausanschlüsse im Hinblick auf den Lohnfaktor wie auch im Hinblick auf ihre spezifischen Materialkomponenten unterrepräsentiert seien.

- 12 Das Vorbringen der Bundesnetzagentur enthält im Wesentlichen detailreiche Ausführungen zu den einzelnen Indexreihen. Soweit ihr Vorbringen hierzu in den tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts keine Grundlage findet, ist es im Rechtsbeschwerdeverfahren unbehelflich. Im Übrigen sind die Ausführungen der Bundesnetzagentur nicht geeignet, einen Rechtsfehler darzustellen. Sie erschöpfen sich im Allgemeinen und setzen sich nicht mit den vom Beschwerdegericht aufgeführten Spezifika des Netzes der Antragstellerin auseinander.

2. Umlaufvermögen

- 13 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg, soweit das Beschwerdegericht den Ansatz der Bundesnetzagentur beanstandet und ihr aufgegeben hat, solche passive Bilanzpositionen, für die eine Verrechnung mit Aktiva hätte stattfinden können, nicht im Rahmen des Abzugskapitals zu berücksichtigen.

- 14 a) Das Beschwerdegericht hat hierzu ausgeführt, dass die Bundesnetzagentur berechtigt gewesen sei, die Höhe des Umlaufvermögens (Forderungen und Kasse) zu überprüfen und nach Maßgabe der Betriebsnotwendigkeit zu korrigieren. Ihre hierfür auf der Grundlage von Statistiken der Deutschen Bundesbank zu den durchschnittlichen Verhältnissen deutscher Unternehmen ge-

bildeten Benchmarks seien sachgerecht. Damit sei der Kassenbestand auf $\frac{1}{12}$ und der Forderungsbestand auf $\frac{3}{12}$ eines Jahresumsatzes zu beschränken. Hier hätten jedoch nicht allein die Positionen auf der Aktivseite gekürzt werden dürfen, ohne auf die korrespondierenden Positionen auf der Passivseite Rücksicht zu nehmen. Dies gelte jedenfalls, soweit Positionen der Aktiv- und Passivseite miteinander hätten verrechnet werden können. Betroffen seien die Positionen: Forderungen aus der Netznutzung (1,4 Mio. €) und kreditorische Debitoren (300.000 €), Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber der Gemeinde (714.000 € bzw. 8.000 €) sowie Steuerforderungen und Steuerverbindlichkeiten (653.000 € bzw. 59.000 €).

- 15 Die Verrechnung hätte dazu geführt, dass sich zugleich das Abzugskapital verringert hätte. Da das Umlaufvermögen bei dem von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Berechnungsansatz aus dem Jahresumsatz ermittelt werde, bliebe dieses ungeachtet der Verrechnung gleich. Um solchen allein auf der bilanziellen Darstellung beruhenden Ungerechtigkeiten zu begegnen, dürfe es nicht zu einer Berücksichtigung der passivischen Bilanzpositionen im Rahmen des Abzugskapitals kommen.
- 16 b) Diese Begründung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden 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 (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 42 ff. - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07, RdE 2010, 19 Rn. 7 ff. - SWU-Netze).
- 17 Ebenso hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Kürzung des Wertansatzes des Umlaufvermögens nicht zu einer Kürzung der Posi-

tion "Abzugskapital" führt. Was als Abzugskapital anzusehen ist, ergibt sich vielmehr abschließend aus § 7 Abs. 2 GasNEV (BGH, aaO Rn. 32 - SWU-Netze). Dies gilt - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - auch für bilanziell miteinander in Zusammenhang stehende Positionen. Solche bilanztechnischen Fragen spielen im Rahmen der kalkulatorischen Bestimmung des zu verzinsenden Eigenkapitals keine Rolle (BGH, aaO Rn. 45 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar).

