

Datum: 24.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 16/07 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:1024.VI3KART16.07V.00

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Bescheid der Antragsgegnerin vom 20. Dezember 2007 (Az.: BK9-06/152) aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Antrag der Antragstellerin auf Genehmigung der Netzentgelte vom 31.10.2005 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Beschwerdewert: bis 900.000,00 €

Gründe:

A)

Die Antragstellerin ist Eigentümerin eines Gasverteilnetzes der Druckstufen Hoch-, Mittel- und Niederdruck im Versorgungsgebiet der Stadt und Umgebung. Mit Schreiben vom

1

2

3

30.10.2005 beantragte sie die Genehmigung der Netzentgelte gemäß § 23 a EnWG für die Zeit vom 01.05.2006 bis 31.12.2007. Unter dem 20.12.2006 erteilte die Antragsgegnerin eine Genehmigung für die Zeit ab Zustellung des Bescheids (27.12.2006) bis 31.03.2008. Gegen die dabei vorgenommenen Kürzungen der Netzkosten und den in den Gründen erklärten Vorbehalt zur Mehrerlösverrechnung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde. Sie trägt vor:

Die Antragsgegnerin habe zu Unrecht die Planwerte für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (hier: Kosten der Gas-Vorwärmung) nicht anerkannt. Die Antragsgegnerin überspanne die Anforderungen an die Voraussetzungen "gesicherter Erkenntnisse", indem sie hierfür eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" fordere. Die zugrundeliegenden Bezugsverträge seien vor der Einreichung des Genehmigungsantrages abgeschlossen worden. Anzuerkennen seien jedenfalls die Kosten des Jahres 2005. Die kalkulatorische Bewertung des Sachanlagevermögens stehe nicht im Einklang mit den Vorschriften der §§ 6, 32 GasNEV. Es sei nicht sachgerecht, dass die Antragsgegnerin von den WIBERA-Indexreihen Mittelwerte als Höchstwerte angesetzt habe. Zu Unrecht habe die Antragsgegnerin es abgelehnt, für jedes Anlagegut im Zugangsjahr den hälftigen Jahresaufwand für Abschreibungen anzusetzen. Die für das Betriebs- und Verwaltungsgebäude beantragte Abschreibungsdauer von 60 Jahren habe sie für die Restwertermittlung zu Unrecht auf 50 Jahre herabgesetzt. Zumindest habe sie dann konsequenterweise auch für die Abschreibungen eine Nutzungsdauer von 50 Jahren annehmen müssen. Bei der Eigenkapitalverzinsung habe sie zu Unrecht das Umlaufvermögen wegen fehlender Betriebsnotwendigkeit gekürzt. Selbst wenn unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt das Umlaufvermögen zu kürzen sei, sei dies nur zulässig, wenn die damit zusammenhängenden Schuldspositionen entsprechend vermindert würden. Die hälftige Zuordnung des "Investitionszuschusses" zum Netzbetrieb sei nicht sachgerecht, weil es sich nach den zwischenzeitlichen Feststellungen der steuerlichen Betriebsprüfung nur um einen Marketingzuschuss gehandelt habe. Zu Unrecht habe die Antragsgegnerin das zu verzinsende Eigenkapital auf % begrenzt. Ferner sei das die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital unter Ansatz eines Risikozuschlags mit mindestens 5,4 % und nicht nur mit 4,8 % zu verzinsen. Bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer habe die Antragsgegnerin die gebotene Hinzurechnung der hälftigen Dauerschuldzinsen unterlassen und den Abzug der Gewerbesteuer von sich selbst doppelt berücksichtigt. Der in den Bescheidgründen enthaltene Vorbehalt zur Berücksichtigung von Mehrerlösen sei rechtswidrig.

Die Antragstellerin beantragt, 5

den Bescheid vom 20.12.2006 rückwirkend aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte vom 30.01.2006 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. 6

Die Antragsgegnerin beantragt, 7

die Beschwerde zurückzuweisen. 8

Sie trägt vor: Zu Unrecht mache die Antragstellerin Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe als Plankosten geltend. Die Ermittlung der anerkennungsfähigen Netzkosten habe von den Daten des abgelaufenen Geschäftsjahres auszugehen. Berücksichtigungsfähig seien nur "gesicherte Erkenntnisse", die nur vorlägen, wenn mit dem Eintritt des kostenverursachenden Ereignisses und der Entstehung der Kostenlast mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu rechnen sei. Daran fehle es hier. Der Restwert des 9

