
Datum: 11.07.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 17/07 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:0711.VI3KART17.07V.00

Normen: § 21 Abs. 2 EnWG, § 3 Abs. 1 S. 5, § 6 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 10 Abs. 1 StromNEV

Leitsätze:

1. Der gerichtlich überprüfbare Rechtsbegriff der „gesicherten Erkenntnisse über das Planjahr“ nach § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV setzt weder voraus, dass die Kosten mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ eintreten werden, noch genügt insoweit eine bloße „Vorhersehbarkeit“. Erforderlich, aber auch ausreichend sind bestimmte Tatsachen, die eine große Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der Kosten in der Kalkulationsperiode ergeben.
2. Gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr können auch dann berücksichtigt werden, wenn sie zu einer Absenkung des zu genehmigenden Netzentgelts führen.
3. Begehrt der Netzbetreiber den Ansatz bestimmter (höherer) Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, hat er auch darzulegen, dass die Beschaffung im nach § 10 Abs. 1 S. 2 StromNEV maßgebenden Kalenderjahr einer gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG effizienten Betriebsführung entsprach.
4. Abschreibungen des nach § 3 Abs. 1 S. 5, 1. HS. StromNEV maßgebenden Basisjahres sind auch dann zu berücksichtigen, wenn das Anlagegut im Basisjahr auf Null abgeschrieben wird.
5. Im Wege des Zweiterwerbs angeschaffte, fremdfinanzierte Altanlagen sind im Rahmen der kalkulatorischen Abschreibungen nicht zum Kaufpreis, sondern gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 StromNEV zu den historischen Anschaffungskosten anzusetzen.

6. Im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung sind vor dem 01.01.2006 angeschaffte betriebsnotwendige Grundstücke gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StromNEV zu Tagesneuwerten anzusetzen.

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Bescheid der Antragsgegnerin vom 22.12.2007 (Az.: 421-38-20/2.1) 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 Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Beschwerdewert: bis 300.000 €

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

A)

2

Die Antragstellerin ist Eigentümerin des Elektrizitätsverteilnetzes in B.. Mit Schreiben vom 31.10.2005 (Bf 4) beantragte sie bei der Antragsgegnerin die Genehmigung der Netzentgelte gemäß § 23 a EnWG für die Zeit vom 01.05.2006 – 31.12.2007. Durch Beschluss vom 22.12.2006 hat die Antragsgegnerin eine Genehmigung für die Zeit vom 01.01.2007 – 31.12.2007 mit Auflagen und unter Widerrufsvorbehalt erteilt und die geltend gemachten Netzkosten um 11,4 % gekürzt. Gegen einen Teil der Kürzungen und gegen die Auflage, wesentliche Änderungen der Kosten- und Erlöslage, die für die Entgeltberechnung relevant sind, unverzüglich mitzuteilen, sowie gegen den in den Gründen des Bescheids erklärten Vorbehalt, seit dem 01.11.2005 zu Unrecht erzielte Mehrerlöse in späteren Kalkulationsperioden kostenmindernd oder in einem gesonderten Verfahren zu berücksichtigen, wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 19.01.2007 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingereichten Beschwerde und trägt vor:

3

Die Antragsgegnerin habe bei den Aufwendungen für die dezentrale Stromeinspeisung (Erhebungsbogen Zeile 5 Nr. 1.1.1.2) zu strenge Anforderungen an die Annahme "gesicherter Erkenntnisse" gestellt. Die Kürzung der Aufwendungen an vorgelagerte Netzbetreiber (Erhebungsbogen S. 83, Zeile 11 Nr. 1.1.2.1 Spalte II) habe sie nicht begründet. Ferner habe sie die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie zu Unrecht gekürzt (s. Bescheid S. 6; Erhebungsbogen S. 83, Zeile 4, Nr. 1.1.1.1. Spalte II). Anzusetzen seien die im Jahre 2005 erheblich angestiegenen Bezugspreise. Jedenfalls sei der für das Jahr 2004 angesetzte

4

Grundpreis zu niedrig. Bei den kalkulatorischen Abschreibungen habe die Antragsgegnerin zu Unrecht den letzten Jahresring (2004) gestrichen. Ein übernommenes Netz habe sie nicht mit dem damals gezahlten Kaufpreis angesetzt. Zudem sei der von ihr vorgenommene Abschlag von 10 % der rückindizierten Anschaffungskosten nicht gerechtfertigt. Bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sei die zweimalige 40%-Quotierung des Eigenkapitals nicht gerechtfertigt. Grundstücke seien mit ihren Tagesneuwerten anzusetzen. Bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer habe die Antragsgegnerin den Insichabzug nach § 8 S. 2 StromNEV zu Unrecht zweimal berücksichtigt. Die Auflage zur Anzeige von Änderungen der Kosten- und Erlöslage sei unnötig, jedenfalls unverhältnismäßig. Der in den Gründen des Bescheids gemachte Vorbehalt zur Berücksichtigung von Mehrerlösen sei rechtswidrig.

