



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 26/14

Verkündet am:  
10. November 2015  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Stadtwerke Freudenstadt II

GasNEV § 7

- a) Guthaben auf Gesellschafter-Privatkonten sind kein betriebsnotwendiges Eigenkapital nach § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV.
- b) Rückstellungen für das Regulierungskonto nach § 5 ARegV sind bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung entweder als verzinsliches Fremdkapital im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV oder als Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 GasNEV zu behandeln.

GasNEV § 8

Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist die Eigenkapitalverzinsung. Eine Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer ("Im-Hundert-Rechnung") ist nach § 8 GasNEV ausgeschlossen.

GasNEV § 9

Der von einem Netzbetreiber an den Betreiber eines vorgelagerten Netzes für die Errichtung einer Erdgasleitung gezahlte Investitionskostenzuschuss ist in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 2 GasNEV über eine Dauer von 20 Jahren linear abzuschreiben.

BGH, Beschluss vom 10. November 2015 - EnVR 26/14 - OLG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2015 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. März 2014 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur werden der Betroffenen auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 450.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Nachdem ihr für die zweite Periode der Anreizregulierung antragsgemäß die Teilnahme am vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV genehmigt worden war, legte die Landesregulierungsbehörde mit Bescheid vom 2. April 2013 auf der Grundlage einer Kostenprüfung mit dem Basisjahr 2010 die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2013 bis 2017 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies unter anderem mit einer Nichtberücksichtigung eines von der Betroffenen im Jahr 1983 an einen Dritten gezahlten Investitionskostenzuschusses als Abschreibungsposition und mit Kürzungen bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

2 Hiergegen richtet sich die - vom Beschwerdegericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

II.

3 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

4 1. Abschreibung des Investitionskostenzuschusses

5 Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die vom Beschwerdegericht verneinte Anerkennung des von der Betroffenen im Jahr 1983 gezahlten Investitionskostenzuschusses als Abschreibungsposition.

6 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass nach dem - verallgemeinerungsfähigen - Rechtsgedanken des § 9 Abs. 2 GasNEV nicht nur Baukostenzuschüsse, die im Zusammenhang mit der Errichtung eines Anschlusses für die Ein-

speisung von Gas entrichtet worden seien, über die Dauer von (nur) 20 Jahren abzuschreiben seien, sondern auch solche für die Errichtung einer Erdgasleitung. Beides diene dazu, den Gasabsatz zu ermöglichen. Eine Verpflichtung der Landesregulierungsbehörde zur Anerkennung des Investitionskostenzuschusses als Abschreibungsposition ergebe sich auch nicht daraus, dass sie dem Genehmigungsbescheid vom 12. September 2007 die von der Betroffenen beantragte Abschreibungsdauer von 45 Jahren zugrundegelegt habe. Die Landesregulierungsbehörde sei an der Veränderung der Abschreibungsdauer nicht durch § 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV gehindert gewesen. Diese Norm solle dem Netzbetreiber lediglich verwehren, durch eine ihm günstig erscheinende Zuordnung von Abschreibungen, namentlich auf das Basisjahr einer Genehmigungsperiode, seine Netzentgelte zu manipulieren; sie schütze dagegen nicht das Vertrauen des Netzbetreibers auf die Fortführung einer rechtswidrigen Abschreibung. Davon abgesehen habe die Betroffene einen Vertrauenstatbestand auch nicht schlüssig dargelegt. Die Investitionsentscheidung sei 1983 getroffen worden. Folgeentscheidungen aus dem Entgeltgenehmigungsbescheid nach § 23a EnWG habe die Betroffene nicht vorgetragen.

7            b) Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Vorgehensweise der Landesregulierungsbehörde für rechtmäßig erachtet.

