
Datum: 24.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 8/07 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:1024.VI3KART8.07V.00

Leitsätze:

§§ 23a , 66 Abs. 2 Nr. 3, 79 Abs. 1 Nr. 3, 83 Abs. 1 Satz 4 EnWG,
§ 4 GasNEV, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, § 43 Abs. 2 VwVfG

1. Die Anfechtungsbeschwerde gegen eine Netzentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG ist nur dann zulässig, wenn der am Entgeltgenehmigungsverfahren der Regulierungsbehörde beteiligte Anfechtende durch die angefochtene Entscheidung auch materiell beschwert ist. An einer materiellen Beschwer fehlt es dem Netznutzer, weil die Netzentgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG weder in eine rechtlich geschützte Position des Netznutzers eingreift noch zu unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteilen für ihn führt, denn es handelt sich um eine Höchstpreisgenehmigung, die der zivilrechtlichen Umsetzung bedarf und nicht dem Schutze des einzelnen Netznutzers dient.

2. Die Netzkosten und ihre Bestandteile – und damit auch die Eigenkapitalverzinsung - stehen gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, § 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GasNEV ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen. Kommt es nicht schon hier zu einer Kappung der Eigenkapitalverzinsung, ist zu prüfen, ob entgegen dem Gebot des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG bei dem ermittelten Eigenkapital solche Kostenbestandteile Berücksichtigung gefunden haben, die bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht in Ansatz gebracht worden wären.

3. § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG legt der Regulierungsbehörde keine uneingeschränkte Nachweispflicht dahin auf, dass im Falle einer wettbewerblichen Steuerung des Netzbetreibers einzelne Kosten und Kostenbestandteile nicht angefallen wären. Ausreichend, aber auch erforderlich ist es, wenn eine hinreichende, empirisch belegbare Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein konkreter Kostenbestandteil atypisch für wirtschaftliches Verhalten im Wettbewerb und von daher monopolistisch begründet ist.

4. Wird die Regulierungsbehörde zu einer Neubescheidung verpflichtet, so ist sie im Rahmen dieser an einer „Verböserung“ anderer nicht angegriffener Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht gehindert.

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird die Beschwerdegegnerin unter Aufhebung der Ziffer 1 des Beschlusses der 9. Beschlusskammer vom 19. Dezember 2006 – BK9-06/228 - verpflichtet, über den Antrag der Antragstellerin auf Genehmigung von Netzentgelten vom 30. Januar 2006 für den Zeitraum 20. Dezember 2006 bis 31. März unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden. Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde des beigeladenen Verbands gegen den Beschluss der 9. Beschlusskammer vom 19. Dezember 2006 - BK9-06/228 - wird als unzulässig verworfen.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens und den notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur haben der beigeladene Verband 7 %, die Antragstellerin 62 % und die Bundesnetzagentur selbst 31 % zu tragen. Der beigeladene Verband hat seine notwendigen Auslagen selbst zu tragen, von den notwendigen Auslagen der Antragstellerin hat diese selbst 2/3 und die Bundesnetzagentur 1/3 zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 840.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

- A. 2
- Die Beschwerdeführerin zu 1) ist die nach dem Pacht- und Dienstleistungsmodell rechtlich entflochtene Netzbetriebsgesellschaft des Konzerns S. U./N. U.. Ihre Geschäftsanteile werden mittelbar zu 100 % von der S. S. U./N. U. GmbH gehalten. Deren Geschäftsanteile wiederum werden von den Städten U. (B.-W.) und N. U. (B.) gehalten. Von der Netzeigentümerin, der S. E. GmbH, hat die Beschwerdeführerin zu 1) das Gasversorgungsnetz zum Betrieb gepachtet. 3
- Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 hat die Beschwerdeführerin zu 1) bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Genehmigung ihrer Entgelte für den Gasnetzzugang gemäß § 23 a EnWG gestellt. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2006 genehmigte die Bundesnetzagentur die Netzentgelte, wobei sie lediglich ... € der von der Antragstellerin zugrundegelegten Netzkosten anerkannte, was einer Kürzung um rd. 21,2 % entspricht. Den weitergehenden Antrag hat sie abgelehnt. Die mit Zustellung des Beschlusses wirksam werdende Genehmigung hat sie bis zum 31. März 2008 befristet und unter den Vorbehalt des Widerrufs gestellt. Zusätzlich hat sie der Antragstellerin aufgegeben, ihr unverzüglich die für ihr Netz geltenden Ausspeiseentgelte inklusive gewälzter Kosten und/oder gewälzter Entgelte anzuzeigen und die Berechnung der Kosten-/Entgeltwälzung darzulegen (Ziffer 5) sowie ihre genehmigten Entgelte unverzüglich anzupassen, soweit der vorgelagerte Netzbetreiber im Genehmigungszeitraum seine Netzentgelte senkt (Ziffer 6). 4
- Hiergegen richten sich die Beschwerden der Netzbetreiberin – der Beschwerdeführerin zu 1) – und des zu ihrem Entgeltgenehmigungsverfahren beigeladenen B. N. E. – des Beschwerdeführers zu 2) -. 5
- Die Antragstellerin wendet sich dagegen, dass die Bundesnetzagentur bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung die Position "Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände" von ... € auf ... € gekürzt hat, sie das ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital nicht insgesamt der Verzinsung von 7,8 % zugeführt, sondern eine weitere Deckelung vorgenommen hat, sie für den die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals statt eines Zinssatzes von 6,5 % nur einen solchen von 4,8 % angesetzt hat, sie die kalkulatorischen Abschreibungen für "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Stahl kathodisch geschützt" von ... € auf ... € gekürzt hat und sie sowohl bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung als auch bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer des Netzbetreibers zu negativen Beträgen gelangt ist. Soweit sie zunächst auch die Auflage in Ziffer 6 des Bescheids und die Nichtberücksichtigung von Plankosten bei den Personalkosten angegriffen hat, hat sie insoweit ihre Beschwerde im Senatstermin vom 30. Mai 2007 zurückgenommen. 6
- Im Einzelnen: 7
1. 8
- Die Bundesnetzagentur habe bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung des Netzeigentümers die von ihr – der Antragstellerin – geltend gemachte Position "Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände" von ... € auf ... € gekürzt und dabei Art und Weise sowie die Rechtfertigung der Kürzung im Dunkeln gelassen. Zur Begründung habe sie lediglich ausgeführt, dass sie – die Antragstellerin – in ihrer Stellungnahme keine überzeugenden Gründe genannt habe, welche die Anerkennung 9

höherer Forderungsbestände rechtfertigen könnte. Das tatsächlich vorhandene Umlaufvermögen müsse bei richtiger Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV ohne weiteres in das betriebsnotwendige Eigenkapital einfließen, weil sich dieses ausdrücklich aus der Summe der dort ausgeführten Positionen, insbesondere den "Bilanzwerten des Umlaufvermögens" ergebe, zu denen der Forderungsbestand zähle. Im Übrigen handele es sich bei diesen Mitteln auch um zulässigerweise erworbenes Kapital des Netzbereichs, das durch einen behördlichen Federstrich nicht entwertet werden dürfe. Seine Nichtberücksichtigung verstoße gegen § 21 Abs. 2 EnWG, wonach das eingesetzte Kapital angemessen zu verzinsen sei. Selbst wenn die Bundesnetzagentur dem entgegen eine Prüfung des Forderungsbestands auf seine "Betriebsnotwendigkeit" oder "Effizienz" vornehmen dürfte, seien diese jedenfalls gegeben. Die beim Netzeigentümer angesiedelte Investitionstätigkeit laufe keineswegs so ab, dass die Geschäftsvorfälle gleichmäßig monatlich anfallen, so dass ausreichende liquide Mittel – sei es als Kassenbestand, sei es als Forderungsbestand – aus betriebswirtschaftlicher Sicht erforderlich seien. Dass es in den vergangenen Jahren zu einem solchen Aufbau des Forderungsbestandes gekommen sei, sei zwingende Folge der historisch bedingt vorhandenen Investitionszyklen. Gerade in den Jahren zwischen 1970 und 1980 seien erhöhte Investitionen mit der Folge vorgenommen worden, dass diese Anlagen nunmehr weitgehend abgeschrieben seien und in den nächsten Jahren zur Reinvestition anstünden. Da sie aus technischen Gründen erst in den nächsten Jahren ersetzt werden müssten, liege das Geld nun bereit, um in den nächsten Jahren dann für Ersatzinvestitionen genutzt zu werden. Diese Verhaltensweise komme ausschließlich den Netzkunden zugute, weil durch die weitere Nutzung keine Kosten aus kalkulatorischen Abschreibungen verursacht würden. Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens würde dem entgegen zu dem Ergebnis führen, dass ein Netzbetreiber, um effizient zu sein, bereits dann Ersatzinvestitionen durchführen müsste, wenn Anlagen zwar abgeschrieben, aber noch voll funktionsfähig seien.

2.