Die Antragstellerin beantragt, 5

den Bescheid vom 22.12.2006 aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte vom 31.10.2005 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden. 6

Die Antragsgegnerin beantragt, 7

die Beschwerde zurückzuweisen. 8

Sie trägt vor: Soweit sich die Beschwerde gegen den bloßen Vorbehalt der Mehrerlösverrechnung richte, sei sie unzulässig. Im Übrigen sei sie unbegründet. Gesicherte Erkenntnisse seien auch zu Lasten des Netzbetreibers zu berücksichtigen. Die niedrigeren Kosten des vorgelagerten Netzes stünden aufgrund eines Netzentgeltbescheides fest. Hinsichtlich der Aufwendungen für die Beschaffung von Verlustenergie sei für die Bestimmung des "abgelaufenen Kalenderjahrs" auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Maßgebend seien somit die Verhältnisse des Kalenderjahrs 2004. Zudem habe die Antragstellerin nicht dargelegt, dass sie das Effizienzgebot eingehalten habe. Der letzte Jahresring 2004 sei zu streichen, da anderenfalls eine Doppelberücksichtigung der Abschreibung in den Genehmigungsverfahren nach § 12 BTOElt und § 23 a EnWG eintrete. Im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung sei die zweimalige 40-% Quotierung nach der StromNEV vorgegeben. Grundstücke seien nur mit ihren ursprünglichen Anschaffungskosten anzusetzen. Hinsichtlich des übernommenen Netzes seien für die kalkulatorischen Abschreibungen die historischen Anschaffungskosten maßgebend. Bei der Gewerbesteuer habe der Insichabzug nach dem eindeutigen Wortlaut des § 8 S. 2 StromNEV so zu erfolgen, dass die Gewerbesteuer bei der Ermittlung ihrer Bemessungsgrundlage als Betriebsausgabe abzuziehen sei. Die Auflage sei rechtlich geboten und angemessen. Mitzuteilen seien nur wesentliche Änderungen. 9

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 teilweise begründet. 12

I. Die Beschwerde ist zulässig. Der angegriffene Bescheid regelt den Kalkulationszeitraum 01.01. – 31.12.2007 und ist mit diesem Inhalt in der Beschwerdeinstanz angefallen. Gegen das Begehren auf Genehmigung eines höheren Entgelts bestehen auch insoweit keine Bedenken, als der Kalkulationszeitraum teilweise abgelaufen ist (s. Senat, Beschluss vom 13

09.05.2007, VI-3 Kart 289/06 m.w.N.). Ebenso wenig bestehen Bedenken, den Beschwerdeantrag auf eine Verpflichtung zur Neubescheidung zu richten, weil es an der Spruchreife zur Entgelthöhe fehlt.

II. Zu den gerügten Kürzungen 14

1. Plankosten 15

a) Zu Unrecht rügt die Antragstellerin die Kürzung von Aufwendungen an vorgelagerte Netzbetreiber. 16

Die Antragsgegnerin hat die Kürzung im angefochtenen Bescheid (Anlage Bf 2) nicht näher begründet, dies jedoch in der Beschwerdeerwiderung nachgeholt (Seiten 3, 4 = GA 47/48). Sie hat erläutert, dass die Kosten des vorgelagerten Netzes aufgrund eines Entgeltgenehmigungsbescheides niedriger festgesetzt worden seien. Das Ergebnis jenes Entgeltgenehmigungsverfahrens könne berücksichtigt werden, weil § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV auch zuungunsten eines Netzbetreibers eingreifen könne. Dem ist zuzustimmen. Die Ermittlung der Kosten für vorgelagerte Netze erfolgt gemäß § 3 Abs. 1 S. 5, 1. HS. StromNEV grundsätzlich auf der Basis der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres (hier: 2004). Daneben können nach § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr auch dann von der Regulierungsbehörde berücksichtigt werden, wenn sie zu einer Absenkung der Kosten (und damit des Netzentgeltes) führen. Das Wort "können" eröffnet dem Netzbetreiber kein einseitiges Wahlrecht, sondern drückt nur die rechtliche Möglichkeit einer Berücksichtigung aus. Dabei unterscheidet die Vorschrift nicht zwischen Vor- und Nachteilen des Netzbetreibers. Fehl geht der Einwand der Antragstellerin, es lägen keine "gesicherten Erkenntnisse" vor, weil der vorgelagerte Netzbetreiber ausweislich seiner Homepage (Stand März 2007) vermutlich inzwischen höhere Entgelte beantragt habe. Zum einen dürfte ein solcher Antrag die hier nicht maßgebliche Kalkulationsperiode 2008 betreffen. Zum anderen genügt für die Annahme gesicherter Erkenntnisse grundsätzlich, dass der Netzentgeltbescheid gegenüber dem vorgelagerten Netzbetreiber erlassen worden ist. In der Regel darf angenommen werden, dass ein solcher Bescheid ohne gesicherte Tatsachengrundlage nicht ergangen wäre. 17

b) Die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerin habe voraussichtliche Aufwendungen für die dezentrale Stromeinspeisung nicht anerkannt. Sie habe den Begriff der "gesicherten Erkenntnisse" zu eng ausgelegt, indem sie eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" gefordert habe. Für die zutreffende Auslegung sei die Methode der Vorkalkulation von Preisen gemäß Nr. 5 Abs. 1 der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) heranzuziehen. Danach genüge die bloße Voraussehbarkeit der Kosten (vgl. Nr. 7 I a LSP). 18