8            aa) Zutreffend ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass auf die zu beurteilende Konstellation weder § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV i.V.m. Anlage 1 zu dieser Vorschrift noch § 9 Abs. 2 GasNEV unmittelbar anwendbar sind. § 6 GasNEV enthält Vorgaben für die kalkulatorische Abschreibung der betriebsnotwendigen Anlagegüter des Netzbetreibers; um eine solche Anlage der Betroffenen handelt es sich bei der Erdgasleitung, zu deren Errichtung sie einen Investitionskostenzuschuss geleistet hat, nicht, weil diese Leitung Bestandteil des Netzes eines anderen Netzbetreibers ist. § 9 Abs. 2 GasNEV ist nicht unmittelbar anwendbar, weil die Erdgasleitung nicht im Zusammenhang mit der Errichtung eines Anschlusses für die Einspei-

sung von Gas errichtet worden ist, sondern der Anbindung des Netzes der Betroffenen an das vorgelagerte Netz gedient hat.

9           bb) § 9 Abs. 2 GasNEV ist jedoch entsprechend anzuwenden.

10           (1) Die über § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV zur Anwendung kommenden Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Gasnetzentgeltverordnung weisen insoweit eine Regelungslücke auf. Nach § 4 Abs. 1 GasNEV sind sämtliche Kosten des Netzbetriebs anzusetzen, soweit sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Dazu kann - was zwischen den Beteiligten unstrittig ist - auch ein Investitionskostenzuschuss gehören, den der Netzbetreiber an den Betreiber des vorgelagerten Netzes für den Bau einer Erdgasleitung entrichtet hat. Welche Abschreibungsdauer hierauf zur Anwendung kommt, lässt die Gasnetzentgeltverordnung indes unregelt.

11           (2) Diese Regelungslücke ist planwidrig. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV i.V.m. §§ 4 bis 10 GasNEV sind sowohl kalkulatorische Abschreibungen für jede Anlage jährlich auf der Grundlage der jeweiligen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern vorzunehmen (§ 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV) als auch Baukostenzuschüsse über eine bestimmte Zeitdauer linear aufzulösen (§ 9 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GasNEV). Für einen - als Kostenposition grundsätzlich anzuerkennenden - geleisteten Investitionskostenzuschuss kann nichts anderes gelten.

12           (3) Die - planwidrige - Regelungslücke ist durch eine analoge Anwendung des § 9 Abs. 2 GasNEV zu schließen. Die Vorschrift betrifft unmittelbar zwar nur den im Zusammenhang mit der Errichtung eines Anschlusses für die Einspeisung von Gas (z.B. auf Erdgasqualität aufbereitetes Biogas) entrichteten Baukostenzuschuss. Dieser ist anschlussindividuell über die Dauer von 20 Jahren linear aufzulösen. Dem lässt sich aber die allgemeine Vorstellung des Ordnungsgebers entnehmen, dass - als kostenmindernd anzusetzende - Baukostenzuschüsse generell über die Dauer von 20 Jahren linear aufzulösen sind. Dies unterstreicht die inhaltsgleiche Regelung

in § 9 Abs. 1 Satz 2 GasNEV, wonach die von gasverbrauchenden Anschlussnehmern entrichteten Baukostenzuschüsse, d.h. solche nach § 11 NDAV, ebenfalls über eine Dauer von 20 Jahren linear aufzulösen sind. Aufgrund dessen ist es geboten, auch einen - spiegelbildlich - auf der Kostenseite anzusetzenden geleisteten Investitionskostenzuschuss über eine Dauer von 20 Jahren linear abzuschreiben.

13 Aufgrund der ausdrücklichen - wenngleich nur rudimentären - Regelung der Auflösungsdauer von Baukostenzuschüssen in § 9 GasNEV muss daher, anders als die Rechtsbeschwerde meint, eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV i.V.m. dessen Anlage 1 ausscheiden. Dafür fehlt es zudem an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Ein Investitionskostenzuschuss an einen anderen Netzbetreiber kann einem Anlagegut im Sinne des § 6 GasNEV nicht gleichgestellt werden. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgt aus § 4 Abs. 5 GasNEV nichts anderes. Diese Vorschrift enthält zur Vermeidung von Kostenerhöhungen, die aus Verpachtungen oder Leasing von Anlagen resultieren, die für den Netzbetrieb benötigt werden, eine Kappungsgrenze für den Kostenansatz solcher Anlagen (vgl. Schütz/Schütte in Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV Rn. 36). Für die Beantwortung der Frage, welche Abschreibungsdauer auf einen Investitionskostenzuschuss anzuwenden ist, lässt sich der Norm dagegen nichts entnehmen.