Betriebsgebäudes sei gemäß § 32 Abs. 3 S. 3 GasNEV mit einer Nutzungsdauer von 60 Jahren zu ermitteln, die Abschreibungen habe die Antragstellerin hingegen selbst mit einer Nutzungsdauer von 50 Jahren beantragt. Nach § 6 Abs. 5 S. 1 GasNEV seien kalkulatorischen Abschreibungen jährlich vorzunehmen. Für die von der Antragstellerin geforderte Anerkennung nur jahreshältiger Abschreibungen bestehe daher kein Raum. Die Antragstellerin habe nicht nachgewiesen, dass die von ihr verwandten WIBERA-Indexreihen auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes beruhen. Um die Tagesneuwerte nicht vollkommen streichen zu müssen, habe sie aus den WIBERA-Reihen Musterindexreihen (Referenzreihen) gebildet und als Obergrenzen der höchstzulässigen Indizierung herangezogen. Die Rügen der Antragstellerin gegen den Ansatz der Eigenkapitalverzinsung gingen ebenfalls fehl. Zu Recht habe sie das Umlaufvermögen – liquide Mittel und Forderungen - auf das betriebsnotwendige Maß gekürzt. Bei den liquiden Mitteln (Bankguthaben inklusive Wertbestände und Kassenbestände) habe sie einen über einen Monatsumsatz von % hinausgehenden Anteil an den gesamten Netzkosten als unverhältnismäßig hoch angesehen. Bei den Forderungen habe sie unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlags einen Forderungsbestand in Höhe von 25 % der anerkennungsfähigen Netzkosten berücksichtigt. Die Kürzung sei jedenfalls nach § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG gerechtfertigt, wonach Kosten nicht zu berücksichtigen seien, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würden. Zu Unrecht fordere die Antragstellerin, den Investitions- und Marketingzuschuss dem Netzvertrieb zuzuordnen. Eine vollständige Zuordnung des Zuschusses zum Netzvertrieb sei vor dem Hintergrund der Behandlung dieses Bilanzansatzes in den früheren Jahren nicht gerechtfertigt. Bei der Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals sei im Falle einer Kürzung des Umlaufvermögens eine entsprechende Deckelung der Verbindlichkeiten nicht geboten. Zu Recht habe sie die Eigenkapitalquote auf % begrenzt. Der Zinssatz von 4,8 % für den die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals sei nicht zu beanstanden. Insoweit stehe ihr ein Beurteilungsspielraum zu, den sie nicht überschritten habe. Der Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer sei zutreffend. Die Ausführungen der Antragstellerin zur Mehrerlössaldierung gingen ins Leere; der Bescheid enthalte hierzu keine Regelung im Rechtssinne.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze mit Anlagen sowie auf die angefochtene Verfügung mit deren Anlagen und die Verfahrensakte der Antragsgegnerin verwiesen. 10

B) 11

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nur in Bezug auf den Ansatz der Abschreibungen des Betriebs- und Verwaltungsgebäudes begründet. 12

I. Die Beschwerde ist zulässig. 13

Der angegriffene Bescheid regelt den Kalkulationszeitraum von der Zustellung (27.12.2006) bis 31.03.2008 und ist mit diesem Inhalt in der Beschwerdeinstanz angefallen. Dass die streitbefangene Kalkulationsperiode bereits teilweise abgelaufen ist, steht dem Beschwerdebegehren nicht entgegen (vgl. Senat, Beschluss vom 09.05.2007, VI-3 Kart 289/06 (V) – V., ZNER 2007, 205 m.w.N.). Ebensowenig bestehen Bedenken, den Beschwerdeantrag auf eine Verpflichtung zur Neubescheidung zu richten (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO analog). 14

II. Zu den Rügen 15

16

1. Plankosten

Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe zu Unrecht "gesicherte Erkenntnisse" im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 4 GasNEV in Bezug auf die Kosten der Vorwärmung des Gases verneint. Für die Frage, ob "gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr" vorliegen, ist die Sachlage am 30.01.2006 – dem Datum der Antragstellung – maßgebend. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 4 GasNEV erfolgt die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte auf der Basis des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres, so dass mit Blick auf § 10 EnWG an den letzten vorliegenden Jahresabschluss anzuknüpfen ist. Dabei können zwar gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr berücksichtigt werden, dies jedoch nur, soweit sie bei der Antragstellung vollständig vorlagen. Sinn und Zweck der Regelung ist es – wie bereits dem ersten Referentenentwurf vom 20.04.2004 zur gleichlautenden StromNEV zu entnehmen ist –, eine einheitliche Referenzperiode zu schaffen, was konsequenterweise auch für die Plankosten zu gelten hat. Ein Verschieben oder Erweitern der Tatsachengrundlage im Genehmigungsverfahren stünde damit nicht in Einklang und würde zudem einer Erfüllung der gesetzgeberischen Vorgabe, binnen sechs Monaten über die Entgeltanträge zu entscheiden (§ 23 a Abs. 4 S. 2 EnWG), deutlich zuwiderlaufen (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.05.2007, W 595/06 Kart – St. T., S. 7). 17