Die Rüge der Antragstellerin ist nicht berechtigt. Eine bloße Vorhersehbarkeit von Kosten reicht für ihre Anerkennung im Planjahr nicht aus. Ein so geringes Maß an Wahrscheinlichkeit ist mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV nicht zu vereinbaren, wonach ausdrücklich "gesicherte Erkenntnisse" gefordert werden. Der Hinweis der Antragstellerin auf die LSP geht fehl. Soweit § 3 Abs. 1 S. 6 StromNEV eine Bezugnahme auf die LSP enthält, gilt diese ausdrücklich nur, soweit in der StromNEV "keine besonderen Regelungen" getroffen worden sind. Eine "besondere Regelung" über das Wahrscheinlichkeitsmaß von Plankosten enthält aber § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV. Die von der Antragsgegnerin angezogene Historie der StromNEV bestätigt dieses Verständnis. Nach der von der Bundesregierung beschlossenen Stromnetzentgeltverordnung sollte die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte ohne Ausnahme auf der Basis der Daten des letzten 19

abgeschlossenen Geschäftsjahres erfolgen (BR-Drs. 245/05, S. 4). Erst auf Vorschlag des Bundesrates wurde die Möglichkeit eröffnet, "gesicherte Erkenntnisse" über das Planjahr zu berücksichtigen (BR-Drs. 245/1/05, S. 5). Danach war es erkennbar nicht Anliegen des Bundesrates, den weiten Maßstab "voraussehbarer Änderungen" (Nr. 5 Abs. 1 LSP) einzuführen, zumal gleichfalls auf Vorschlag des Bundesrates in § 3 Abs. 1 S. 6 StromNEV die ergänzende Anwendung der LSP eingefügt worden ist. Wenn es auch im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV auf den Maßstab der bloßen Voraussehbarkeit hätte ankommen sollen, hätte eine entsprechende Bezugnahme auf Nr. 5 LSP nahe gelegen.

Andererseits ist der von der Antragsgegnerin angezogene Maßstab der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" zu streng. Auch dieser lässt sich mit "gesicherten Erkenntnissen" nicht deckungsgleich in Einklang bringen. Zutreffend erscheint ein vermittelnder Maßstab dahin, dass "gesicherte Erkenntnisse" im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV bestimmte Tatsachen erfordern, die eine große Wahrscheinlichkeit für Grund und Höhe der Kosten in der Kalkulationsperiode ergeben. Solche Tatsachen hat die Antragstellerin nicht aufgezeigt. 20

2. Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin die Kürzung von Aufwendungen für die Beschaffung von Verlustenergie. 21

a) Die Antragstellerin moniert in erster Linie, dass die Antragsgegnerin anstelle der höheren Bezugspreise des Kalenderjahres 2005 diejenigen des Kalenderjahres 2004 zugrunde gelegt habe, und dies auch nur auf der Basis einer Vergleichserhebung der Bundesnetzagentur. Indes ist das Vorgehen der Antragsgegnerin im Ergebnis nicht zu beanstanden. 22

Die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie können nach § 10 Abs. 1 StromNEV in Ansatz gebracht werden. Ausdrücklich bestimmt § 10 Abs. 1 S. 2 StromNEV, dass sich die Kostenposition aus den tatsächlichen Kosten der Beschaffung der entsprechenden Verlustenergie im abgelaufenen Kalenderjahr ergibt. Diese klare Anweisung gilt für den Antrag und für die Entscheidung der Regulierungsbehörde. Da die Antragstellerin ihren Antrag am 31.10.2005 eingereicht hat, ist somit die Kostensituation des Kalenderjahres 2004 ausschlaggebend. Der allgemeine Grundsatz, wonach bei Genehmigungen auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung abzustellen ist, erfährt durch die abschnitts- und periodenweise Betrachtung der StromNEV eine Ausnahme. Eine "spitze" Kostenbetrachtung mit "optimierter Genauigkeit" liegt der Verordnung nicht zugrunde. 23