10

Die Bundesnetzagentur habe die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung entgegen den Vorgaben des § 7 Abs. 1 GasNEV reduziert, indem sie das ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital (BEK II) nicht insgesamt der Verzinsung von 7,8 % (EK-Zinssatz I) zugeführt, sondern eine weitere Deckelung vorgenommen habe. Sie habe das unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2 Gasnetzentgeltverordnung ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital (BEK II) zerlegt und nur einen Teil mit dem Eigenkapitalzinssatz I von 7,8 % verzinst, den anderen hingegen nur mit niedrigeren Eigenkapitalzinssatz von 4,8 % (EK-Zinssatz II). Jedenfalls sei im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV mangels anderweitiger Anhaltspunkte Nr. 43 der Leitsätze für die Preisermittlung von Selbstkosten (LSP) heranzuziehen, die gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 Stromnetzentgeltverordnung (wohl GasNEV) ergänzend gälten. In diesen sei für kalkulatorische Zinsen ein Zinssatz von 6,5 % festgesetzt worden, der in erster Linie geltend gemacht werde. Hilfsweise müsste der durch die Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank im September 2005 ermittelte 10jährige Durchschnittswert langfristiger Industrieanleihen herangezogen werden, so dass sich ein Zinssatz in Höhe von 5,5 % ergebe. Netzbetreiber seien typischerweise als Kapitalgesellschaft organisiert und daher nicht insolvenzfest, so dass nicht auf die Gruppe aller im Umlauf befindlichen festverzinslichen Inhaberschuldverschreibungen abgestellt werden könne, die durch staatliche und damit insolvenzfeste Emittenten geprägt sei.

11

3.

12

13

Die kalkulatorischen Abschreibungen für die Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Stahl kathodisch geschützt" habe die Bundesnetzagentur von ... € um ... € auf ... € gekürzt, ohne dies näher zu begründen. Sie habe in ihrem Bescheid lediglich abstrakt verschiedene Gründe angeführt, auf denen eine Kürzung der Abschreibungsbeträge beruhen könne. In Anbetracht dessen könne sie – die Antragstellerin – nur vorbringen, dass sie auch diese Abschreibungen nach den Vorgaben des § 6 GasNEV ermittelt habe.

4. 14

Angegriffen werde weiter, dass die Bundesnetzagentur durch die mechanische Anwendung ihres Rechenschemas zu einer negativen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei ihr als Pächterin gelangt sei. Dabei verkenne sie, dass nach der Systematik der Gasnetzentgeltverordnung die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung einen Gewinn des Netzbetreibers sicherstellen solle. Nichts anderes gelte für die kalkulatorische Gewerbesteuer des Netzbetreibers; auch sie dürfe keinen negativen Wert annehmen. Sie sei nach dem Wortlaut des § 8 Satz 1 GasNEV eine "Kostenposition" und damit kein kostenmindernder Erlös oder Ertrag, so dass sie auch nicht durch einen negativen Ansatz wie ein solcher wirken könne.

5. 16

Des Weiteren müsse die Bundesnetzagentur verpflichtet werden, bei der Neubescheidung die übrigen Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin gegenüber den dem Bescheid vom 19. Dezember 2006 zugrundeliegenden Kalkulationsansätzen und Berechnungsmethoden zu verändern. Diese Vorgabe sei geboten, um ihr – der Antragstellerin – die Früchte des Verfahrens zu sichern und so zu verhindern, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Neubescheidung andere Kürzungen vornehme.

Sie beantragt, 18

die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, unter Aufhebung ihres Bescheids vom 19.12.2006 – Geschäftszeichen BK9-06/228 – ihr eine Genehmigung für ihre Entgelte für den Gasnetzzugang nach § 23 a Abs. 1 EnWG für den Zeitraum 20.12.2006 bis 31.03.2008 nach den folgenden Maßgaben zu erteilen:

1. 20

Der Ansatz für Aufwendungen für überlassene Netzinfrastruktur ist nach den folgenden Maßgaben anzuerkennen: 21

a. 22

Bei dem Ansatz von Forderungen und sonstigen Vermögensgegenständen beim Netzeigentümer sind ... € anzuerkennen; 23

b. 24

das betriebsnotwendige Eigenkapital beim Netzeigentümer gemäß § 7 GasNEV (BEK II) ~~25~~ vollständig mit dem Zinssatz 7,8 % (EK-Zinssatz I) zu verzinsen;

c. 26

der Zinssatz für den die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals beim Netzeigentümer (EK-Zinssatz II) ist mit 6,5 % anzusetzen;	27
d.	28
für die Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Stahl kathodisch geschützt durchgehend eine Nutzungsdauer von 55 Jahren anzusetzen und demgemäß die Positionen kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer neu zu berechnen;	29
2.	30
die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers darf keinen negativen Wert annehmen;	31
3.	32
die kalkulatorische Gewerbesteuer des Netzbetreibers darf keinen negativen Wert annehmen;	33
4.	34
es dürfen die übrigen Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin gegenüber den dem Bescheid vom 19.12.2006 zu Grunde liegenden Kalkulationsansätzen und Berechnungsmethoden verändert werden;	35

Der beigeladene Verband - Beschwerdeführer zu 2) - führt zur Begründung seiner Beschwerde, die er zunächst als Verpflichtungsbeschwerde erhoben hat und nach seinem Vorbringen im Schriftsatz vom 22. Mai 2007 als Anfechtungsbeschwerde weiterverfolgt wissen will, aus: Seine Beschwerde sei zulässig und begründet. Die Beschwerde sei fristgerecht eingelegt und mit dem jetzt als Anfechtungsbeschwerde verfolgten Rechtsschutzbegehren statthaft. Das Recht zur Erhebung einer Anfechtungsbeschwerde stehe nach § 75 Abs. 2 EnWG allen am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu. Er sei durch die angefochtene Entscheidung auch formell und materiell beschwert und von daher beschwerdebefugt. Seine formelle Beschwer liege schon darin, dass er stets zum Ausdruck gebracht habe, dass er im Interesse einer Liberalisierung des Energiemarkts und einer Belebung des Wettbewerbs nur eine den strengen Kostenvorgaben der Netzentgeltverordnungen und des EnWG entsprechende Entgeltgenehmigung akzeptieren werde. Die Höhe der Netznutzungsentgelte sei für seine Mitgliedsunternehmen eine essentielle Voraussetzung für den Markteintritt. Soweit daneben eine materielle Beschwerde verlangt werde, bedürfe es hierfür nicht der Geltendmachung einer Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte. Vielmehr reiche bei einem Verband, der die Interessen seiner Mitglieder vertrete, deren Interessenbeeinträchtigung aus. Sinn und Zweck der Beiladungsvorschriften und das Gebot effektiven Rechtsschutzes geböten es, beigeladenen Verbänden eine Beschwerdemöglichkeit einzuräumen, jedenfalls dann, wenn – wie hier - die Beiladung des Verbandes auf verfahrensökonomische Aspekte und die Bündelung der Interessen seiner Mitglieder gestützt werde. Fehlgehe die Auffassung des Senats, an einer materiellen Beschwerde fehle es dem einzelnen Netznutzer schon deshalb, weil § 23 a EnWG – ebenso wie § 12 BTOElt – im Verhältnis zum Netznutzer keine unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung entfalte. Darauf komme es schon deshalb nicht an, weil die Entgeltgenehmigung gleichwohl dazu führe, dass die genehmigten Entgelte von den Mitgliedsunternehmen gefordert werden könnten. Dies gelte umso mehr, als die Entgeltgenehmigung nach der

Rechtsprechung des Senats sogar Rückwirkung entfalten und die Netznutzer verpflichtet sein sollten, der nachträglichen Einbeziehung von so gen. Nachzahlungsklauseln in ihre Lieferantenrahmenverträge zuzustimmen. Einer zivilgerichtlichen Überprüfung unterliege das Netzentgelt nicht, weil die Entgeltgenehmigung Tatbestandswirkung dergestalt entfalte, dass es als den Anforderungen des § 21 EnWG entsprechend und damit auch als billig i.S.d. § 315 Abs. 1 BGB gelte. Seine Beschwerde sei auch begründet. Die ihm bis dato nur in geschwätzter Form vorliegenden Informationen ließen bereits erkennen, dass die Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur jedenfalls aus zwei Gründen rechtswidrig sei. Sie habe die zwingend erforderliche Prüfung, ob die von der Antragstellerin geltend gemachten Kosten denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, nicht durchgeführt. Ausweislich des klaren Wortlauts der Gasnetzentgeltverordnung stehe der Bundesnetzagentur kein Ermessen oder Beurteilungsspielraum zu, ob nur effiziente Kosten bei der Netzentgeltkalkulation in Ansatz gebracht werden dürften. Die Effizienzkontrolle sei zwingend vom Gesetz- und Verordnungsgeber vorgeschrieben, so dass sie verpflichtet sei, allein effiziente Kostenstrukturen zu akzeptieren. Dem entgegen habe die Bundesnetzagentur nur Prüfungsschwerpunkte gebildet und dies damit begründet, dass eine vollständige Prüfung in Anbetracht der Fülle der Entgeltgenehmigungsverfahren nicht durchgeführt werden können. Dementsprechend habe sie die von der Antragstellerin angegebenen Kosten an keiner Stelle auf ihre Effizienz hin geprüft: Bei der Ermittlung der aufwandsgleichen Netzkosten unter Ziffer 3 b) der Entgeltgenehmigung habe sie – mit Ausnahme der Personalzusatzkosten – keine Ausführungen dazu gemacht, ob und in welchem Umfang die angesetzten Kostenpositionen denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Gleiches gelte für den Ansatz von Kosten, die aufgrund der Überlassung betriebsnotwendiger Anlagen durch die S. E. entstanden seien. Auch im übrigen fehlten jegliche Ausführungen zur Prüfung der angesetzten Kosten für Anlagegüter auf ihre Effizienz, denn die Bundesnetzagentur habe ohne jede eigene Prüfung die Kostenansätze der Antragstellerin übernommen und damit ihre vorgeschriebenen Prüfungspflichten verletzt. Dies verwundere vor allen Dingen deshalb, weil sie bereits im Oktober 2005 im Rahmen eines Vergleichsverfahrens die Daten aller Netzbetreiber in Deutschland erhoben und die Zusammenfassung der Ergebnisse im August veröffentlicht habe. Dass die Bundesnetzagentur diese Ergebnisse völlig unberücksichtigt gelassen habe, sei nicht nachvollziehbar. Auch ohne Kenntnis der konkreten Kalkulation lasse sich belegen, dass bei der Antragstellerin tatsächlich erhebliche Kosteneffizienzen bestünden. Ein Vergleich der Gaspreis- und Netzentgelte – veröffentlicht in dem wöchentlich erscheinenden Newsletter "D. J. E. W." – zeige, dass die Netzentgelte der Antragstellerin erheblich über dem Branchendurchschnitt lägen. In der Ausgabe Nr. 17/2007 seien die Entgelte der Antragstellerin in den Vergleich einbezogen worden. Ihre Netznutzungsentgelte in Höhe von 2,30 Cent/Kilowattstunde bei einer Abnahme von 10.000 kw/h/a seien mit Abstand die höchsten des konkreten Vergleichs, woraus der Schluss auf erhebliche Ineffizienzen gerechtfertigt sei. Dieser Verdacht erhärte sich noch, wenn man die nur sehr fragmentarisch veröffentlichten Ergebnisse des Vergleichsverfahrens der Bundesnetzagentur hinzuziehe. Auch der durch das Bundeskartellamt veröffentlichte Gaspreisvergleich lasse auf erhebliche Ineffizienzen schließen. Die Antragstellerin nehme in allen Vergleichskategorien einen der hinteren Plätze ein. Das Unterlassen der erforderlichen Effizienzkontrolle könne die Bundesnetzagentur nicht mit fehlenden personellen Ressourcen rechtfertigen. Personeller Engpass berechtige sie nicht, gesetzliche Vorgaben schlicht zu ignorieren. Er – der beigeladene Verband – könne nicht selbst ermitteln, ob und in welchem Umfang dieses rechtswidrige Handeln zur Genehmigung überhöhter Netznutzungsentgelte geführt habe, so dass lediglich die Aufhebung der erteilten Entgeltgenehmigung beantragt werden könne. Unabhängig von der mangelnden Effizienzkontrolle sei die Entgeltgenehmigung aber auch

deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der Tagesneuwerte Indexreihen der W. zugrundegelegt habe, welche nach ihrer eigenen Erkenntnis unzureichend und fehlerhaft seien. Die Anwendung dieser so genannten W.-Indexreihen führe zu sachlich nicht gerechtfertigten überhöhten Tagesneuwerten und stehe daher im Widerspruch zu den ausdrücklichen Vorgaben der Gasnetzentgeltverordnung. Die Hoch- bzw. Umrechnung historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten auf Tagesneuwerte erfolge mittels Preisindizes, wobei § 6 Abs. 3 Satz 2 Gasnetzentgeltverordnung die Verwendung solcher Preisindizes vorsehe, die auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes beruhen. Da diese nicht unmittelbar auf das Sachanlagevermögen von Netzbetreibern passten, habe der Ordnungsgeber der Bundesnetzagentur in § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 2 Gasnetzentgeltverordnung ausdrücklich eine Festlegungsbefugnis eingeräumt, von der sie indessen bislang keinen Gebrauch gemacht habe. Ohne diese Festlegung und entgegen dem klaren Gebot der Gasnetzentgeltverordnung wende die Bundesnetzagentur die so genannten W.-Indexreihen bei der Ermittlung der Tagesneuwerte an. Bei diesen handele es sich indessen um Indizes, die im Auftrag der Netzbetreiber von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft W. entwickelt worden seien. Auch wenn Grundlage für die W.-Indizes Indexreihen des Statistischen Bundesamtes seien, dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die W. solche Werte, die nicht in den Indexreihen vorhanden seien, selber herleite und nach eigenem Ermessen so genannte zusammengesetzte Reihen bilde, die sich aus bereits existierenden Indexreihen nach einer bestimmten Gewichtung zusammensetzen. Gegen die Anwendung der W.-Indexreihen spreche nicht nur, dass diese im Auftrag der Netzbetreiber entwickelt worden seien, sondern auch, dass der Ordnungsgeber diese trotz mehrfacher Vorschläge aus der Netzwirtschaft nicht als Maßstab für die Gasnetzentgeltverordnung akzeptiert habe. Im übrigen habe die Bundesnetzagentur selbst in einem parallelen Entgeltgenehmigungsverfahren ausgeführt, ihr lägen Hinweise vor, dass die W.-Indexreihen zu überhöhten Ansätzen und damit zu überhöhten Netznutzungsentgelten führen würden. Zu einem weiteren substantiierten Vortrag sei er erst nach umfassender Akteneinsicht in den ungeschwärzten Entgeltgenehmigungsantrag der Antragstellerin und die weiteren Unterlagen des Verwaltungsvorgangs in der Lage. In Wahrnehmung seines Rechts auf rechtliches Gehör könne er erst danach zu der angegriffenen Entgeltgenehmigung inhaltlich detailliert Stellung nehmen. Die Antragstellerin habe nicht nur einzelne Zahlenangaben geschwärzt, sondern mehrmals den gesamten Inhalt einzelner Seiten. Eine Kontrolle der konkreten Angaben sei dringend nötig, denn die Angaben auf ihrer Homepage seien widersprüchlich.

Er beantragt,

37

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 19. Dezember 2006 (BK 9-06/228) aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Beschlusskammer in dieser. Sie meint, die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf die Genehmigung höherer als der genehmigten Entgelte. Die von der Beschlusskammer vorgenommene Kürzung der kalkulatorischen Abschreibungen sei berechtigt und unter Punkt 3 f der angefochtenen Entscheidung auch ausreichend begründet worden. Auch die Reduzierung des Umlaufvermögens sei nach § 7 Abs. 1 GasNEV geboten, denn nach Sinn und Zweck könnte nur betriebsnotwendiges Umlaufvermögen berücksichtigt werden, was die Antragstellerin nicht substantiiert dargetan, geschweige denn nachgewiesen habe. Ebenso wenig sei die Ermittlung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitalanteils insoweit zu beanstanden, als eine "doppelte Deckelung" des Eigenkapitals erfolge. Allein die Vorgehensweise der Beschlusskammer stelle sicher, dass

39

die rechtlich zwingend vorgegebene Begrenzung des Eigenkapitalanteils auf 40 % durchgängig für alle Vermögenspositionen gelte. Die Antragstellerin wolle demgegenüber erreichen, dass ihr gesamtes tatsächliches Eigenkapital verzinst werde, entweder als Eigenkapital, zumindest aber wie Fremdkapital. Dafür sei im Rahmen der vorgegebenen rein kalkulatorischen Kostenbetrachtung indessen kein Raum. Auch die Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals mit 4,8 % sei nicht zu beanstanden. Ein Rückgriff auf die Regelungen der Leitsätze für die Preisermittlung von Selbstkosten sei verfehlt, weil diese gem. § 3 Abs. 1 Satz 5 GasNEV nur heranzuziehen seien, soweit keine besonderen Regelungen getroffen sind. Dass die Beschlusskammer mit der Festlegung eines Zinssatzes in Höhe von 4,8 % die Grenzen des ihr vom Gesetzgeber eingeräumten Beurteilungsspielraums überschritten habe, habe die Antragstellerin ebenso wenig dargetan. Der Beschlusskammer stehe ein Beurteilungsspielraum für die Ermittlung der "vergleichbaren Kreditaufnahmen" und der Bestimmung des am Kapitalmarkt üblichen Zinssatzes zu, den sie nicht überschritten habe. Unabhängig davon entspreche der ermittelte Zinssatz von 4,8 % jedenfalls den rechtlichen Vorgaben. Einen Wagniszuschlag sehe die GasNEV bei dem Fremdkapitalzinssatz nicht vor. Ohne Erfolg wende die Antragstellerin sich weiter gegen die Ausweisung einer negativen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der negativen kalkulatorischen Gewerbesteuer. Erstere sei Ergebnis der Finanzierungsstruktur des Unternehmens der Antragstellerin, die eine Überschuldung ausweise, was notwendigerweise zu einer negativen Eigenkapitalverzinsung und eben nicht zu einem "Gewinn" des Unternehmens führe. Die negative Gewerbesteuer beruhe ausschließlich auf Folgekürzungen, die sich aus der niedrigeren kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ergäben.

Die Beschwerde des beigeladenen Verbands bitten Antragstellerin und Bundesnetzagentur zu verwerfen. Sie machen geltend, seine Beschwerde sei bereits unzulässig. Das EnWG sehe deren Erhebung durch einen Verband schon nicht vor. Auch im übrigen fehle es aber an einer materiellen Beschwer der von ihm vertretenen Netznutzer. Diese hätten keinen Rechtsanspruch auf die Netzentgeltgenehmigung, das EnWG sehe eine Drittbeschwerde des Netznutzers daher nicht vor. 40

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, den Senatsbeschluss vom 30. April 2007, durch welchen der Senat das Akteneinsichtsgesuch des beigeladenen Verbands zurückgewiesen hat, sowie auf das Protokoll der Senatssitzungen mit den in der Sitzung erteilten Hinweisen und den Hinweisbeschluss vom 11. Juli 2007 Bezug genommen, auf welche die Beteiligten noch schriftsätzlich vorgetragen haben. 41

B. 42

Zur Beschwerde des beigeladenen Verbands 43

Die Beschwerde des Beschwerdeführers zu 2) ist aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen auch als Anfechtungsbeschwerde unzulässig. 44

1. Gegen die im Beschwerdeverfahren vorgenommene Antragsänderung bestehen aus der Sicht des Senats keine Bedenken, weil sie den Streitgegenstand nicht verändert und die bloße Anfechtung gegenüber der ursprünglich begehrten Verpflichtung ein "minus" darstellt. Sie ist jedenfalls sachdienlich i.S. der zu § 91 VwGO entwickelten Grundsätze. 45

2. Auch die Anfechtungsbeschwerde ist indessen unzulässig, weil es dem beigeladenen Verband an der auch insoweit erforderlichen materiellen Beschwer fehlt.