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist für die Frage, ob gesicherte Erkenntnisse am 30.01.2006 vorlagen, nicht auf die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) abzustellen, wonach die Voraussehbarkeit der Kosten genügt (vgl. Nr. 7 I a LSP). Ein so geringes Maß an Wahrscheinlichkeit passt nicht zum Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 4, 2. Hs. GasNEV. Soweit § 3 Abs. 1 S. 5 GasNEV eine Bezugnahme auf die LSP enthält, gilt diese ausdrücklich nur, soweit in der GasNEV "keine besonderen Regelungen" getroffen worden sind. Eine "besondere Regelung" enthält aber § 3 Abs. 1 S. 4, 2. Hs. GasNEV (vgl. zur StromNEV: Senat, Beschl. v. 11.07.2007, S. 6, 7, VI-3 Kart 17/07 (V) – B. H.). Andererseits ist der von der Antragsgegnerin angezogene Maßstab der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" zu eng. Auch dieser lässt sich mit dem Begriff der "gesicherten Erkenntnisse" nicht in Einklang bringen. Zutreffend erscheint ein vermittelndes Verständnis dahin, dass "gesicherte Erkenntnisse" bestimmte Tatsachen erfordern, die das Auftreten der Kosten nach Grund und Höhe in der Kalkulationsperiode mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Der Einwand der Antragsgegnerin, dieser Maßstab werfe zusätzliche Unklarheiten auf, überzeugt nicht. Eine "große Wahrscheinlichkeit" dürfte nicht schwieriger zu bestimmen sein als eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit". 18

Tatsachen, die mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass Kosten der Vorwärmung nach Grund und bestimmter Höhe in der Planperiode (27.12.2006 - 31.03.2008) anfallen werden, hat die Antragstellerin nicht aufgezeigt. In ihrem Antrag hat sie ausgeführt, es handele sich bei den höheren Aufwendungen für das Planjahr um einen Betrag, der aus einer abweichenden Bewertung des Vorwärmgases herrühre. Die im Jahre 2004 angefallene Verbrauchsmenge sei insofern mit einem Preis von Ct/kWh bewertet worden, für das Jahr 2006 sei demgegenüber ein Bezugspreis in Höhe von Ct/kWh zu prognostizieren, so dass sich bei gleicher Menge eine Aufwandserhöhung um € ergebe (VA 12). In ihrer Stellungnahme vom 07.07.2006 hat sie ergänzt, dass die Bezugsverträge bei der Einreichung des Entgeltantrages bereits abgeschlossen gewesen seien und die Beschaffungsmenge als zweite Determinante der Kosten (kleineren) Schwankungen unterworfen seien (VA 614). Damit sind indes zwei Kostenparameter - Bezugspreis und Bezugsmenge – ungewiss geblieben. Von einer großen Wahrscheinlichkeit des Eintritts der geltendgemachten Plankosten in der Kalkulationsperiode kann somit zumindest der Höhe nach nicht gesprochen werden. 19

Die in Rede stehenden Aufwendungen können auch nicht als Ist-Kosten des Jahres 2005 berücksichtigt werden. Berücksichtigungsfähig sind nur die aus der Gewinn- und Verlustrechnung abgeleiteten Ist-Kosten des im Zeitpunkt der Antragstellung letzten "abgeschlossenen Geschäftsjahres" (§ 4 Abs. 3 S. 1 GasNEV). Letztes "abgeschlossenes Geschäftsjahr" war im Zeitpunkt der Antragstellung das Geschäftsjahr 2004. Der Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2005 lag am 30.01.2006 noch nicht vor. 20