Die höheren Beschaffungswerte des Jahres 2005 sind nicht als gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr 2007 in Ansatz zu bringen. § 10 Abs. 1 StromNEV stellt gegenüber § 3 Abs. 1 S. 5 StromNEV eine Spezialnorm dar, ohne eine Ausnahme wie in § 3 Abs. 1 S. 5, 2. HS. StromNEV zu enthalten. Das erlaubt nur den Schluss, dass die Ausnahme vom Verordnungsgeber in § 10 StromNEV nicht beabsichtigt war (vgl. Senat, Beschl. v. 21.07.2006, VI – 3 Kart 289/06 (V); a. A. OLG Naumburg, Beschl. v. 16.04.2007, 1 W 25/06 EnWG). Für die gegenteilige Annahme gibt es keine durchgreifenden Anhaltspunkte. In ihrem Schriftsatz vom 15.05.2007 (GA 86) argumentiert die Antragstellerin, dass die Beschaffungskosten des Jahres 2005 bei dieser Betrachtung überhaupt nicht in einem Netzentgeltantrag angesetzt werden könnten. Denn wenn jetzt – in 2007 – ein Antrag gestellt werden würde, dann würde die Kostensituation des Jahres Kalenderjahres 2006 maßgeblich sein. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin es in der Hand hatte, im Jahr 2006 einen Antrag zu stellen, woraufhin die Kostensituation des Kalenderjahres 2005 maßgeblich gewesen wäre. Dass sie hiervon absah, ist ihrer freien unternehmerischen Entscheidung zuzuschreiben. 24

Das weitere Argument der Antragstellerin, die StromNEV enthalte den Grundsatz, dass gestiegene Kosten unmittelbar berücksichtigt werden können, trifft nicht zu. Ein solcher allgemeiner Grundsatz existiert in der StromNEV nicht. Im Gegenteil. § 3 Abs. 1 S. 5, 2 HS. StromNEV stellt mit dem Maßstab der "gesicherten Erkenntnisse" bewusst hohe Anforderungen an die Berücksichtigung aktueller Kosten, und die speziellen Vorschriften der §§ 10, 5 Abs. 3 StromNEV lassen diese Ausnahmemöglichkeit sogar vollständig außer Betracht. Dass durch die Nichtberücksichtigung aktueller Kosten beim Netzbetreiber Zinsverluste eintreten können, die Zwischenfinanzierungen mit zusätzlichen Kosten für die Netznutzer hervorrufen können, sind mittelbare Wirkungen, die der Ordnungsgeber nicht übersehen hat und die es nicht erlauben, die StromNEV entgegen ihrem Wortlaut auszulegen. Ohnehin stehen den Zinsverlusten der Netzbetreiber, die später die Netzentgelte erhöhen, vorausgegangene Zinsgewinne der Netznutzer bzw. deren verbesserte Liquidität gegenüber.

b) Die Antragstellerin bestreitet den von der Antragsgegnerin für das Kalenderjahr 2004 angenommenen und ihrer Genehmigung zugrunde gelegten (niedrigeren) Grundpreis für die Beschaffung von Verlustenergie. Diesen Wert zieht die Antragsgegnerin heran, weil es sich nach ihrer Ansicht um den Betrag handelt, den ein gerade noch effizienter Verlustenergiebeschaffer im Kalenderjahr 2004 aufzuwenden hatte. Dies wiederum habe ein von der Bundesnetzagentur durchgeführter bundesweiter Vergleich ergeben. Die Antragstellerin rügt, dass die Antragsgegnerin nicht mitgeteilt habe, auf welcher Datengrundlage der Wert ermittelt worden sei. Der Wert sei zudem unangemessen und für ihr Unternehmen nicht aussagekräftig. Damit könne die Antragsgegnerin den Nachweis einer nicht effizienten Beschaffung nicht führen. Zumindest seien die beantragten Beschaffungskosten des Jahres 2004 anzusetzen. 26

Dem folgt der Senat nicht. Die Antragstellerin verkennt ihre Darlegungslast. Wenn die Antragsgegnerin einen von der Bundesnetzagentur ermittelten Vergleichsdurchschnittswert für die Beschaffung von Verlustenergie 2004 herangezogen hat, so besagt dies nur, dass sie diesen Wert im Rahmen ihres Aufgreifermessens zum Anlass für eine nähere Prüfung genommen hat. Auf ihre Nachfrage hatte die Antragstellerin ihre Effizienz bei der Beschaffung von Verlustenergie 2004 vollständig und im Einzelnen nachvollziehbar darzulegen. Dazu gehörte auch die Mitteilung, wo sie die Verlustenergie beschaffte und was sie unternommen hat, um einen möglichst effizienten Kaufspreis zu erzielen. Die Antragsgegnerin hat solche Darlegungen zuletzt in ihrer Beschwerdeerwiderung angemahnt. Auch auf den Hinweis des Senats im Verhandlungstermin hat die Antragstellerin ihren Vortrag nicht ergänzt. In dieser Lage ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin den ihr vorliegenden Durchschnittswert angesetzt hat. Zu eigenen Nachermittlungen war sie nicht verpflichtet. Es war Sache der Antragstellerin, die von ihr behaupteten höheren Beschaffungskosten auch in Bezug auf das Effizienzgebot darzulegen und zu belegen. 27