2.1. Die bloße sich aus der Verfahrensbeteiligung ergebende Beschwerdebefugnis reicht für die Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde nicht aus, denn sie erfordert ebenfalls eine materielle Beschwer als besondere Form des Rechtsschutzinteresses. Für das Kartellrecht ist insoweit anerkannt, dass der Beschwerdeführer derart zu seinem Nachteil betroffen sein muss, dass die angegriffene Entscheidung in seine rechtlich geschützte Position eingreift. Bei Beigeladenen wird es als ausreichend angesehen, dass die Entscheidung sich wirtschaftlich unmittelbar nachteilig auswirkt. (Mees in: Loewenheim/ Meessen/ Riesenkampff, Rdnr. 13 f. zu § 63; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Rdnr. 21 zu § 63; jew. m.w.N.). 47

An einem solchen Eingriff in eine rechtlich geschützte Position oder unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteilen des Netznutzers fehlt es indessen. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf seine Ausführungen in dem das Akteneinsichtsgesuch des Verbands betreffenden Senatsbeschluss vom 30. April 2007. In diesem hat der Senat ausgeführt: 48

"Der von der Genehmigung betroffene Netznutzer kann die Entgeltgenehmigung des § 23 a 49 EnWG weder beantragen noch von der Regulierungsbehörde eine bestimmte Entscheidung beanspruchen. Der ex-ante Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG diene ganz offensichtlich die Tarifgenehmigung nach § 12 BTOElt zum Vorbild (vgl. nur: Salje, Rdnr. 11 zu § 23 a). Für diese ist anerkannt, dass sie durch einen Tarifkunden nicht angefochten werden kann, weil dieser nicht klagebefugt i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO ist. Die Genehmigung nach § 12 BTOElt hat im Tarifkundenverhältnis keine unmittelbare Wirkung, da der genehmigte Tarif erst noch durch die Veröffentlichung nach § 4 Abs. 2 AVBElt zivilrechtlich umgesetzt werden muss und das Elektrizitätsversorgungsunternehmen hierbei durch die Tarifgenehmigung nur als Höchstpreisregelung gebunden ist. Auch bezweckt § 12 BTOElt nicht den Schutz der Belange des einzelnen Tarifkunden, sondern soll nur eine Tarifpreisgestaltung gewährleisten, die dem Interesse der Gesamtheit der Tarifkunden an einer möglichst sicheren und preisgünstigen Elektrizitätsversorgung Rechnung trägt. Ihr kommt daher kein drittschützender Charakter zu, so dass der Tarifkunde auf die inhaltliche Kontrolle der Tarifhöhe im Zivilrechtsweg beschränkt ist (BVerwGE 95, 133 ff.). Nichts anderes kann für den Rechtsschutz der Netznutzer gelten, denn auch bei der Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG handelt es sich um eine Höchstpreisgenehmigung, die der zivilrechtlichen Umsetzung bedarf und nicht dem Schutze des einzelnen Netznutzers dient. Den in § 1 EnWG niedergelegten Zwecken des Energiewirtschaftsgesetzes lässt sich ein solcher Drittschutz ebenso wenig entnehmen. Gemäß § 1 Abs. 1 EnWG soll eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas sichergestellt werden, als "Unterziele" nennt Abs. 2 die "Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs" und die "Sicherung eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen". Zielsetzung wie auch die in § 23 a EnWG geregelte Entgeltregulierung bringen zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Interessen einzelner Netznutzer oder Wettbewerber, sondern um die Förderung der gemeinsamen Nutzerinteressen durch Förderung des Wettbewerbs ging."

An dieser Rechtsauffassung hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung fest. Eine verbindliche Fixierung der regulierungsbehördlich gestatteten Netznutzungsentgelte erfolgt im Verhältnis Netznutzer – Netzbetreiber erst durch dessen unternehmerische Entscheidung. Diese ihm überlassene Umsetzung ist – wie der Senat schon in dem in Bezug genommenen Beschluss zum Ausdruck gebracht hat – ein Vorgehen nach § 315 Abs. 1 BGB, 50

das daher grundsätzlich der Billigkeitskontrolle unterliegt. Dass dabei der regulierungsbehördlichen Gestattung eine Indizfunktion hinsichtlich der Billigkeit zukommen mag, ändert daran nichts, sondern führt allenfalls zu hohen Anforderungen an die Substantiierungslast des Netznutzers (s.a. Büdenbender/Rosin, Energierechtsreform 2005, S. 230).

2.2. Auch Sinn und Zweck der Beiladungsvorschriften und das Gebot effektiven Rechtsschutzes erfordern es entgegen der Auffassung des beigeladenen Verbands nicht, ihm eine Beschwerdemöglichkeit einzuräumen. 51

Wie der Senat schon in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, erfüllen Verfahrensbeteiligungen keinen Selbstzweck, sondern haben grundsätzlich nur eine dienende Funktion gegenüber dem Verfahrensziel. Nur demjenigen, dem eine materielle Rechtsposition zusteht, bietet seine Verfahrensbeteiligung Schutz mit Blick auf die bestmögliche Verwirklichung dieser Position bei der verfahrensabschließenden Entscheidung. Fehlt eine solche Rechtsposition, so dient die Verfahrensbeteiligung in der Regel nur dem objektiv-rechtlichen Ziel einer breiteren Beurteilungs- und damit besseren Entscheidungsgrundlage, so dass auch der Anspruch des einfach Beigeladenen auf rechtliches Gehör in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zugunsten des von der Entscheidung materiell Betroffenen eingeschränkt werden kann. 52

Anderes gilt nur für die Beigeladenen, deren Rechtsstellung der eines notwendig Beigeladenen nach § 65 VwGO entspricht. Notwendig ist eine Beiladung entsprechend § 83 Abs. 1 Satz 4 EnWG, wenn ein Dritter an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Er ist durch die Entscheidung nicht nur wirtschaftlich, sondern in seinen subjektiven Rechten betroffen. Weil der Ausgang des Verfahrens diesen Beizuladenden unmittelbar in seinen Rechten verletzen kann, ist seine Beiladung notwendig. § 83 Abs. 1 Satz 4 EnWG stellt ihn daher den Hauptbeteiligten i.S.d. § 79 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EnWG gleich. 53

Nach der Rechtsprechung des Senats fehlt es daran aber regelmäßig im Verhältnis zum Netznutzer, weil es sich bei der Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG nur um ein Höchstentgelt handelt, das keine unmittelbare Wirkung auf die Vertragsverhältnisse zwischen dem Netzbetreiber und den Netznutzern hat (Senat, Beschlüsse vom 6. Juli 2006, VI-3 Kart 144-149/06 (V), vom 2. November 2006, VI-3 Kart 165/06 (V) und vom 22. November 2006, VI -3 Kart 466/06 (V)). 54

3. Auf die von dem beigeladenen Verband erhobenen Einwendungen gegen die materielle Rechtmäßigkeit der Entgeltgenehmigung kommt es daher nicht an. Dabei kann der beigeladene Verband nichts aus dem Umstand herleiten, dass das Beschwerdegericht den Sachverhalt nach § 82 Abs. 1 EnWG, der § 70 Abs. 1 GWB und § 86 Abs. 1 VwGO nachgebildet ist, von Amts wegen zu erforschen hat. Das Amtsermittlungsprinzip gilt nicht uneingeschränkt, vielmehr richtet sich der Umfang der dem Beschwerdegericht obliegenden Ermittlungstätigkeit nach den von den Beteiligten – zulässigerweise – gestellten Anträgen. Der Rahmen der Ermittlungen wird folglich durch die angefochtene Entscheidung und - zulässig gestellte - Beschwerdeanträge nach § 78 Abs. 4 EnWG bestimmt (Salje, EnWG, 2006, Rdnr. 4 zu § 82; für das GWB: Mees in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, Rdnr. 3 zu § 70; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 2006, Rdnr. 2 zu § 70). 55

C. 56

Zur Beschwerde der Antragstellerin

Die von ihr erhobene Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 3 EnWG zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. 58

In der Sache hat die Beschwerde teilweise vorläufigen Erfolg. Die teilweise Versagung der begehrten Genehmigung ist hinsichtlich der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sowie der kalkulatorischen Gewerbesteuer der Netzbetreiberin und der Kürzung der kalkulatorischen Abschreibungen für die Anlagengruppe "Rohrleitungen/Hausanschlussleitungen Stahl kathodisch geschützt" beim Netzeigentümer und den sich daraus ergebenden Folgekürzungen rechtswidrig und verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Rechten. 59

Die weitergehende Beschwerde ist unbegründet. 60

Zu den von der Antragstellerin mit ihrer Beschwerde angegriffenen Punkten, in denen sie die Würdigung der Regulierungsbehörde und deren Rechtsansicht angreift und die - wie oben dargelegt – den Rahmen des Beschwerdeverfahrens bestimmen, gilt im Einzelnen Folgendes: 61

1. Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, dass die Bundesnetzagentur bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung des Netzeigentümers an Forderungen und sonstigen Vermögensgegenständen statt der von ihr zugrunde gelegten ... € nur ... € berücksichtigt und damit das Umlaufvermögen um ... € gekürzt hat. 62