2. Kalkulatorische Abschreibungen 21

a) Betriebs-/Verwaltungsgebäude 22

Zu Unrecht beanstandet die Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe für die erstmalige Ermittlung des Restwertes statt einer Abschreibungsdauer von 60 Jahren nur eine solche von 50 Jahren angesetzt. In Anlage 1 zur GasNEV ist für die Anlagengruppe eine Nutzungsdauerbandbreite von 50 bis 60 Jahren vorgesehen. Den Nachweis einer kalkulatorischen Abschreibung in der Vergangenheit auf der Basis von 60 Jahren hat die Antragstellerin nicht erbracht, so dass für die Zeit bis zum 31.12.2003 aufgrund der Regelung des § 32 Abs. 3 S. 3 GasNEV deren unterer Spannenwert von 50 Jahren anzusetzen ist. Die Ausführungen der Antragstellerin im Verwaltungsverfahren haben sich im Wesentlichen auf die Aussage beschränkt, dass sie die als Betriebsgebäude zu charakterisierenden Gebäudeteile in der Vergangenheit mit einer Nutzungsdauer von 60 Jahren "bilanziell" abgeschrieben habe (VA 604). § 32 Abs. 3 GasNEV stellt jedoch auf die "kalkulatorische" Abschreibung ab. Eine solche hat die Antragstellerin nicht aufgezeigt. Zu Recht rügt sie indes die Berechnung der Abschreibungen selbst. Im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie einerseits die von der Antragstellerin zugrunde gelegte Abschreibungsdauer von 60 Jahren mangels Nachweises für die erstmalige Restwertermittlung nicht angesetzt habe (sondern 50 Jahre), dessen ungeachtet aber für die Berechnung der Abschreibungsbeträge von einer Abschreibungsdauer von 60 Jahren ausgegangen ist. Letzteres sei gerechtfertigt, weil die Antragstellerin im Genehmigungsantrag eine Abschreibungsdauer von 60 Jahren selbst angegeben habe. Dem ist nicht zuzustimmen. Es liefe auf eine bloße Förmelerei hinaus, nach der (zutreffenden) Korrektur der Nutzungsdauer für die Restwertwertermittlung die Antragstellerin an ihren sie benachteiligenden Angaben im Zusammenhang mit den Abschreibungsbeträgen festzuhalten. Dass sie im Falle des Ansatzes einer (für sie ungünstigen) Nutzungsdauer von 50 Jahren bei der Restwertermittlung eine (für sie dann günstige) Nutzungsdauer von ebenfalls 50 Jahren bei der Abschreibung wünschte, sofern diese sich innerhalb der Spannen der Anlage 1 zur GasNEV verhielt, lag auf der Hand und musste sie daher nicht eigens beantragen. Jedenfalls durfte die Antragsgegnerin dieses klar erkennbare Interesse nicht ohne einen Hinweis übergehen. 23

b) Jahreshälftige Abschreibung im Anschaffungsjahr 24

Die Antragstellerin hat für jedes Anlagegut im Zugangsjahr den hälftigen Jahresaufwand für Abschreibungen angesetzt. Zu Recht hat die Antragsgegnerin demgegenüber auf den vollen Jahresbetrag abgestellt. Für die von der Antragstellerin geforderte Anerkennung nur jahreshälftiger Abschreibungen im Zugangsjahr besteht nach § 6 Abs. 5 S. 1 GasNEV kein Raum. Nach dieser Bestimmung sind die kalkulatorischen Abschreibungen für jede Anlage jährlich vorzunehmen (vgl. Senat, Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 472/06 (V) – b. und VI-3 Kart 471/06 (V) – T.). 25

c) Tagesneuwerte 26

Nach Ansicht der Antragstellerin verstößt die kalkulatorische Bewertung des Sachanlagevermögens durch die Antragsgegnerin gegen die Vorschriften der §§ 6, 32 GasNEV: Ebenso wie die Antragsgegnerin habe sie, die Antragstellerin, die WIBERA-Indexreihen für die Ermittlung der Tagesneuwerte herangezogen. Die von der Antragsgegnerin vorgenommenen Kürzungen bei der Bewertung des Sachanlagevermögens beruhen in erheblichem Umfang darauf, dass sie bei der Verwendung der WIBERA-Indexreihen Durchschnittswerte gebildet und dann als Höchstwerte angesetzt habe. Die Bildung arithmetischer Mittelwerte sei nicht sachgerecht, weil die Indexreihen mit den jeweiligen Anteilen der in einer Anlagengruppe enthaltenen Vermögensgegenstände gewichtet werden müssten. Ferner müssten die unterschiedlichen Anschaffungszeitpunkte berücksichtigt werden.

Die Kritik der Antragstellerin ist nicht berechtigt. Sie hat nicht nachgewiesen, dass entsprechend § 6 Abs. 3 S. 2 GasNEV die von ihr angewandten WIBERA-Preisindizes auf den Fachserien 16 und 17 beruhen. Die Antragsgegnerin hat auf das Nachweisdefizit mit Schreiben vom 14.06.2006 hingewiesen (Anlage 6, S. 4 = VA 499). Soweit die WIBERA-Reihen selbst Erläuterungen enthalten (vgl. WIBERA Indexreihen, Blatt E 1 bis E 7), ist auch dort der geforderte Beruhensnachweis nicht geführt. Die Erläuterungen behaupten nur das Beruhen der WIBERA-Reihen auf den Fachserien 16 und 17 im Sinne einer Rechtsbehauptung, machen ihre Herleitung aber nicht transparent. Sie legen weder dar, welche Reihen der Fachserien des Statistischen Bundesamts mit welcher Gewichtung zur Darstellung der entsprechenden Anlage bzw. Anlagengruppe in die WIBERA-Reihen eingeflossen sind, noch wie die Indexreihen für Zeiträume entwickelt wurden, für die keine Reihen des Statistischen Bundesamts verfügbar waren. Ohne diese Darlegung ist aber nicht nachvollziehbar, dass, wie § 6 GasNEV es ausdrücklich fordert, die vom Netzbetreiber verwendeten Preisindizes auf den Indexreihen des Statistischen-Bundesamtes "beruhen" (vgl. Senat, Beschl. v. 26.09.2007, VI-3 Kart 459/06 (V) – St H; v. 24.10.2007, VI-3 Kart 472/06 (V) - b). Von der Nachweispflicht ist die Antragstellerin nicht deswegen befreit, weil die Antragsgegnerin die WIBERA-Reihen ebenfalls herangezogen hat. Die Verwendung der WIBERA-Reihen durch die Antragsgegnerin erfolgte nur in modifizierter Form und zur Schaffung anerkennungsfähiger Obergrenzen. An der grundsätzlichen Nachweispflicht der Antragstellerin änderte sich hierdurch nichts (vgl. Senat a.a.O. - St H).