14 cc) Die Betroffene kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Landesregulierungsbehörde dem Genehmigungsbescheid vom 12. September 2007 eine Abschreibungsdauer von 45 Jahren zugrundegelegt hat. Diese - nach den vorstehenden Ausführungen rechtsfehlerhafte - Beurteilung hat keine bindende Wirkung für die Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV. Dafür fehlt es an einer rechtlichen Grundlage. Die Landesregulierungsbehörde war an der Veränderung der Abschreibungsdauer auch nicht durch § 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV gehindert. Diese Norm soll lediglich sicherstellen, dass es nicht zu versteckten Abschreibungen unter Null kommt (vgl. BR-Drucks. 247/05, S. 28 f.). Sie schützt dagegen nicht das Vertrauen des Netzbetreibers auf die Fortführung einer rechtswidrigen Abschreibung.

15           2. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

16           Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat auch insoweit keinen Erfolg.

17           a) Verzinsung des Umlaufvermögens

18           aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Betroffene ihre Beschwerde im Hinblick auf die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens aufgrund des 1/12-Ansatzes um pauschal 40,96 % zurückgenommen habe, so dass es sich damit in der Sache nicht mehr befasst hat.

19           bb) Es kann dahinstehen, ob das Beschwerdegericht die Prozessklärung der Betroffenen rechtsfehlerhaft zu weitgehend dahin verstanden hat, dass die Betroffene ihr Rechtsschutzziel in Bezug auf die von ihr beanstandete Kürzung des Umlaufvermögens insgesamt nicht mehr weiterverfolgen wollte, oder ob die Betroffene - was die Rechtsbeschwerde geltend macht - ihre Beschwerde im Hinblick auf die Bezugsgröße aufrechterhalten hat. Denn dabei handelt es sich nur um die rechtliche Begründung für das Rechtsmittel. Streitgegenstand ist der prozessuale Anspruch, der durch die erstrebte, im Rechtsmittelantrag zum Ausdruck gebrachte Rechtsfolge sowie durch den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, gekennzeichnet ist (vgl. Senatsbeschlüsse vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 27 f. mwN - E.ON Hanse AG und vom 14. April 2015 - EnVR 16/14, EnWZ 2015, 331 Rn. 16). Aufgrund dessen hätte eine fehlerhafte Auslegung der Prozessklärung der Betroffenen zwar zur Folge, dass das Beschwerdegericht durch die fehlende Bescheidung des Begehrens in der Sache deren Vorbringen gehörswidrig übergangen hätte. Die Betroffene hat insoweit aber die Entscheidungserheblichkeit eines möglichen Gehörsverstoßes nicht hinreichend dargelegt.

20           Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats 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, hat der Netzbetreiber eine Beschwerde nicht aufgezeigt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 3. März 2009 - EnVR 79/07, RdE 2010, 19 Rn. 20 ff. - SWU Netze, vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 42 ff. - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar und vom 5. Oktober 2010 - EnVR 49/09, RdE 2011, 263 Rn. 16 ff.).

21           So liegt der Fall hier. Die Betroffene hat den Nachweis für die Betriebsnotwendigkeit des von ihr angesetzten Umlaufvermögens nicht erbracht. Dazu genügt es nicht, dass sie die von der Landesregulierungsbehörde als Bezugsgröße zugrundegelegten Netzkosten als Ausgangswert übernimmt und um die Summe der Abschlagszahlungen, Konzessionsabgaben und Auflösung von Baukostenzuschüssen erhöht. Vielmehr hätte sie ihr Umlaufvermögen im Einzelnen aufschlüsseln und dessen Betriebsnotwendigkeit aufzeigen müssen. Dies ist weder im Beschwerdeverfahren noch - zur Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des gerügten Gehörverstößes - im Rechtsbeschwerdeverfahren erfolgt.