1.1. Verfehlt ist ihr Einwand, Art und Weise und die Rechtfertigung der vorgenommenen Kürzung lägen im Dunkeln, weil die Beschlusskammer auf Seite 29 ihres Beschlusses vom 19. Dezember 2006 diese nur damit begründet habe, dass sie – die Antragstellerin – "in ihrer Stellungnahme keine überzeugenden Gründe genannt habe, die die Anerkennung höherer Forderungsbestände rechtfertigen könnten". Dabei übersieht sie, dass die Beschlusskammer bereits zuvor auf Seite 11 zur Kürzung des Umlaufvermögens in grundsätzlicher Hinsicht folgendes ausgeführt hat: 63

"Hinsichtlich des geltend gemachten Umlaufvermögens hat die Beschlusskammer zur Beurteilung der Betriebsnotwendigkeit auf Kennzahlen der Deutschen Bundesbank zurückgegriffen, die diese im Rahmen von jährlich durchgeführten Analysen der Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse deutscher Unternehmen ermittelt (vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2005). In der Gesamtbetrachtung über alle Branchen ergibt sich hieraus für das Jahr 2003 ein Anteil der Bankguthaben (inklusive Wertpapiere und Kassenbestände) am Umsatz in Höhe von 5,38 %. Der Anzahl der Forderungen am Umsatz beträgt hiernach 19,82 %. Beide Anteile sind seit dem Jahr 2001 relativ stabil geblieben. Auch im verarbeitenden Gewerbe liegen die relevanten Kennzahlen nicht deutlich höher. Für das Jahr 2003 betrug der Anteil der Forderungen am Umsatz 22,4 %. 64

Unter Berücksichtigung dieser Kennzahlen und eines Sicherheitszuschlags wird von der Beschlusskammer ein über einen Monatsumsatz (= 8,33 %) hinausgehender Anteil der liquiden Mittel (Bankguthaben inklusive Wertpapiere und Kassenbestände) an den gesamten Netzkosten als unverhältnismäßig hoch angesehen, es sei denn, das Unternehmen kann besondere Umstände nachweisen, die einen höheren Ansatz rechtfertigen. Der von der Beschlusskammer maximal anerkannte Anteil der Forderungen an den Netzkosten beträgt 25 %. Die Höhe der Forderungen ist somit auf drei Monatsumsätze (inklusive Sicherheitszuschlag) begrenzt. Ein Forderungsbestand, der diese Obergrenze überschreitet, 65

kann nur anerkannt werden, wenn plausibel dargelegt wird, dass die geltend gemachten Forderungen im vorliegenden Einzelfall gerechtfertigt sind.

Es kann bei im Wettbewerb stehenden Unternehmen davon ausgegangen werden, dass diese effizient wirtschaften und dass die liquiden Mittel bzw. Forderungsbestände somit betriebsnotwendig sind. Bei den Betreibern von Gasversorgungsnetzen handelt es sich jedoch nicht um im Wettbewerb stehende Unternehmen. Da keine sonstigen Umstände erkennbar sind, die einen höheren (betriebsnotwendigen) Anteil des Umlaufvermögens im Energiesektor rechtfertigen würden, ist ein höherer Anteil der liquiden Mittel bzw. der Forderungsbestände bezogen auf die Netzkosten nicht mit § 7 Abs. 1 GasNEV vereinbar. Entgegen dem Einwand zahlreicher Unternehmen gebietet der Wechsel von Investitionszyklen, d. h. Zeitabschnitte mit erhöhten Investitionen, die von Zeitabschnitten mit niedrigen Investitionen abgelöst werden, keinen pauschal erhöhten Liquiditätsaufbau. Selbst wenn die meisten Anlagegüter lange Abschreibungszeiträume aufweisen, sind diese in der Regel zeitversetzt, so dass aus den verdienten Abschreibungen Mittel für neue Investitionen zur Verfügung stehen. Werden für einen längeren Zeitraum keine Investitionen getätigt, ist es aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht effizient, liquide Mittel zu horten.

Die Beschlusskammer hat deshalb die von der Deutschen Bundesbank gebildeten Durchschnittswerte herangezogen und hierauf noch einen substantziellen Sicherheitsaufschlag vorgenommen." 67

1.2. Die Begründung trägt die angegriffene Kürzung. Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, das tatsächlich vorhandene Umlaufvermögen müsse kraft Verordnung ohne weiteres in die Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals einfließen, so dass die Bundesnetzagentur schon dem Grunde nach nicht zu einer Kürzung berechtigt sei. Auch die von ihr gegen die Methodik und das Ergebnis vorgebrachten Einwände sind nicht gerechtfertigt. 68

1.2.1. Zur Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bestimmt § 7 Abs. 1 GasNEV, dass diese auf der Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals erfolgt, das sich unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2 aus der Summe der 69

1. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Altanlagen bewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und multipliziert mit der Fremdkapitalquote, 70

2. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Altanlagen bewertet zu Tagesneuwerten und multipliziert mit der Eigenkapitalquote, 71

3. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen bewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und 72

4. Bilanzwerte der Finanzanlagen und Bilanzwerte des Umlaufvermögens unter Abzug des Steueranteils der Sonderposten mit Rücklageanteil 73

und unter Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals ergibt. 74

Nach § 7 Abs. 1 GasNEV sind damit bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals, das Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ist, zwar grundsätzlich die Bilanzwerte des Umlaufvermögens zu berücksichtigen. Die Netzkosten und ihre Bestandteile stehen unabhängig davon aber – wie der Senat schon in seinem 75

Hinweisbeschluss vom 11. Juli 2007 erläutert hat - gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, § 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GasNEV ausdrücklich 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 Satz 2 EnWG bei dem ermittelten Eigenkapital solche Kostenbestandteile Berücksichtigung gefunden haben, die bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht in Ansatz gebracht worden wären. Auch dieses Korrektiv soll nach dem Willen des Verordnungsgebers in die Bildung der Entgelte einfließen. Zwar ist das Gebot der Eliminierung nicht wettbewerbsanaloger Kosten in die Netzentgeltverordnungen nicht übernommen worden. Der Verordnungsgeber hat in der Begründung zu § 4 GasNEV indessen ausdrücklich ergänzend auf den gesetzlichen Maßstab nach § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG verwiesen, aus dem sich ergibt, "dass bei der Netzkostenermittlung im Einzelnen alle aufwandsgleichen und kalkulatorischen Kosten oder Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig sind" (s. Begründung zu § 4 GasNEV BR-Drs. 247/05, S. 26).

1.2.2. Ob und inwieweit der Netzbetreiber im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens primär zur Darlegung verpflichtet ist, dass er auch unter dem hypothetischen Druck eines Wettbewerbers das gegenständliche bilanzielle Umlaufvermögen vorhalten würde, kann vorliegend dahinstehen. Auf diese zwischen den Beteiligten streitige Frage kommt es hier nicht weiter an, weil die von der Beschlusskammer nach § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorgenommene Kürzung in der Sache nicht zu beanstanden ist (s. nachfolgend 1.2.3.f.) und das Vorbringen der Antragstellerin jedenfalls nicht den Ansatz eines höheren Forderungsbestands als Teil des Umlaufvermögens rechtfertigen kann (s.u.1.2.5.). 76

1.2.3. Die von der Beschlusskammer vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens auf das "betriebsnotwendige" stellt nach dem Inhalt ihrer Begründung eine Eliminierung nicht wettbewerbsanaloger Kostenbestandteile dar. 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 5,375 % festzustellen. Der Anteil der Forderungen am Umsatz betrug 19,82%. 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. 77

Diese Vorgehensweise begegnet im Ergebnis keinen Bedenken. Dabei muss berücksichtigt werden, dass § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG der Regulierungsbehörde keine uneingeschränkte Nachweispflicht dahin auferlegen kann, dass im Falle einer wettbewerbslichen Steuerung des 78

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 – wie hier - eine hinreichende, empirisch belegbare Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der konkrete Kostenbestandteil atypisch für wirtschaftliches Verhalten im Wettbewerb und von daher monopolistisch begründet ist.

Die Bundesnetzagentur hat hierzu in der Senatssitzung vom 7. September 2007 und dem ihr nachgelassenen Schriftsatz vom 28. September 2007 noch erläuternd ausgeführt, dass die jüngste statistische Sonderveröffentlichung 6 der Deutschen Bundesbank vom Januar 2007 ihren Ansatz bestätige. Danach liegt der Anteil der liquiden Mittel bei allen Wirtschaftszweigen einschließlich der Energie- und Wasserversorgungsbranche bei 4,4% des Umsatzes und der kurzfristigen Forderungen bei 20,4% des Umsatzes und damit unter den von ihr zugrundegelegten Schwellenwerten. Unter diesen liegen auch die Werte für das verarbeitende Gewerbe mit 4,8% und 22%. Selbst wenn man – was sie nicht für nötig halte – nur die Branche der Energie- und Wasserversorgung betrachte, liege die Quote für die liquiden Mittel mit 4,4% deutlich unter dem von ihr angenommenen Wert. Lediglich der branchenspezifische Wert von 31,4% für kurzfristige Forderungen überschreite den von ihr angenommenen Wert, wobei jedoch beide zusammengefasst mit insgesamt 35,9% nur geringfügig über dem von ihr gewählten Ansatz von 33,3% lägen. 79

Gestützt wird der von der Beschlusskammer gewählte Ansatz schließlich durch einen Vergleich mit dem nationalen Netzbetreiber in dem in Großbritannien regulierten Markt. Nach den dem annual report and accounts 2006/2007 n. g. g. 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 dem von der Beschlusskammer gewählten Ansatz liegen. 80