28

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin in den Fällen, in denen mehrere Reihen der WIBERA-Preisindizes für ein Anlagegut einschlägig waren, einen arithmetischen Mittelwert gebildet hat. Sie hat die WIBERA-Reihen in bestimmter Weise als einen Anhalt herangezogen, um eine ihr unverhältnismäßig erscheinende völlige Streichung der Position zu vermeiden. Dieses Vorgehen könnte den Erfolg der Beschwerde nur begründen, wenn es sachwidrig gewesen wäre. Davon ist indes nicht auszugehen. Die WIBERA-Reihen sind in der Energiewirtschaft weithin anerkannt, die Mittelung ihrer Indexreihen ergab somit einen wenigstens brauchbaren Annäherungswert. Eine Rechtsverletzung zum Nachteil der Antragstellerin ist nicht ersichtlich. Diese hatte es in der Hand, ihre Nachweispflicht gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 GasNEV zu erfüllen. Der Senat verkennt nicht die diesbezüglichen Schwierigkeiten. Der klaren Wertung des Ordnungsgebers ist jedoch zu entnehmen, dass ein Netzbetreiber die Herleitung der von ihm verwandten Indexreihen vollständig und für die Regulierungsbehörde ohne weiteres nachprüfbar rechtfertigen muss, anderenfalls er seiner Darlegungslast nicht genügt. Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin habe die herangezogenen WIBERA-Indizes individuell gewichten und die Anschaffungszeitpunkte berücksichtigen müssen. Damit tauscht sie die (vertretbare) Bewertungsmethode der Antragsgegnerin nur gegen eine andere aus, ohne ihre eigene Nachweispflicht zu erfüllen (vgl. Senat a.a.O. – St H).

29

3. Eigenkapitalverzinsung	30
Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin die Kürzung der Eigenkapitalverzinsung.	31
a) Umlaufvermögen	32
Bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals gemäß § 7 Abs. 1 GasNEV sind grundsätzlich die Bilanzwerte des Umlaufvermögens zu berücksichtigen. Dabei sprechen der Wortlaut der Norm und die Entstehungsgeschichte gegen eine Kürzung der Bilanzwerte des Umlaufvermögens unter dem Gesichtspunkt der Betriebsnotwendigkeit. Unabhängig davon stehen die Netzkosten und ihre Bestandteile gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG, § 4 Abs. 1 Abs. 2 S. 2 GasNEV unter dem Vorbehalt, dass sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen. Der Netzbetreiber muss sich daher bei seiner unternehmerischen Entscheidung, welches Finanzanlage- und Umlaufvermögen er für seinen Betrieb als zweckmäßig ansieht, zunächst an einem effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreiber orientieren, wenn und soweit er dessen Verzinsung über die Eigenkapitalverzinsung in den Netzentgelten abbilden will. Kommt es nicht schon hier zu einer Kappung der Eigenkapitalverzinsung als Teil des Netzentgelts, so ist auf einer weiteren Stufe zu prüfen, ob entgegen dem Gebot des § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG bei dem ermittelten Eigenkapital solche Kostenbestandteile Berücksichtigung gefunden haben, die bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht in Ansatz gebracht worden wären. Zu solchen "Kostenbestandteilen" gehört im Rahmen des § 7 GasNEV auch das Umlaufvermögen (vgl. Senat, Beschl. vom 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 – S. und VI-3 Kart 472/06 – b.). Zu Unrecht meint die Antragstellerin, dass aus § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG keine Kürzungsbefugnis folge, weil § 23 a Abs. 1 EnWG allein auf § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG Bezug nehme. Diese Bezugnahme ist nicht in einem die Bestimmung des § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG ausschließenden Sinne zu verstehen. Es trifft auch nicht zu, dass der Grundsatz des § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG nur für die nachträgliche Missbrauchsaufsicht von Bedeutung sei. Der Verordnungsgeber wollte sich insoweit keine Beschränkungen auferlegen.	33
Danach ist davon auszugehen, dass die von der Antragsgegnerin vorgenommenen Kürzungen der verzinsbaren liquiden Mittel und der Forderungen nicht unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Betriebsnotwendigkeit erfolgen durften. Indes schließt dies die Kürzung wegen mangelnder Wettbewerbskonformität gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG nicht aus. Die Beschlusskammer hat das Umlaufvermögen unter Zuhilfenahme der Kennzahlen der Deutschen Bundesbank über die Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse im Wettbewerb stehender deutscher Unternehmen auf ein wettbewerbsanaloges Maß zurückgeführt. Dabei hat sie die wettbewerbskonforme Höhe des Umlaufvermögens geschätzt, indem sie auf die Kennzahlen in der Deutschen Bundesbank zurückgegriffen hat, die diese im Rahmen von jährlich durchgeführten Analysen der Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse deutscher Unternehmen ermittelt hat (Monat Oktober 2005). Danach war in der Gesamtbetrachtung über alle Branchen für das Jahr 2003 ein Anteil der Bankguthaben (inklusive Wertpapiere und Kassenbestände) am Umsatz in Höhe von % festzustellen. Der Anteil der Forderungen am Umsatz betrug %. Beide Anteile waren seit dem Jahr 2001 verhältnismäßig stabil. Unter Berücksichtigung dieser Kennzahlen und eines Sicherheitszuschlages hat die Beschlusskammer 8,33% der Netzkosten, die nach EnWG und GasNEV dem kostenbasierten Umsatz entsprechen sollen, als verzinsbare liquide Mittel (Bankguthaben inklusive Wertpapiere und Kassenbestände) und 25% der Netzkosten als verzinsbare Forderungen akzeptiert. Diese Vorgehensweise ist vertretbar und begegnet im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Gestützt wird der von der Beschlusskammer gewählte Ansatz durch einen Vergleich mit dem nationalen Netzbetreiber in Großbritannien.	34