22           b) Gesellschafter-Privatkonten

23           aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Landesregulierungsbehörde habe die Guthaben der Gesellschafter der Betroffenen auf den Gesellschafter-Privatkonten zu Recht nicht als Eigenkapital, sondern als (verzinsliches) Fremdkapital eingeordnet. Die Guthaben auf den Gesellschafterkonten stünden den Gesellschaftern zu, die hierüber jederzeit frei verfügen könnten. Soweit sie die Beträge auf den Gesellschafter-Privatkonten stehen ließen, gewährten sie der Betroffenen ein Darlehen, für das sie eine Verzinsung erhielten. Die mögliche spätere Verrechnung von Verlusten mit dem Guthaben sei ohne Belang, weil der Eintritt eines solchen Ereignisses unsicher sei und es sich bei einer Verrechnung nur um eine Zahlungsabkürzung handele. Das Guthaben könne auch nicht als Sicherheit für künftige Verluste verstanden werden, zumal dies ohnehin an der Einordnung als Fremdkapital nichts ändern würde. Die Änderung des Gesellschaftsvertrags im Jahr 2011 sei für das

- hier maßgebliche - Basisjahr 2010 unbeachtlich. Soweit Gesellschafter-Privatkonten steuerrechtlich als Eigenkapital eingeordnet würden, sei dies ebenfalls unerheblich; im Rahmen der Anreizregulierung sei bei der Abgrenzung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital und bei der Einordnung als Abzugskapital neben der Eigentumslage eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen, die hier zu einer Einordnung der Gesellschafter-Privatkonten als Fremdkapital führe.

24           bb) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung ebenfalls stand.

25           (1) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Behandlung eines Vermögensbestandteils in der Handelsbilanz im Rahmen der Bestimmung der Netznutzungsentgelte unerheblich ist. Die Regelungen über die Handelsbilanz - ebenso wie diejenigen über die Steuerbilanz - können deshalb grundsätzlich nicht, auch nicht ergänzend, im Rahmen der kalkulatorischen Entgeltbestimmung angewandt werden. Dem widerspricht nicht, dass die Gasnetzentgeltverordnung ihrerseits Regelungen (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 GasNEV) enthält, die auf die Handelsbilanz Bezug nehmen. Denn dies ist kein Verweis auf Rechtsnormen des Handelsrechts. Vielmehr dient die Handelsbilanz insoweit lediglich als Datenquelle für die Regulierungsentscheidung. Aus ihr lassen sich Kostenstruktur und Erlössituation des Netzbetreibers erkennen. Ansonsten ordnet die Verordnung es ausdrücklich an, wenn - wie etwa in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV - auf bilanzielle Ansätze zurückgegriffen werden darf (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 36 - Vattenfall).

26           Die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung folgt einem eigenständigen System, das in seinen Grundsätzen durch § 21 EnWG vorgegeben und in der Gasnetzentgeltverordnung näher bestimmt wird. Der Gesamtzusammenhang der Regelung der §§ 6, 7 GasNEV verdeutlicht, dass es sich insoweit um ein abgeschlossenes Regelungswerk handelt, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbständig normiert. Welche Vermögenswerte in welcher Höhe kalkulatorisch verzinst werden, regelt allein § 7 GasNEV. Danach ist die Grundlage für eine Verzin-

sung das betriebsnotwendige Eigenkapital gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV, das durch § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV definiert wird (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 37 - Vattenfall).