1.2.4. Die von der Antragstellerin gegen die Methodik und das Ergebnis vorgebrachten Einwände greifen nicht durch. 81

Sie meint zunächst, eine Eliminierung nicht wettbewerbsanaloger Kostenbestandteile komme im Entgeltgenehmigungsverfahren schon dem Grunde nach nicht in Betracht. Aus den einschlägigen Normen des EnWG und der GasNEV ergebe sich abschließend, welche Vorgaben im Netzentgeltgenehmigungsverfahren nach § 23 a EnWG zu beachten seien und unter welchen Voraussetzungen die vom Antragsteller beantragten Kosten oder Kostenbestandteile gekürzt werden dürfen. Der vom Senat herangezogene Grundsatz aus § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG sei in dem Genehmigungsverfahren nach § 23 a EnWG unbeachtlich, da er nach der Konzeption des Gesetzgebers ausschließlich für die nachträgliche Missbrauchsaufsicht vorgesehen sei. 82

Dieser Einwand kann keinen Erfolg haben. § 21 EnWG sieht im Ausgangspunkt eine kostenorientierte Kalkulation der Netznutzungsentgelte vor, für welche die Netzentgeltverordnungen nähere Einzelheiten insbesondere zum Inhalt der vom Netzbetreiber zu erstellenden kalkulatorischen Rechnung vorgeben. Um zu verhindern, dass Kosten "produziert" und seitens der Netzbetreiber als Monopolisten in Entgelte überführt werden, enthält § 21 EnWG mehrere Korrekturfaktoren, die nicht in einem Alternativverhältnis zueinander stehen. Mit ihrer Hilfe sollen die Ergebnisse korrigiert werden können, die sich ansonsten bei uneingeschränkter Anwendung der Grundsätze der kalkulatorischen Entgeltbildung unter Beachtung der Netzentgeltverordnung ergeben würden. 83

Zu den entgeltdämpfenden Korrekturfaktoren zählen u.a. die Vorgaben, dass die Kosten des Netzbetreibers denjenigen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen und solche Kostenkomponenten, die sich in ihrem Umfang im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden dürfen. Weiterer Korrekturfaktor ist das Vergleichsverfahren nach § 21 Abs. 3, 4 EnWG, das durch §§ 22 ff. StromNEV und §§ 21 ff. GasNEV konkretisiert worden ist. In diesem Vergleichsverfahren werden Kosten, Entgelte und Erlöse der Betreiber von Energieversorgungsnetzen – also von Monopolunternehmen untereinander – verglichen. Soweit sich das Vergleichsverfahren auf Kosten bezieht, ergänzt es den Korrekturfaktor der "Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers". Neben dieser Kostenkorrektur steht - was die Antragstellerin verkennt – die des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG, der auf die fiktive Situation von Wettbewerbsverhältnissen abstellt, also auf für Wettbewerbsmärkte gewonnene Verhältnisse. Da das Vergleichsverfahren nach § 21 Abs. 3, 4 EnWG nur Monopolsituationen gegenüber stellt, kommt dem Grundsatz des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG eine davon losgelöste Korrekturfunktion zu.

Dass – wie die Antragstellerin weiter meint – der Maßstab der Wettbewerbsanalogie nicht im Entgeltgenehmigungsverfahren, sondern nur unabhängig von diesem in einem gesonderten Missbrauchsverfahren berücksichtigt werden kann, lässt sich nach Wortlaut und Systematik der Normen nicht vertreten. 85

§ 21 EnWG sieht diesen Korrekturfaktor in Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich vor. Dass § 23 a EnWG in Abs. 1 lediglich die Genehmigungspflicht für kostenorientierte Entgelte nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG anspricht, steht dem nicht entgegen. § 23 a Abs. 2 EnWG sieht in materiellrechtlicher Hinsicht ausdrücklich vor, dass die Genehmigung zu erteilen ist, soweit die Entgelte den Anforderungen des Gesetzes und den aufgrund der § 24 erlassenen Rechtsverordnungen entsprechen, so dass auch der Maßstab der Wettbewerbsanalogie erfasst wird. Korrespondierend damit schließt § 30 Abs. 1 Nr. 5 letzter HS EnWG die Durchführung eines Missbrauchsverfahrens wegen eines nicht wettbewerbsanaloges Entgelts dann aus, wenn das Entgelt die Obergrenze der dem Unternehmen nach § 23 a EnWG erteilten Genehmigung nicht überschreitet. Mit diesem Verständnis steht es schließlich im Einklang, dass der Verordnungsgeber in der Begründung zu § 4 GasNEV ausdrücklich festgehalten hat, dass auch der Maßstab des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG angewendet werden muss. 86

Unbeachtlich ist auch der Einwand der Antragstellerin, es fehle an einer den Grundsätzen des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, §§ 4 Abs. 1, Abs. 2 GasNEV entsprechenden Vergleichsbetrachtung, weil – jedenfalls auch - auf die Kosten bzw. Bilanzkennzahlen anderer strukturell vergleichbarer Gasnetzbetreiber hätte abgestellt werden müssen. Die Antragstellerin verkennt dabei, dass es hier nicht um den Vergleich nach § 21 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 4 EnWG geht, bei dem nur Monopolunternehmen untereinander verglichen werden. Vielmehr hat § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG die Aufgabe, im Wege des Als-Ob-Wettbewerbs auf fiktive Wettbewerbssituationen und damit auf für Wettbewerbsmärkte gewonnene Erkenntnisse abzustellen und solche Kosten/-bestandteile zu eliminieren, die für wirtschaftliches Verhalten im Wettbewerb atypisch und daher monopolistisch begründet sind. Etwaigen strukturellen Besonderheiten der Gasbranche hat die Beschlusskammer dadurch Rechnung getragen, dass sie die ermittelten Werte mit einem Sicherheitszuschlag versehen hat. Dass dieser ausreichend ist, belegen schon die sich aus der Sonderveröffentlichung 2007 ergebenden Daten für alle Wirtschaftszweige. Anderes kann auch die Antragstellerin nicht aufzeigen, die in erster Linie unternehmensindividuelle Faktoren wie ihren Liquiditätsbedarf für Ersatzinvestitionen sowie vermeintliche Liquiditätsschwankungen 87

anführt. Ihnen lässt sich schon nicht entnehmen, dass in der Branche strukturelle Besonderheiten bestehen, die einen darüberhinausgehenden Sicherheitszuschlag erfordern würden.

Fehl geht auch der Einwand, nicht der Umsatz, sondern die Bilanz sei die geeignete Referenzgröße zur Bestimmung des Schwellenwerts. Letztere kann keinerlei Aussagen über die Zahlungsflüsse im Unternehmen und damit über das Verhältnis zwischen diesen und dem Umlaufvermögen machen. Der Umsatz hingegen bildet die Zahlungseingänge ab, die der Schaffung von Liquidität zur Finanzierung des operativen Geschäfts und damit dem Umlaufvermögen dienen. 88

Keine Bedenken hat der Senat auch gegen den Ansatz von Durchschnittswerten, zumal diese zugleich ein effizientes Unternehmen widerspiegeln. Dass wie bei § 19 Abs. 4 GWB ein Erheblichkeitszuschlag berücksichtigt werden muss, weil nur eine spürbare Abweichung missbräuchlich sein kann, geht fehl, denn hier geht es nicht um Missbrauch, sondern um Netzentgelte, die um Monopolfaktoren bereinigt werden sollen. Ebenso wenig war es fehlerhaft, langfristige Forderungen nicht zu berücksichtigen. Solche sind nach der Definition des Deutschen Bundesbank den Finanzanlagen zuzurechnen und von daher nicht Bestandteil des gekürzten Umlaufvermögens, das nur der kurzfristigen Finanzierung des operativen Geschäfts dient. 89

Schließlich ist auch nicht zu erkennen, dass die Bildung separater Kennzahlen für den Kassenbestand und die kurzfristigen Forderungen als Bestandteile des Umlaufvermögens nicht sachgerecht ist, denn auch die Deutsche Bundesbank weist diese Bilanzpositionen in ihrer Statistik getrennt aus. 90

Auch das Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 18. Oktober 2007 rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Auf die von der Bundesnetzagentur weiter noch stützend herangezogenen Werte des Kassen- und Forderungsbestands der übrigen Gasnetzbetreiber, über deren Entgeltgenehmigungsanträge sie zu entscheiden hatte, kommt es nicht entscheidend an. Zu Unrecht wendet die Antragstellerin weiter ein, entsprechend müssten dann auch die mit dem Umlaufvermögen zusammenhängenden Schuldposten – das Abzugskapital – vermindert werden. Die Reduzierung des nicht wettbewerbskonformen Umlaufvermögens entspricht den Bestimmungen des EnWG, während eine Kürzung der Abzugsposten nach dem EnWG oder der GasNEV nicht vorgesehen ist. Die bilanziell orientierte Argumentation übersieht zudem, dass es bei der Entgeltermittlung nicht um die Aufstellung einer Bilanz, sondern um eine rein kalkulatorische Rechnung geht. 91