Nach den dem annual report and accounts 2006/2007 national gas grid entnommenen Zahlen wies dieses Unternehmen einen Anteil liquider Mittel von 7,6% und einen Anteil von 15,1% des Umsatzes an Forderungen und damit ebenfalls Werte auf, die unter den von der Beschlusskammer gewählten Ansätzen liegen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG der Regulierungsbehörde keine uneingeschränkte Nachweispflicht dahin auferlegen kann, dass im Falle einer wettbewerblichen Steuerung des Netzbetreibers einzelne Kosten und Kostenbestandteile nicht angefallen wären. Ein solcher vollständiger Nachweis ließe sich nicht führen, weil eine hypothetische Situation in den Blick zu nehmen ist. Von daher ist es ausreichend, aber auch erforderlich, wenn eine hinreichende, empirisch belegbare Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der konkrete Kostenbestandteil atypisch für wirtschaftliches Verhalten im funktionierenden Wettbewerb ist (vgl. Senat, Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 – S.). So verhält es sich hier. Demgegenüber hat die Antragstellerin nicht aufgezeigt, dass sich ihr Umlaufvermögen von über € in dieser Höhe auch im Falle eines funktionierenden Wettbewerbs eingestellt hätte. Sie erläutert nicht, welche Forderungen und sonstigen Vermögensgegenstände in welcher Höhe im funktionierenden Wettbewerb ebenfalls vorhanden gewesen wären, zum Beispiel deshalb, weil ein Wettbewerber sie wegen der konkreten unternehmerischen - und/oder branchentypischen Gegebenheiten ebenfalls hätte vorhalten müssen. Solcher Vortrag überfordert die Antragstellerin nicht. Sie kann Aussagen zur Branche machen, weil sie der Branche selbst angehört. Es leuchtet nicht ein, dass sie selbst für annäherungsweise Vorträge auf die Hinzuziehung von Sachverständigen angewiesen sein soll. Entgegen ihrer Darstellung ist es keineswegs Absicht der Regulierung, das Umlaufvermögen "abbauen". Es bleibt ihr unbenommen, das Umlaufvermögen anderweitig rentabel anzulegen. Eine sinnvolle anderweitige Anlage des Umlaufvermögens würde ihrer Bonität auch nicht schaden, wie sie unterstellt. Ferner lassen sich kurz- und mittelfristige Liquiditätsengpässe durch flexible Finanzierungsformen abwenden. Die Antragstellerin hat ... nicht plausibel gemacht. Ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 10.09.2007 (S. 11 – 14) stellen nur das allgemeine Unternehmensrisiko eines Gasnetzbetreibers dar, das durch geeignete Finanzierungsinstrumente bewältigt werden kann. Zu Recht moniert die Antragsgegnerin ferner, dass die von der Antragstellerin angeführte Umstellung von L-Gas auf H-Gas (siehe GA 90 und Schreiben vom 07.07.2006, Bf 7) schon in Bezug auf das Ob und Wann der Kostenentstehung lückenhaft und daher nicht nachvollziehbar sei. Einen (zeitnah aufgestellten) Investitions- und Finanzierungsplan hat die Antragstellerin nicht vorgelegt.