18 Da dem Netzbetreiber aufgrund seiner Mitwirkungspflicht die Darlegung der Betriebsnotwendigkeit obliegt, hat die Zubilligung von $\frac{3}{12}$ des Jahresumsatzes für ihn lediglich die Bedeutung, dass seine Nachweispflicht bis zu dieser Grenze erleichtert ist. Wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat (BGH, aaO Rn. 23 ff. - SWU-Netze), wirkt sich der Ansatz von $\frac{3}{12}$ des Jahresumsatzes als Forderungsbestand im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV für den Netzbetreiber im Ergebnis in der Weise aus, dass er insoweit von einer Darlegung der Betriebsnotwendigkeit entoben ist, weil die Regulierungsbehörde bis zu dieser Grenze einen entsprechenden Vortrag nicht für erforderlich hält.

19 Hierdurch ist der Netzbetreiber nicht beschwert. Ein höherer Forderungsbestand ist dann anzuerkennen, wenn er die Betriebsnotwendigkeit nachweist. Dies hat die Antragstellerin, die bereits im Verwaltungsverfahren und später noch im Beschwerdeverfahren hierauf hingewiesen wurde, nicht getan. Ihr Vortrag erschöpft sich in bilanziellen Erwägungen und allgemeinen Ausführungen zu den von der Bundesnetzagentur anhand der Durchschnittswerte der Deutschen Bundesbank gebildeten Grenzwerten. Dies reicht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht aus.

3. Anlagen im Bau

20 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Zuerkennung dieser Kostenposition wendet, die von der Antragstellerin erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht wurde.

21 a) Das Beschwerdegericht hat hierzu ausgeführt, dass die Berücksichtigungsfähigkeit eines solchen Ansatzes durch den Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 14. August 2008 (KVR 39/07, RdE 2008, 323 ff. - Vattenfall) festgestellt worden sei. Der Antragstellerin sei auch nicht verwehrt, diese Position im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen, um ihren ansonsten teilweise unbegründeten Antrag "aufzufüllen". Bei einer Neubescheidung sei dieser Punkt auf jeden Fall mit einzubeziehen.

22 b) Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Da es keine gesetzliche angeordnete Präklusionsvorschrift gibt, war das Beschwerdegericht nicht gehalten, den Vortrag der Antragstellerin unberücksichtigt zu lassen.

23 Dies steht nicht im Widerspruch zu der vom Bundesgerichtshof an mehreren Stellen hervorgehobenen Mitwirkungspflicht des Antragstellers nach § 23a Abs. 3 EnWG. Danach hat der Antragsteller alle für die Prüfung seines Antrags erforderlichen Unterlagen der Regulierungsbehörde vorzulegen (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - EnVR 76/07, Rn. 28; BGH, aaO Rn. 32 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar). Hieraus folgt aber nicht, dass im gerichtlichen Verfahren unstreitige Kostenpositionen nicht noch berücksichtigt werden können. Die Antragstellerin hat - entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur - ihren ursprünglichen Genehmigungsantrag nicht erweitert. Vielmehr wurde die Rechnungsposition "Anlagen im Bau" lediglich als weiteres Begründungselement für den bislang gestellten Genehmigungsantrag ins gerichtliche Verfahren eingeführt.

24

Bezüglich der "Anlagen im Bau" kommt noch hinzu, dass die Bundesnetzagentur diese zunächst bei der Kalkulation der Netzentgelte für nicht berücksichtigungsfähig erachtet hat. Sie hatte die Position - wie der Vorsitzende der zuständigen Beschlussabteilung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat betont hat - vielmehr gar nicht in ihrem Antragsformular vorgesehen. Auch vor diesem Hintergrund kann der Antragstellerin nicht vorgeworfen werden, dass sie die "Anlagen im Bau" erst geltend gemacht hat, nachdem der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 14. August 2008 ihre Ansetzbarkeit gebilligt hatte (BGH, aaO Rn. 39 ff. - Vattenfall).

III.

25

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Abs. 1 EnWG. Da die Rechtsbeschwerde im Hinblick auf die Position "Umlaufvermögen" erfolgreich war, ändert der Senat die Kostenentscheidung des Beschwerdegerichts entsprechend ab. Hinsichtlich des Rechtsbeschwerdeverfahrens erscheint eine Kostenaufhebung angemessen.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Schleswig, Entscheidung vom 24.09.2009 - 16 Kart 1/09 -