1.2.5. Dass demgegenüber unternehmensindividuelle Eigenschaften und Besonderheiten der Antragstellerin den Ansatz des von ihr geltend gemachten Forderungsbestands in Höhe von ... € für die Kalkulationsperiode rechtfertigen, hat sie weder im Verwaltungs- noch im Beschwerdeverfahren aufzeigen können. Ihr Vorbringen im Verwaltungsverfahren beschränkte sich auf allgemeine Aussagen zur Notwendigkeit von Finanzmitteln. Soweit sie nunmehr darauf abstellt, dass das Umlaufvermögen der Realisierung zukünftiger Investitionen und zum Ausgleich von Liquiditätsschwankungen dienen sollte, verkennt sie nicht nur, dass dieser Umstand im Rahmen des Entgeltgenehmigungsantrags nach § 23a EnWG durch die betreffende Kalkulationsperiode beschränkt wird, sondern auch, dass dabei die monatlichen Mittelzuflüsse nicht außer Betracht bleiben können. Zum Umlaufvermögen (oder Betriebskapital) eines Unternehmens gehören nur solche Vermögensgegenstände, die umlaufen bzw. umgesetzt werden sollen, deren Bestand sich also durch Zu- und Abgänge häufig ändert. Sie befinden sich nur kurze Zeit im Unternehmen und dienen nicht, wie das Anlagevermögen, dauerhaft dem Geschäftsbetrieb. Schon von daher kann in das vom 92

Netznutzer per saldo zu verzinsende Umlaufvermögen nur die Liquidität eingestellt werden, die für Investitionen der laufenden Genehmigungsperiode benötigt wird. Ob und inwieweit Liquiditätsschwankungen ausgeglichen werden müssen, lässt sich verlässlich nur anhand einer Gegenüberstellung von Mittelzu- und abflüssen darstellen. Da der geltend gemachte Liquiditätsbedarf Ersatzinvestitionen in den Jahren 2007 – 2012 und damit ganz überwiegend nicht die hier maßgebliche Kalkulationsperiode betrifft, spricht im übrigen nichts dafür, dass ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen über einen solchen Zeitraum Finanzmittel im Umlaufvermögen vorhalten würde.

2. Der weiterhin geltend gemachte Einwand, das nach § 7 Abs. 1 Satz 2 – 4 GasNEV ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital des Netzeigentümers sei in vollem Umfang und nicht gedeckelt durch die Eigenkapitalquote mit dem Eigenkapitalzinssatz des § 7 Abs. 6 Satz 2 GasNEV von 7,8 % zu verzinsen, greift nicht durch. 93

Die von der Bundesnetzagentur angewandte Methode der Verzinsung des von ihr ermittelten betriebsnotwendigen Eigenkapitals ist nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu beanstanden. 94

Zur Bestimmung der für die Netznutzungsentgelte maßgeblichen Netzkosten ist gemäß § 4 Abs. 2 S. 1, 2 GasNEV eine Kostenartenrechnung zu erstellen, die u.a. eine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV enthält. In § 7 GasNEV wird – wie bereits vorstehend ausgeführt - damit die Maßgabe des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG umgesetzt, wonach die Ermittlung der Entgelte unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals zu erfolgen hat. Dabei sieht § 7 Abs. 1 GasNEV die Verzinsung des Eigenkapitals auf der Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals, das in den Absätzen 1 und 2 näher definiert wird, mit der Maßgabe vor, dass die kalkulatorisch ansetzbare Eigenkapitalquote gem. § 6 Abs. 2 GasNEV auf 40 % begrenzt ist. Bis zur erstmaligen Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes durch die Regulierungsbehörde beträgt dieser auf dem Gassektor für Altanlagen 7,8 % und für Neuanlagen 9,21 %. Das die Quote von 40 % überschreitende betriebsnotwendige Eigenkapital ist wie Fremdkapital zu verzinsen. 95

Die Beschlusskammer hat die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung entsprechend dem Positionspapier der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder vom 7. März 2006 in vier Schritten vorgenommen: 96

1. Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalquote (§ 6 Abs. 2 S. 3 GasNEV). 97

2. Ermittlung des "betriebsnotwendigen Eigenkapitals" (§ 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV) 98

3. Ermittlung des die "zugelassene Eigenkapitalquote" übersteigenden Eigenkapitalanteils (§ 7 Abs. 1 S. 3 GasNEV). 99

4. Ermittlung der Zinsen für die einzelnen Eigenkapitalanteile (§ 7 Abs. 6 Satz 1, Abs. 1 Satz 3). 100

Schritt 1 folgt daraus, dass sich nach § 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV das "betriebsnotwendige Eigenkapital unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2 GasNEV" ergibt. Die kalkulatorische Eigenkapitalquote errechnet sich als Quotient aus dem betriebsnotwendigen Eigenkapital (so gen. Betriebsnotwendiges Eigenkapital I) und dem betriebsnotwendigen Vermögen (so gen. Betriebsnotwendiges Vermögen I) zu Anschaffungs- und Herstellungskosten. Nach § 6 Abs. 2 S. 4 GasNEV wird sie für die Berechnung der 101

Netzentgelte auf 40 % begrenzt.

Schritt 2: Hier ermittelt die Bundesnetzagentur das "betriebsnotwendige Eigenkapital" (so gen. Betriebsnotwendiges Eigenkapital II) nach § 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV durch Bildung der Summe der Aktiva nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 4 GasNEV (so gen. Betriebsnotwendiges Vermögen II) abzüglich Abzugskapital und verzinslichem Fremdkapital. Die in Schritt 1 ermittelte Quote findet an dieser Stelle erstmals Anwendung. Die Restwerte der eigenfinanzierten Altanlagen bewertet zu Tagesneuwerten nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GasNEV sind mit der Eigenkapitalquote (bis 40 %) zu multiplizieren, die Restwerte der fremdfinanzierten Altanlagen gewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sind mit der zur Eigenkapitalquote spiegelbildlichen (vgl. § 6 Abs. 2 S. 5 GasNEV) Fremdkapitalquote (mindestens 60 %) zu multiplizieren (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GasNEV). Die Multiplikationen führen zu einer – ersten - Begrenzung der Verzinsungsbasis.

102

Schritt 3: Hier kommt es zur Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV, wonach der die "zugelassene Eigenkapitalquote (= 40 %) übersteigende Anteil des Eigenkapitals nominal wie Fremdkapital zu verzinsen ist". Die Bundesnetzagentur zerlegt das von ihr in Schritt 2 – methodisch unbeanstandet - ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital (BEK II) in zwei Anteile, nämlich in den Anteil, der die zugelassene Eigenkapitalquote von 40 % des nach dieser Vorschrift ermittelten betriebsnotwendigen Vermögens (BNV II) nicht überschreitet und folglich mit dem vorgegebenen Eigenkapitalzinssatz zu verzinsen ist und den, der sie übersteigt und von daher nur "wie Fremdkapital" zu verzinsen ist.

103

Dass die so genannte zweite Begrenzung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nicht im Einklang mit den Vorgaben der GasNEV steht, lässt sich nicht feststellen. Der Senat nimmt insoweit auf seine Ausführungen in dem den Parteien bekannten Beschluss vom 09. Mai 2007 – VI-3 Kart 289/07 (V) "V.I." (RdE 2007, 193) Bezug. Hierzu sei ergänzend noch Folgendes angemerkt: In § 7 Abs. 1 GasNEV heißt es, dass die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals – mit dem Eigenkapitalzinssatz des § 7 Abs. 4, 6 GasNEV - auf der Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals erfolgen soll. In Abs. 1 Satz 2 ist dann weiter bestimmt, dass sich das betriebsnotwendige Eigenkapital unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2 ergibt. Auch hier kommt die beanstandete doppelte Deckelung schon zum Ausdruck, wenn man § 7 Abs. 1 so versteht, dass die Eigen- und Fremdkapitalquote des § 6 Abs. 2 daneben zusätzlich noch bei den einzustellenden kalkulatorischen Restwerten des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Altanlagen als Multiplikator eingesetzt werden (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 GasNEV) und der Verordnungsgeber schon eingangs des § 7 Abs. 1 Satz 2 – "vor der Klammer" - das betriebsnotwendige Vermögen auf das "unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2" ermittelte beschränkt hat. Hätte er diese nur auf das Sachanlagevermögen der Altanlagen anwenden wollen, so hätte dort ein klarstellender Zusatz ausgereicht. Im Übrigen würde sich dann die quotale Beschränkung – anteilig - nicht auch auf die Neuanlagen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und die Bilanzwerte der Finanzanlagen und des Umlaufvermögens nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV erstrecken. Letzteres aber war gewollt. So führt auch die Regulierungsbehörde in ihrer Stellungnahme zum Entwurf der gleichlautenden StromNEV an: *"Zuzustimmen ist hingegen der Begrenzung der anzusetzenden Eigenkapitalquote auf maximal 40 % gem. § 7 Abs. 3 Satz 2 StromNEV-E. Die Schaffung einer überhöhten Eigenkapitalbasis ist damit unter dem Blickwinkel der Erhöhung der kalkulatorischen Kosten nicht attraktiv. Insoweit wird durch die Regelung die grundsätzlich gewünschte Wettbewerbsanalogie gefördert. ..."* (BT-Ausschuss-Drs. 15(9)1511, S. 168). Zu der danach gebotenen Verzinsung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals sieht § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV dann nur noch ergänzend vor, dass der die zugelassene Eigenkapitalquote

104

übersteigende Anteil des – betriebsnotwendigen – Eigenkapitals nominal wie Fremdkapital zu verzinsen ist.