3. Kalkulatorische Abschreibungen 28

a) Gegen die Berechnung der Tagesneuwerte erhebt die Antragstellerin keine Einwendungen mehr. Zu Recht rügt sie jedoch, dass die Antragsgegnerin den sog. letzten Jahresring (Abschreibungen von Wirtschaftsgütern, die im Jahr 2004 letztmalig abgeschrieben werden) nicht anerkannt habe. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kommt es bei einer Anerkennung des letzten Jahresrings 2004 nicht zu einer unzulässigen Doppelabschreibung. Die letzte Abschreibung erfolgt nur im Geschäftsjahr 2004. Zwar ist richtig, dass mit der Anerkennung des letzten Jahresrings die Abschreibung für das letzte Jahr (hier: 2004) zweimal "preiswirksam" wird: in 2004 bei den Tarifentgelten nach der BTOElt und in 2007 bei 29

den Netzentgelten nach § 23 a EnWG. Dies ist jedoch nur eine systembedingte Folge der periodenmäßigen Betrachtung, bei welcher für die Netzentgelte der Kalkulationsperiode 2007 wegen der Einreichung des Genehmigungsantrags im Jahr 2005 das Geschäftsjahr 2004 als kalkulatorisch maßgebendes Basisjahr herangezogen wird. Eine ungerechtfertigte "doppelte" Berücksichtigung findet nicht statt. Ebenso wenig wird das Anlagegut entgegen § 6 Abs. 6 S. 6 StromNEV unter Null abgeschrieben. Die Abschreibung endet im Geschäftsjahr 2004 mit dem Restwert Null, so wie es in § 6 Abs. 6 S. 1 StromNEV vorgesehen ist. Dies wird auch bei der Berechnung der Restwerte für die Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer zu berücksichtigen sein.

b) Die Antragstellerin hat am 30.06.1988 ein Mittelspannungsnetz sowie Niederspannungsanlagen erworben. Sie meint, dass der damals gezahlte Kaufpreis für die Abschreibungen anzusetzen sei. Der Kaufpreis sei sachgerecht ermittelt worden. Kartellbehörden und die für die Strompreisgenehmigung zuständigen Energieaufsichtsbehörden hätten ihn nicht beanstandet. Sie habe darauf vertrauen dürfen, die Investitionen über entsprechende Entgelte refinanzieren zu können. Zumindest sei ihre Hilfsberechnung der ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzuerkennen (Schreiben vom 28.03.2006, Anlage Bf 8, S. 2). Zu Unrecht habe die Antragsgegnerin einen pauschalen Abschlag von 10 % vorgenommen.

30

Die Rügen greifen nur teilweise durch.

31

aa) Keinen Erfolg hat die Antragstellerin mit ihrem Begehren, den für das Netz gezahlten Kaufpreis anzusetzen. Sie hat im Beschwerdeverfahren klargestellt, dass der Kaufpreis für die übernommenen Stromversorgungsanlagen vollständig fremdfinanziert worden ist (S. 16 des Schriftsatzes vom 15.05.2006). Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 StromNEV sind somit die "historischen Anschaffungskosten" anzusetzen. Historische Anschaffungskosten sind die "im Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Kosten", also die ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten und nicht ein später gezahlter Kaufpreis. § 6 Abs. 6 StromNEV bestätigt dieses Verständnis. Danach beträgt der kalkulatorische Restwert eines Anlagegutes nach Ablauf des ursprünglich angesetzten Abschreibungszeitraums Null; eine Abschreibung unter Null erfolgt nicht. Aus den Übergangsregelungen in § 118 Abs. 1 b EnWG und § 32 StromNEV ergibt sich ferner, dass der Gesetz- und Ordnungsgeber von der Anwendbarkeit der neuen Kalkulationsvorgaben auch bei noch laufender Abschreibung von Anlagegütern ausgegangen ist. § 6 Abs. 6 StromNEV gilt somit auch im vorliegenden Fall. Soweit die Antragstellerin darauf verweist (S. 15 des Schriftsatzes vom 15.05.2007, GA 97), dass nach der Übergangsregelung des § 32 Abs. 3 S. 1 StromNEV *die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für den eigenfinanzierten Anteil auf Tagesneuwertbasis nach § 6 Abs. 3, für den fremdfinanzierten Anteil anschaffungsorientiert zu bestimmen und anlagenscharf zu dokumentieren seien*, woraus sich ableiten lasse, dass der fremdfinanzierte Anteil zumindest nicht mit den Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der Errichtung im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StromNEV zu bewerten sei, überzeugt das nicht. Der wenig präzise Begriff "anschaffungsorientiert" ist nicht geeignet, der klaren Definition des § 6 Abs. 2 Nr. 2 StromNEV einen anderen Sinn beizumessen. Ein besonderes Investitionsvertrauen genießt die Antragstellerin nicht. Das öffentliche Allgemeininteresse an einer effektiv wirkenden Regulierung überwiegt ihr privates Anlageinteresse. Sie mag die Folgen der Energierechtsreform als "plötzlich" empfinden. Dessen ungeachtet war und ist mit solchen dem Gemeinwohl dienenden regulativen Maßnahmen des Staates stets zu rechnen. Der öffentlichen Hand muss insoweit ein effektiver Spielraum eingeräumt bleiben. Dass hierdurch der wirksame Wettbewerb um Netzgebiete beeinträchtigt wird, ist nicht ersichtlich. Die in Rede stehende Auslegung der