27 (2) Nach diesen Maßgaben hat das Beschwerdegericht zu Recht mit der Landesregulierungsbehörde die von der Betroffenen als Eigenkapital angesetzten Guthaben auf den Gesellschafter-Privatkonten unberücksichtigt gelassen. Ob solche Guthaben handelsrechtlich angesetzt werden können, ist im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ohne Belang. Sie unterfallen weder dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 GasNEV noch stellen sie nach dem Normzweck dieser Vorschrift anzusetzendes Eigenkapital dar. Nach den Zielsetzungen des Energiewirtschaftsgesetzes soll das in Sachanlagen investierte Kapital verzinst werden. Damit wird dem Gebot einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) Genüge getan. Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber für sein zur Herstellung von Anlagen aufgewandtes Kapital grundsätzlich denselben Ertrag erwarten kann wie für Kapital, das er in anderen Bereichen des Netzbetriebs investiert hat. Zu den Zielen des Energiewirtschaftsrechts gehört die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit von Energieverteilungsanlagen (§ 1 Abs. 2 EnWG). Sie setzt voraus, dass Investitionen, die der Erhaltung und dem bedarfsgerechten Ausbau im Sinne der gesetzlichen Zielsetzung nach § 11 EnWG dienen, im Hinblick auf ihre Verzinsung nicht benachteiligt werden, sondern der Investor auf eine angemessene Rendite aus diesem Kapital vertrauen können muss (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 39 - Vattenfall). Um einen solchen Vermögensbestandteil handelt es sich bei Guthaben auf Gesellschafter-Privatkonten nicht.

28 c) Rückstellungen für das Regulierungskonto

29 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Landesregulierungsbehörde die Rückstellungen für das Regulierungskonto zwar nicht - wie in dem angefochtenen Bescheid erfolgt - dem Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 GasNEV habe

zuordnen, sondern bereits bei der Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV habe abziehen dürfen. Dies wirke sich aber auf die Höhe des betriebsnotwendigen Eigenkapitals im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV nicht aus. Die Rückstellungen für das Regulierungskonto resultierten aus einem „Zwangsdarlehen“ der Netznutzer an den Netzbetreiber infolge der früheren, sich als überhöht erwiesenen Netzentgelte, das nun über die folgende Regulierungsperiode zurückzugewähren sei. Erkenne die Landesregulierungsbehörde die zur Rückstellungsbildung aufgewandten Zinsen zeitanteilig als Netzkosten an, werde die Betroffene bei der Auflösung des Regulierungskontos nicht doppelt belastet, zumal ein effizienter Netzbetreiber aus den ihm zugeflossenen Erträgen regelmäßig Zinserträge oder Zinseinsparungen erwirtschaftete.

30           bb) Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben ohne Erfolg.

31           (1) Nach der Gasnetzentgeltverordnung sind Rückstellungen, die sich aus einem negativen Regulierungskontosaldo ergeben, bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung zu berücksichtigen. Dabei kann offenbleiben, ob diese als verzinsliches Fremdkapital im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV einzuordnen oder dem - nach dem Wortlaut zinslos zur Verfügung stehenden - Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 GasNEV zuzurechnen sind. Auf die Höhe der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung wirkt sich dies - was zwischen den Beteiligten nicht in Streit steht - nicht aus.

32           (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde lassen sich dem Konzept der Anreizregulierungsverordnung keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Ordnungsgeber die Rückstellungen für das Regulierungskonto nach § 5 ARegV anders behandeln wollte. Ganz im Gegenteil spricht entscheidend für die Verfahrensweise der Landesregulierungsbehörde, dass nach dem Willen des Ordnungsgebers sowohl die nach § 5 Abs. 1 ARegV verbuchten Differenzen als auch die nach § 5 Abs. 4 ARegV ermittelten Zu- und Abschläge nicht wie Eigenkapital verzinst werden, sondern - weil es sich bei Mehrerlösen der Sache nach um einen "unfreiwillig

gewährten Kredit der Netznutzer an den Netzbetreiber" (Held in Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 Rn. 58) handelt - nur entsprechend der regelmäßig niedrigeren, nach § 5 Abs. 2 Satz 3 ARegV zu berechnenden durchschnittlichen Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten.