b) Abzugskapital

35

Streitig ist ein im Jahre 1997 an die Antragstellerin gezahlter Zuschuss. Die Antragstellerin hatte den Zuschuss in ihrem Genehmigungsantrag zu als Abzugskapital angesetzt. Im Genehmigungsverfahren rückte sie von dieser Behandlung ab und begehrte die komplette Streichung. Die Antragsgegnerin hat daraufhin eine Reduzierung des Abzugskapitals in Höhe von des Zuschusses vorgenommen, weil der Zuschuss teilweise dem Netzbereich zuzurechnen sei. Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren auf eine vollkommene Streichung weiter. Sie macht geltend, dass sie den Zuschuss in der Vergangenheit nur deshalb handelsbilanziell als Investitions- und nicht als Marketingzuschuss behandelt habe, um zu vermeiden, dass im Jahr der Vereinnahmung für die gesamte Summe die Ertragsbesteuerung anfiel. Der Zuschuss sei für die vorzeitige Verlängerung des Gasbezugsvertrages (Vertrieb) vor Beginn der Liberalisierung im Jahr 1997 gezahlt worden. Nach den inzwischen getroffenen Feststellungen der steuerlichen Betriebsprüfung handele es sich nicht um einen Investitions-, sondern nur um einen Marketingzuschuss.

36

37

Die Rüge bleibt ohne Erfolg. Das Vorgehen der Antragsgegnerin verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Die Antragstellerin hat den Zuschuss aus steuerlichen Gründen nicht als Marketing-, sondern als Investitionszuschuss behandelt. Das war nur möglich, wenn es sich im Rahmen der zulässigen steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zivilrechtlich wirklich um einen Investitionszuschuss handelte. An die nach ihrer Bestätigung im Verhandlungstermin keineswegs nur zum Schein vorgenommene, mithin legale und zivilrechtlich wirksame Einordnung und Zweckbestimmung als Investitionszuschuss bleibt sie gebunden. Wie das Finanzamt den Steuerfall später beurteilt hat und ob dies zutreffend geschehen ist, ist für die energiewirtschaftrechtliche Lage ohne Bedeutung.

c) Zu Unrecht meint die Antragstellerin, die mit dem Umlaufvermögen zusammenhängenden Schuldposten seien entsprechend zu vermindern, sofern unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt das Umlaufvermögen zu kürzen sei. Die Reduzierung des nicht wettbewerbskonformen Umlaufvermögens entspricht den Bestimmungen des EnWG und der GasNEV, während eine entsprechende Kürzung der Abzugsposten rechtlich nicht vorgesehen ist. Die bilanziell orientierte Argumentation der Antragstellerin übersieht, dass es hier nicht um die buchhalterisch korrekte Aufstellung einer Bilanz, sondern um eine rein kalkulatorische Berechnung der Netzentgelte geht. 38

d) Zweifache 40%-Limitierung 39

Die Kritik der Antragstellerin an der zweimaligen 40 %-Limitierung des Eigenkapitals ist unbegründet. Nach erneuter Prüfung hält der Senat an seiner den Beteiligten bekannten Rechtsansicht fest (vgl. Senat, ZNER 2007, 205, 206 f – V.; zur GasNEV: Beschl. v. 11.07.2006, VI 3 Kart 459/06 (V) – St H). Das Beschwerdevorbringen bringt hierzu keine neuen Aspekte. 40

e) Zinssatz für das Eigenkapital nach § 7 Abs. 1 S. 3 GasNEV 41

Die Antragstellerin beanstandet den Zinssatz von 4,8 % für den die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Teil des Eigenkapitals gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 GasNEV. Die Rüge ist unbegründet. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 GasNEV ist der übersteigende Anteil des Eigenkapitals "nominal wie Fremdkapital zu verzinsen". Hiermit ist grundsätzlich eine Verzinsung in Höhe der tatsächlichen Fremdkapitalzinsen des Netzbetreibers entsprechend § 5 Abs. 2, 1. Hs. GasNEV gemeint. Eine Obergrenze findet diese Verzinsung entsprechend § 5 Abs. 2, 2. Hs. GasNEV dahin, dass die Zinsen höchstens in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen sind. Um die Ermittlung der Obergrenze zu vereinfachen, hat der Ordnungsgeber in der Ordnungsbegründung zu § 5 Abs. 2 GasNEV (BR-Drs. 247/05) eine Auslegungsregel bereitgestellt, wonach als "angemessener Zinssatz" der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten angesehen werden kann (vgl. hierzu für die StromNEV: Senat, Beschl. v. 11.07.2007, S. 13, VI- 3 Kart 17/07 (V) – B. H.). Dieser beträgt vorliegend 4,8 % (vgl. Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank, Juli 2005, S. 36). Ein Risikozuschlag ist danach nicht geboten. Ein solcher ist vom Ordnungsgeber ersichtlich auch nicht gewollt. Eine wettbewerblich angemessene, nämlich wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung sieht § 7 GasNEV nur für das danach ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital vor. Allein bei diesem muss sich die Verzinsung nicht nur an alternativen Anlagemöglichkeiten in wettbewerbsfähiger Weise, sondern auch an dem mit dem Netzbetrieb eingegangenen unternehmerischen Risiko orientieren. Dementsprechend sieht § 7 Abs. 4 GasNEV vor, dass der insoweit auf Neuanlagen entfallende Eigenkapitalzinssatz den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher 42

Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nach Abs. 5 nicht überschreiten darf. Gleiches gilt für die Verzinsung des Eigenkapitalanteils von Altanlagen, die zusätzlich noch um den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Preisänderungsrate zu ermäßigen ist. Die Verzinsung des überschießenden Anteils des Eigenkapitals hatte der Ordnungsgeber hingegen zunächst nicht vorgesehen. Bei ihr hat der Ordnungsgeber – wie der Vergleich mit § 7 Abs. 4 GasNEV zeigt – für die Zubilligung eines branchenspezifischen Risiko- oder Wagniszuschlags keinen Anlass gesehen (vgl. Senat, Beschl. v. 26.09.2007, VI-3 Kart 459/06 (V) – St H; Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 472/06 (V) – b; Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 (V) – S:).

4. Gewerbesteuer

43

Die Rügen der Antragstellerin bleiben ohne Erfolg. Eine Hinzurechnung der hälftigen Dauerschuldzinsen kommt nicht in Betracht. Die nach § 8 S. 1 anzusetzende Gewerbesteuer ist eine rein kalkulatorische Steuer. Hinzurechnungen und Kürzungen i.S.d. §§ 8, 9 GewStG sind im Rahmen des § 8 GasNEV nicht vorgesehen. In Betracht kommt nur der in § 8 S. 2 GasNEV ausdrücklich angeordnete Abzug der Gewerbesteuer bei sich selbst. Diesen hat die Antragsgegnerin rechtsfehlerfrei vorgenommen. § 7 GasNEV ermittelt fiktiv den Ertrag im Wege einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Als weitere kalkulatorische Kostenposition hat der Ordnungsgeber – nur – die Berücksichtigung der hieran anknüpfenden kalkulatorischen Gewerbesteuer anerkannt. Für diese hat er die Berücksichtigung des In sichabzugs angeordnet. Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist daher der fiktiv ermittelte Ertrag – die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung – unter Berücksichtigung des In sichabzugs der Gewerbesteuer (vgl. OLG Koblenz, RdE 2007, 198, 205; Senat, Beschl. v. 26.09.2007, VI-3 Kart 459/06 (V) – St H; Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 472/06 (V) – b; zur StromNEV: Senat, ZNER 2007, 205, 208 – V.).

44

5. Vorbehalt einer späteren Mehrerlösverrechnung

45

Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin die in den Bescheidgründen angekündigte Berücksichtigung von Mehrerlösen. Sie ist durch den "Vorbehalt" nicht beschwert. Die Antragsgegnerin hat bewusst von einer Tenorierung und damit von einer Regelung im vorliegenden Genehmigungsverfahren abgesehen.

46

6. Im Umfang der rechtswidrigen Kürzungen ist das Preisblatt von der Bundesnetzagentur neu zu berechnen, so dass Spruchreife fehlt. Dass nur eine vergleichsweise kleine Kostenposition hierzu Anlass bietet, ändert nichts. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Preisblatt – wenn auch nur geringfügig – ändert. Daher ist die Bundesnetzagentur unter Aufhebung der erteilten Genehmigung zu verpflichten, über den Genehmigungsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden. Im Beschwerdeverfahren nach § 75 EnWG ist der Bescheidungsausspruch bei fehlender Spruchreife eines Verpflichtungsbegehrens entsprechend § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO zulässig (Senat, Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 – S.; Salje, EnWG, 2006, Rdnr. 16 zu § 83; für §§ 63 ff. GWB: Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., Rdnr. 19 zu § 71; Bechtold, GWB, 4. A., Rdnr. 5 zu § 71).

47

C)

48

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragstellerin vom 19.10.2007 gibt dem Senat keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Der Senat hat die dort erörterte

49

Unterlage im vorliegenden Verfahren weder bei der Antragsgegnerin angefordert, noch die darin enthaltenen Daten verwertet.

D) 50

Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 S. 2 EnWG. Das Obsiegen der Antragstellerin ist nur geringfügig. Der Senat hat daher von dem Rechtsgedanken des § 92 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht. 51

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 50 GKG i.V.m. § 3 ZPO. 52

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 86 Abs. 2 Nr. 1, 2 EnWG. 53

L.	v. R.	W.	54
----	-------	----	----