32

StromNEV trifft alle Netzbetreiber gleich.

bb) Zu Recht wendet sich die Antragstellerin jedoch dagegen, dass die Antragsgegnerin die nach einem KMPG – Gutachten rückindizierten Ansätze pauschal um 10 % gekürzt hat. 33

Die Antragstellerin hatte der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass ihr eine Ermittlung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht möglich sei. Die Antragsgegnerin hat daraufhin mehrere Hilfsverfahren vorgeschlagen, darunter die sog. Rückindizierung entsprechend § 6 Abs. 3 S. 3 StromNEV. Dies aufgreifend hat die Antragstellerin eine privatgutachterliche Rückindizierung vorgelegt. Die Antragsgegnerin hat diese Rückindizierung akzeptiert, dann jedoch pauschal um 10 % gekürzt. Für diesen Abschlag ist eine rechtliche Grundlage nicht ersichtlich. Nachdem die Antragsgegnerin die Rückindizierung als aussagekräftige Hilfsmethode anerkannt hatte und gegen die vorgelegte gutachtliche Rückindizierung keine Einwände erhoben hat, blieb für eine pauschale Kürzung kein Raum. Etwaige Wertabschläge hätte die Antragsgegnerin konkret und nachvollziehbar begründen müssen. Das hat sie nicht getan. Auf Seite 8 des Bescheids verweist sie nur cursorisch darauf, dass vorsorglich ein Abschlag vorgenommen worden sei, der dem Maß der Unsicherheit über die ursprünglichen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angemessen Rechnung trage. In der Beschwerdeerwiderung meint sie ergänzend, dass bei der Ermittlung der Tagesneuwerte, die der Rückindizierung zugrunde liegen, eine "systembedingte Tendenz zur Höherbewertung" bestehe. Auch dies genügt nicht. 34

4. Eigenkapitalverzinsung 35

Zu Recht beanstandet die Antragstellerin den Ansatz der Grundstücke, zu Unrecht hingegen die zweimalige 40 %-Quotierung bei der Ermittlung des verzinsbaren Eigenkapitals. 36

a) Zu Recht macht die Antragstellerin geltend, dass die Grundstücke im Rahmen des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StromNEV mit ihren Tagesneuwerten anzusetzen sind. In § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 3 StromNEV ist das "Sachanlagevermögen" als Bestandteil der Verzinsungsbasis aufgeführt. Zu den "Sachanlagen" zählen nach § 266 Abs. 2 A II Nr. 1 HGB auch Grundstücke (Grund und Boden). Vorliegend geht es um Grundstücke, die vor dem 01.01.2006 angeschafft worden sind, also um "Altanlagen" im Sinne der StromNEV (s. § 6 Abs. 1 S. 3 StromNEV). Bei ihnen unterscheidet § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 StromNEV, nicht zwischen abnutzbaren und nicht abnutzbaren Anlagen. Die (nicht abnutzbaren) Grundstücke fallen also darunter. Auch können Grundstücke "kalkulatorische Restwerte" im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 StromNEV bilden, z. B. als Folge einer außerordentlichen Abschreibung (Teilwertabschreibung). Somit erfüllen Grundstücke sämtliche Tatbestandsmerkmale gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 StromNEV. Die gegen den Ansatz der Tagesneuwerte vorgebrachte Schlussfolgerung der Antragsgegnerin, die Eigenkapitalverzinsung auf der Basis von Tagesneuwerten diene nur der Nettosubstanzerhaltung, Grundstücke unterlägen aber keiner Abnutzung und seien mithin nicht wiederzubeschaffen, also auch nicht mit den Tagesneuwerten zu verzinsen, überzeugt nicht. Der Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StromNEV ist im o. a. Sinne eindeutig. Für eine Auslegung, dass Grundstücke immer mit den Anschaffungskosten anzusetzen sind, besteht weder Bedarf noch Raum. Wenn der Verordnungsgeber bei Grundstücken abweichend vom übrigen Altanlagevermögen nur die Anschaffungskosten hätte verzinsen wollen, hätte er dies klar und deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Das von der Antragsgegnerin angezogene Prinzip der Nettosubstanzerhaltung wird von der StromNEV auch sonst nicht ausnahmslos eingehalten. Zudem erscheint die Verzinsung zu Tagesneuwerten hinnehmbar, da sie nur für "betriebsnotwendige" Grundstücke gilt. 37

b) Die Kritik der Antragstellerin an der zweimaligen 40 %-Quotierung des Eigenkapitals ist unbegründet. Nach erneuter Prüfung bleibt der Senat bei seiner Ansicht, die er in seinem den Beteiligten bekannten Beschluss vom 09.05.2007 (VI – 3 Kart 289/06) dargelegt hat. Das Beschwerdevorbringen bringt keine neuen durchgreifenden Argumente.