33 Dem steht nicht entgegen, dass die Betroffene vorliegend einen solchen Zinsaufwand nicht geltend gemacht hat. Die Landesregulierungsbehörde hat im Verwaltungsverfahren auf die Anerkennungsfähigkeit der Zinsen hingewiesen. Wenn die Betroffene daraufhin von einem entsprechenden Ansatz absieht, geht dies zu ihren Lasten. Die von ihr insoweit erhobene Verfahrensrüge geht daher ins Leere. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, wegen des von der Betroffenen nicht angesetzten Zinsaufwands sei eine "Gegenrechnung" nicht erforderlich, beruft sie sich auf ein Wahlrecht, das der Gesetz- und Verordnungsgeber dem Netzbetreiber indes nicht eingeräumt hat.

34 (3) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, handelt es sich bei den Rückstellungen für das Regulierungskonto nicht um eine Besonderheit des Geschäftsjahres, die nach § 6 Abs. 3 ARegV bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt zu bleiben hat. Dabei kann dahinstehen, ob diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus nicht nur auf Kosten, sondern auch auf Erlöse und Erträge und die mit Rückstellungen verbundenen Belastungen anwendbar ist.

35 Unter Besonderheiten des Geschäftsjahres sind im Grundsatz nur Einmalereignisse zu verstehen, die die Eignung der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV ermittelten Kostenbasis als Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen beeinträchtigen würden (vgl. BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 19). Aufgrund dessen ist das Kostenniveau um den Einfluss von Einmaleffekten zu bereinigen. Die Heranziehung der Kosten eines bestimmten Geschäftsjahres als Grundlage für die Festlegung der Erlösobergrenzen beruht auf der Erwägung, dass die Kostenstruktur in aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren in der Regel im Wesentlichen gleich sein dürfte. Ungenauigkeiten, die sich daraus ergeben, dass bestimmte Kosten nicht in jedem Jahr

anfallen oder von Jahr zu Jahr gewissen Schwankungen unterliegen, nimmt der Verordnungsgeber dabei zulässigerweise in Kauf (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 17 - EnBW Regional AG).

36 Um einen solchen Einmaleffekt handelt es sich bei den Rückstellungen für das Regulierungskonto nicht. Vielmehr gehört es zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb, dass jedes Jahr wiederkehrend sowohl Zuführungen zu den Rückstellungen als auch Auflösungen von Rückstellungen vorgenommen werden. Soweit - was die Betroffene wenn auch nur in allgemeiner Form geltend macht - in dem Basisjahr eine "witterungsbedingte Ausnahmesituation" aufgetreten sein sollte, hätte die Landesregulierungsbehörde dem durch die Bildung eines Mittelwerts aus den Rückstellungen für das Regulierungskonto ausreichend Rechnung getragen.

37 (4) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde widerspricht diese Auslegung auch nicht dem Gebot des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, die Netzentgelte - unter Berücksichtigung der Betriebsführung eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers - so zu bemessen, dass eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erfolgt. Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber im Hinblick auf sein für die Herstellung von Anlagen aufgewandtes Kapital grundsätzlich denselben Ertrag erwarten kann, wie für Kapital, das in anderen Bereichen des Netzbetriebs investiert ist. Zu den Zielen des Energiewirtschaftsrechts gehört die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit von Energieverteilungsanlagen (§ 1 Abs. 2 EnWG). Dies setzt voraus, dass Investitionen, die der Erhaltung und dem bedarfsgerechten Ausbau im Sinne der gesetzlichen Zielsetzung nach § 11 EnWG dienen, im Hinblick auf ihre Verzinsung nicht benachteiligt werden, sondern der Investor auf eine angemessene Rendite aus diesem Kapital vertrauen können muss. Hieraus folgt zwar keine Pflicht zur umfassenden Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Es reicht vielmehr aus, wenn das eingesetzte Eigenkapital insgesamt angemessen verzinst wird. Allerdings dürfen nicht ganze Bereiche aus der Verzinsung herausgenommen werden, jedenfalls soweit kein sachgerechter Grund besteht (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 39 - Vattenfall).

38 Nach diesen Maßgaben ist § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG hier nicht verletzt. Bei den Rückstellungen für das Regulierungskonto handelt es sich bereits nicht um für die Herstellung von Anlagen aufgewandtes Eigenkapital. Den mit dem aus der Aufzinsung der Rückstellungen verbundenen Zinsaufwand kann der Netzbetreiber bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV i.V.m. §§ 4, 5 GasNEV geltend machen.