c) In der mündlichen Verhandlung vom 30.05.2007 hat die Antragstellerin – insoweit nicht protokolliert - die Begrenzung des Zinssatzes für das nach § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV übersteigende Eigenkapital auf 4,8 % moniert. Die Rüge bleibt ohne Erfolg. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV 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 StromNEV gemeint. Eine Obergrenze findet diese Verzinsung entsprechend § 5 Abs. 2, 2. HS. StromNEV jedoch dahin, dass die Zinsen höchstens in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen sind. Um die Ermittlung der Obergrenze zu vereinfachen, hat der Verordnungsgeber in der Verordnungsbegründung (BR-Drs 245/05, S. 33) zu § 5 Abs. 2 StromNEV eine Auslegungsregel bereit gestellt, wonach als kapitalmarktüblicher Zinssatz der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten angesehen werden kann. Dieser beträgt 4,8 %. Von dieser Vereinfachungsregel hat die Antragsgegnerin in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht (s. Anlage 3 des Bescheids).

5. Gewerbesteuer 40

a) Die Rüge der Antragstellerin greift durch, soweit der Ansatz der Grundstücke nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StromNEV zu den Tagesneuwerten zu einer höheren Eigenkapitalverzinsung führt und damit zu einer höheren Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer. 41

b) Nicht berechtigt ist jedoch die Kritik, dass die von der Antragsgegnerin angewandte Steuerformel für die Ermittlung der Gewerbesteuer zu falschen Ergebnissen führe. Die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin habe bei der Berechnung die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer von sich selbst zu Unrecht zweimal berücksichtigt. Schon die Multiplikation der Bemessungsgrundlage mit dem Gewerbesteuermessbetrag und dem Hebesatz stelle die Gewerbesteuer zutreffend dar. Dies ergebe sich aus der Begründung zu § 8 StromNEV (BR-Drs. 245/05, S. 36). Dem ist nicht zu folgen. Der Senat hat hierzu im Beschluss vom 09.05.2007 (VI-3 Kart 289/06) ausgeführt: 42

Zu Unrecht rügt die Antragstellerin die Berechnungsweise der Antragsgegnerin. Sie meint, die Gewerbesteuer dürfe die Eigenkapitalverzinsung nicht mindern und verweist hierzu auf die Begründung zu § 8 StromNEV (BR-Drucksache 245/05 zu § 8 StromNEV, kalkulatorische Steuern, S. 36, Anlage AS 3), wo es heißt: 43

"Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung stellt die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuern und vor Körperschaftssteuer dar." 44

Richtigerweise sei danach die Eigenkapitalverzinsung um den Gewersteuerbetrag zu erhöhen und erst ausgehend von diesem erhöhten Betrag die Gewerbesteuer abzuziehen. Dem ist nicht zu folgen. Das Zitat aus der Regierungsbegründung besagt nicht, dass die Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer zu erhöhen ist. Der unmittelbar nachfolgende Satz lautet: 45

"Die dem Netzbetrieb sachlich zuzurechnende Gewerbesteuer ist deshalb als kalkulatorische Kostenposition anzuerkennen."

Daraus folgt: Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV soll nach der 47 Vorstellung des Verordnungsgebers die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuern darstellen, jedoch nur mit der Maßgabe, dass die dem Netzbetrieb sachlich zuzurechnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition schlechthin anzuerkennen ist, nicht aber, dass dies im Wege der vorherigen Erhöhung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer zu geschehen hätte. Die Formel der Antragsgegnerin ... und deren Anwendung setzen die Vorgaben des § 8 StromNEV daher zutreffend um. Nach § 8 S. 1 StromNEV kann die Eigenkapitalverzinsung (§ 7 StromNEV) als geeignete Bemessungsgrundlage für die im Ergebnis anzusetzende kalkulatorische Gewerbesteuer herangezogen werden; denn sie realisiert die "sachgerechte Zuordnung der Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition" im Sinne des § 8 S. 1 StromNEV (vgl. hierzu Schalle/Boos, ZNER 2006, 20, 23/24). Ausgehend von der anerkannten Eigenkapitalverzinsung ist sodann – ohne vorherige Erhöhung um einen Gewersteuerbetrag - nach § 8 S. 2 StromNEV der Abzug der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst zu berücksichtigen...

Dabei bleibt der Senat auch nach erneuter Prüfung, das heißt: Weder ist davon auszugehen, 48
dass bei Zugrundelegung der anerkannten Eigenkapitalverzinsung als Bemessungsgrundlage
diese zunächst um die Gewerbesteuer zu erhöhen und dann der Insichabzug nach § 8 S. 2
StromNEV vorzunehmen ist, noch davon, dass bei Absehen von einer vorherigen Erhöhung
der Eigenkapitalverzinsung um den Gewersteuerbetrag der Insichabzug nach § 8 S. 2
StromNEV zu unterbleiben hat.

Dass die Antragsgegnerin entgegen der Rechtsprechung des Senats (a.a.O.) 49
Hinzurechnungen nach dem GewStG berücksichtigt hat, ist für die Beschwerdeentscheidung
nicht relevant.

6. Mit Schriftsatz vom 25.05.2007 begründet die Antragsgegnerin alle Kürzungen des 50
Bescheids "vorsorglich" damit, dass bei der Ermittlung der kalkulatorischen
Eigenkapitalverzinsung die Ansätze der Forderungen und des Kassenbestandes zu
reduzieren seien. Dieses Vorbringen kann in der Beschwerdeinstanz keine Berücksichtigung
finden. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist der angefochtene
Genehmigungsbescheid, wie er aufgrund des vorausgegangenen Genehmigungsverfahrens
Gestalt erhalten hat. Diesen Beschwerdegegenstand ändert die Antragsgegnerin in einem
wesentlichen Teil, wenn sie erst im Beschwerdeverfahren einen völlig neuen Prüfpunkt
einführt und insoweit ihr Aufgreifermessens erstmals betätigt. Dies geht über das zulässige
bloße Ergänzen von Begründungen weit hinaus.

III. Auflage 51

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin aufgegeben, ihr wesentliche Änderungen der 52
Kosten- und Erlöslage, die für die Entgeltberechnung relevant sind, unverzüglich anzuzeigen.
Die Antragstellerin meint, die Auflage sei nicht erforderlich, weil die Genehmigung bis zum
31.12.2007 befristet sei, weshalb sie ohnehin zum 30.06.2007 zur Stellung eines
Netzentgeltantrages verpflichtet sei (§ 23 a Abs. 3 S. 1 EnWG). Gegen die Erforderlichkeit
der Auflage für den dann noch verbleibenden Zeitraum 01.01.2007 – 30.06.2007 spreche,
dass Änderungen der Kosten- und Erlöslage in diesem Zeitraum im Ergebnis keine
Auswirkungen auf die Höhe der genehmigten Netzentgelte haben dürften. Die
Antragsgegnerin gehe bei der Anwendung des § 3 Abs. 1 S. 5 StromNEV von einer strikten

Maßgeblichkeit der Kosten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres (2004) zum Zeitpunkt der Antragstellung aus. Auch den Ansatz von "gesicherten Erkenntnissen" verweigere sie weitgehend. Dann aber sei es inkonsequent, die Änderung von Kosten während des nur kurzen Genehmigungszeitraums zu Lasten der Antragstellerin berücksichtigen zu wollen.

Die Kritik der Antragstellerin überzeugt nicht. Mit Recht verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die Entgeltgenehmigung Dauerwirkung habe und ihre Voraussetzungen während der Laufzeit überprüft werden müssen. Hierzu schafft die Auflage die erforderlichen Informationen. Wie umfangreich und ergiebig diese sein werden, bleibt abzuwarten und hängt nicht davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie von der Antragsgegnerin berücksichtigt werden. Die angegriffene Auflage ist nicht zu unbestimmt. Sie definiert, was unter "wesentlichen Änderungen" zu verstehen ist. Die Antragstellerin meint, die Auflage sei unverhältnismäßig, weil sie die Mitteilung jeder Änderung verlange, die die Höhe der genehmigten Entgelte berühre. Die Auflage greife selbst bei Änderungen, die nur eine "verschwindend geringe Auswirkung" auf die Höhe der genehmigten Entgelte hätten. Auch dieser Einwand bleibt ohne Erfolg. Denn es muss dem Ermessen der Antragsgegnerin überlassen bleiben, ab welcher Entgeltveränderung sie von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen will. 53

IV. Vorbehalt einer späteren Mehrerlösverrechnung 54

Insoweit ist die Beschwerde unzulässig. Die Antragstellerin ist durch die in den Gründen des Bescheids niedergelegte Erklärung, dass die Antragsgegnerin sich vorbehalte, zu Unrecht erzielte Mehrerlöse in nachfolgenden Kalkulationsperioden kostenmindernd oder in einem gesonderten Verfahren zu berücksichtigen, nicht beschwert. Die Antragsgegnerin hat ausdrücklich von einer Tenorierung zur Mehrerlösabschöpfung abgesehen. Ein Regelungswille ist der bloßen Mitteilung in den Bescheidgründen nicht zu entnehmen. 55

C) 56

Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 S. 2 EnWG. Der Senat hält es für angemessen, die Kosten zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin aufzuheben. 57

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 50 GKG i.V.m. § 3 ZPO. 58

Der Senat schätzt das für die Wertfestsetzung maßgebliche Interesse der Beschwerdeführerin, das sich an der Höhe der durch die Kürzung entgehenden Entgelte bemisst, auf 300.000 Euro. 59

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 86 Abs. 2 Nr. 1, 2 EnWG. 60

Rechtsmittelbelehrung: 61

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. 62

Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, sowie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Rechtsbeschwerde stützt. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung der Beschwerdeführerin müssten durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

63