39 (5) Die Betroffene kann sich auch nicht darauf berufen, dass im Jahr 2010 durch das Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102) eine Abzinsung der Rückstellungen ermöglicht worden sei (§ 253 Abs. 2 HGB), weshalb im Jahr 2010 nur ein geringerer Zinsaufwand habe gebucht werden können als wenn diese Regelung bereits im Jahr 2009 gegolten hätte. Damit kann die Betroffene bereits deshalb nicht gehört werden, weil es ihr nach Art. 66 Abs. 3 Satz 6 EGHGB möglich war, die Neuregelung bereits im Jahr 2009 anzuwenden.

40 3. Kalkulatorische Gewerbesteuer

41 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen bleibt schließlich auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer durch die Landesregulierungsbehörde wendet.

42 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Landesregulierungsbehörde habe die kalkulatorische Gewerbesteuer entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur gleichlautenden Regelung in der Stromnetzentgeltverordnung berechnet. Bemessungsgrundlage sei allein die ermittelte kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung. Der von der Landesregulierungsbehörde gewählte „Vom-Hundert-Satz“ sei nicht durch den von der Betroffenen begehrten, günstigeren „Im-Hundert-Satz“ zu ersetzen.

43 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

- 44           aa) Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 8 GasNEV. Nach dieser Norm kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Hierdurch wird auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, abgestellt. Ausgangspunkt sind somit nicht die der steuerlichen und handelsrechtlichen Gewinnermittlung zu Grunde liegenden Größen. Der Verordnungsgeber hat damit bei der Festlegung der Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer einen rein kalkulatorischen Ansatz gewählt, indem die kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zu berechnen ist. Die Vorschrift des § 8 GasNEV hat den Zweck, dem Netzbetreiber die Eigenkapitalverzinsung zu erhalten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 68 ff. - Vattenfall und KVR 42/07, ZNER 2008, 222 Rn. 71 ff. - Rheinhessische Energie und vom 9. Juli 2013 - EnVR 37/11, RdE 2014, 24 Rn. 12 - KNS).
- 45           bb) Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist die Eigenkapitalverzinsung. Daran hat sich durch die Unternehmenssteuerreform 2008 nichts geändert. Durch diese wurde die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst abgeschafft mit der Folge, dass die Gewerbesteuer nicht mehr als Betriebsausgabe vom Gewerbeertrag abziehbar ist. Den damit verbundenen Anstieg der Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer hat der Gesetzgeber durch Absenken der Messzahl von 5 % auf 3,5 % ausgeglichen (vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 81). Bei der Ermittlung des Gewerbeertrages darf daher die Gewerbesteuer nicht mehr von der Eigenkapitalverzinsung abgezogen werden. Diese steuerrechtliche Änderung hat der Verordnungsgeber in § 8 GasNEV/StromNEV durch die Streichung des früheren Satzes 2 nachvollzogen (Art. 1 Nr. 6 und Art. 3 Nr. 5 der Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts vom 14. August 2013, BGBl. I S. 3250). Dem ist die Landesregulierungsbehörde in dem

angefochtenen Bescheid nachgekommen. Sie hat die Eigenkapitalverzinsung mit dem Hebesatz und der Messzahl 3,5 % multipliziert.

- 46 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer ("Im-Hundert-Rechnung") nicht in Betracht. Insoweit verbleibt es bei den für die Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung maßgebenden Vorgaben in § 7 GasNEV. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität ist hingegen - entgegen der Auffassung der Betroffenen - nicht herzustellen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 67 - Vattenfall und KVR 42/07, ZNER 2008, 222 Rn. 70 - Rhein Hessische Energie und vom 9. Juli 2013 - EnVR 37/11, RdE 2014, 24 Rn. 13 - KNS). Ein Verstoß gegen das Gebot des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG liegt darin nicht.

III.

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 27.03.2014 - 202 EnWG 8/13 -