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Einwände geben dem Senat keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Der Senat sieht sich in seiner Rechtsprechung vielmehr durch die klarstellende Änderung der Netzentgeltverordnungen bestätigt (BR-Drs. 417/2/07 vom 20.09.2007). 105

3. Ebenso wenig hat der – hilfsweise erhobene - Einwand der Antragstellerin Erfolg, der die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Anteil des Eigenkapitals sei mit einem Zinssatz von 6,5 %, jedenfalls aber mit 5,5 %, nicht aber nur mit einem solchen von 4,8 % zu verzinsen. 106

Gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV ist der die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Anteil des Eigenkapitals nominal wie Fremdkapital zu verzinsen. Fehl geht die Annahme der Antragstellerin, gemäß § 3 Abs. 1 S. 5 GasNEV seien insoweit die Leitsätze für die Preisermittlung von Selbstkosten (LSP) heranzuziehen, deren Nr. 43 für kalkulatorische Zinsen einen Zinssatz von 6,5 % vorsehe. Die LSP finden – so § 3 Abs. 1 S. 5 GasNEV – nur dann Anwendung, wenn hinsichtlich der Kostenermittlung keine besonderen Regelungen getroffen werden. Eine solche besondere Regelung stellt indessen – wie bereits die Beschlusskammer in der angefochtenen Entscheidung auf S. 16 zutreffend ausgeführt hat - § 5 Abs. 2 GasNEV dar, wonach Fremdkapitalzinsen in ihrer tatsächlichen Höhe, höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen sind (s.a. OLG München, Beschluss vom 22.02.2007, Kart 2/06, S. 7 BA; OLG Bamberg, Beschluss vom 21.02.2007, VA 5/06 (Kart), S. 7 BA). Gemäß § 5 Abs. 2 GasNEV sind Fremdkapitalzinsen in ihrer tatsächlichen Höhe, höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen. 107

Die Annahme eines Zinssatzes von 4,8 % begegnet nach der den Parteien bekannten Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 11.07.2007 – VI – 3 Kart 17/07 (V) "Bad Honnef", S. 13 BA) keinen Bedenken. Der Verordnungsgeber hat in der Verordnungsbegründung zu § 5 eine Auslegungsregel bereitgestellt, wonach als angemessener Zinssatz der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere (aller) inländischen Emittenten angesehen wird (Reg-Begr. zu § 5 Abs. 2 GasNEV, BR-Drs. 247/05, S. 27). Dieser liegt nach der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank (Juli 2005, S. 36) unbestritten bei 4, 8 %. 108

Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, die Beschlusskammer hätte als kapitalmarktüblich nicht die durchschnittliche Rendite der letzten 10 Jahre aller im Umlauf befindlichen festverzinslichen Inhaberschuldverschreibungen mit einer vereinbarten Laufzeit von mehr als vier Jahren, sondern den Durchschnittswert langfristiger Industrieanleihen zugrundelegen müssen. Auf letztere – so die Antragstellerin pauschal – sei abzustellen, weil die Gruppe aller im Umlauf befindlicher festverzinslicher Inhaberschuldverschreibungen durch insolvenzfeste staatliche Emittenten geprägt sei, während Netzbetreiber nicht insolvenzfest seien. Letztlich geht es der Antragstellerin um die Anerkennung eines branchenspezifischen Risiko- oder Wagniszuschlags, der indessen vom Verordnungsgeber nicht gewollt und schon von daher nicht gerechtfertigt ist. 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 ist 109

in § 7 Abs. 4 GasNEV geregelt, dass der insoweit auf Neuanlagen entfallende Eigenkapitalzinssatz den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher 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. Bei der Höhe des Wagniszuschlags sind gem. Abs. 5 insbesondere die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Betreibern von Gasversorgungsnetzen auf diesen Märkten, die durchschnittliche Eigenkapitalverzinsung von Gasversorgungsnetzbetreibern auf ausländischen Märkten sowie beobachtete und quantifizierbare unternehmerische Wagnisse zu berücksichtigen. Bis zur erstmaligen Festlegung durch die Regulierungsbehörde hat der Verordnungsgeber den Eigenkapitalzinssatz bei Neuanlagen auf 9,21 % und bei Altanlagen auf 7,8 % vor Steuern festgeschrieben. Selbst die Notwendigkeit dieses Wagniszuschlags ist im Gesetzgebungsverfahren z.T. grundsätzlich bestritten worden, zum Teil ist gegen seine Höhe eingewandt worden, das durch die periodenübergreifende Saldierung (§ 10 GasNEV) verminderte Risiko werde nicht ausreichend berücksichtigt, für eine höhere Verzinsung im Gasbereich und deren längere Laufzeit sei ein Bedürfnis nicht ersichtlich (vgl. nur: König/Schellberg RdE 2005, 1, 4 m.w.N.; Bundeskartellamt in der SV-Anhörung im BT-Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15 (9) 1605, S. 64). Die Verzinsung des überschießenden Anteils des Eigenkapitals hatte der Verordnungsgeber dagegen zunächst nicht vorgesehen und diese erst eingefügt, um den ernsthaften Bedenken gegen die Eigenkapitalquotenbegrenzung zu begegnen und eine Diskriminierung der Eigenkapitalgeber gegenüber dem Fremdkapitalgeber zu vermeiden, indem für das die Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital die Verzinsung nominal wie Fremdkapital angesetzt wird (BT-Drs. 15 (9) 1605, S. 4 f.). Bei dessen Ermittlung hat der Verordnungsgeber – wie aus der Gegenüberstellung mit § 7 Abs. 4 GasNEV ersichtlich wird - für die Berücksichtigung eines branchenspezifischen Risiko- oder Wagniszuschlags keinen Raum gesehen. Als angemessenen Zinssatz hat der Verordnungsgeber insoweit den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere (aller) inländischer Emittenten angesehen, die im Übrigen deren unternehmensspezifische Risikozuschläge beinhalten.

Von daher kommt es nicht weiter darauf an, dass die Zubilligung eines Wagniszuschlags wegen des geringen unternehmerischen Risikos der Gasnetzbetreiber ohnehin nicht gerechtfertigt erscheint. Gerade die von der Entgeltregulierung betroffenen – und nicht von dem Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 2 GasNEV erfassten - Gasnetzbetreiber haben nach wie vor eine Monopolstellung im Bereich der Gasverteilung. Angesichts der staatlichen Entgeltregulierung, die das spezifische Auslastungsrisiko durch die Möglichkeit periodenübergreifender Saldierung berücksichtigt, besteht überdies eine hohe Gewähr dafür, dass sie eine Kostenerstattung erhalten und überdies eine angemessene Kapitalverzinsung erwirtschaften werden, so dass das geltend gemachte Insolvenzrisiko nicht ersichtlich ist (so auch: OLG München, OLG Bamberg a.a.O.).

4. Mit Erfolg wendet sich die Antragstellerin dagegen, dass die Beschlusskammer die kalkulatorischen Abschreibungen für die Anlagengruppe "Rohrleitungen/ Hausanschlussleitungen kathodisch geschützt" auf ... € gekürzt hat. 111

4.1. Mit Recht beanstandet sie, dass dem Bescheid der Beschlusskammer nicht ausreichend entnommen werden kann, worauf diese Kürzung beruht. In dem Beschluss heißt es auf Seite 112

28 lediglich: "Kalkulatorische Abschreibungen für das Sachanlagevermögen wurden gegenüber den dem Antrag zugrundegelegten Ansätzen um ... € auf ... € gekürzt. Die Veränderungen sind insbesondere auf folgende Gründe zurückzuführen: Die Antragstellerin hat tatsächlich gemäß den Restwertangaben im Erhebungsbogen in der Vergangenheit Nutzungsdauern angewendet, die kürzer sind als der untere Spannenwert gemäß der Anlage 1 zur GasNEV. Abschreibungen wurden für Vermögensgegenstände geltend gemacht, bei denen die Nutzungsdauer bereits überschritten ist. Die für die Vergangenheit eingesetzte Nutzungsdauer liegt über dem unteren Spannenwert gemäß der Anlage 1 zur GasNEV. Die von der Antragstellerin herangezogenen Indexreihen liegen über der von der Beschlusskammer für die jeweilige Anlagengruppe maximal anerkannten Indexreihe. Von der Antragstellerin wurden unterjährige Abschreibungen vorgenommen. In den Anlagen 4.1a und 4.2a zu diesem Beschluss sind die Kürzungen -gegliedert nach Anlagen - im Einzelnen dargestellt. "

In Anlage 4.2 a hat die Beschlusskammer sodann die sich hinsichtlich der Abschreibungen ergebenden Differenzen dergestalt dargestellt, dass sie tabellarisch die von ihr ermittelten Werte denen der Antragstellerin gegenübergestellt und dabei auch die Differenzen ausgewiesen hat, allerdings ohne kenntlich zu machen, wie sich die Kürzungen errechnen und worauf sie im Einzelnen beruhen. Damit genügt der Beschluss insoweit nicht dem gesetzlichen Erfordernis des § 73 Abs. 1 EnWG, wonach die Entscheidung zu begründen ist. Ebenso wie im Kartellverfahrensrecht, dessen § 61 Abs. 1 GWB § 73 Abs. 1 EnWG nachgebildet ist, muss die Begründung vollständig sein, d.h. sie muss die Prüfung der Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ermöglichen und die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe enthalten, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Ausreichend, aber auch erforderlich ist es, dass die tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die die Entscheidung tragen, in überprüfbarer Form mitgeteilt werden (Kiecker in: Langen/Bunte, Rdnr. 5 zu § 61). Einer solchen näheren Erläuterung hätte es schon deshalb bedurft, weil nicht nur die streitgegenständlichen Rohrleitungen, sondern weitere Anlagengruppen von Kürzungen betroffen sind, so die Geschäftsausstattung, Regeleinrichtungen und Fernwirkanlagen und es ganz offensichtlich konkreter Zwischenschritte bedurfte, um zu den von der Bundesnetzagentur ermittelten Werten zu gelangen. 113

4.2. Im Beschwerdeverfahren hat die Bundesnetzagentur zu der beanstandeten Kürzung von ... € auf ... € unter Vorlage einer Excel-Tabelle, aus der sich die Herleitung der einzelnen Werte ergibt (Anlage BG 7), erläuternd vorgetragen. 114

Ergänzend zu der Entgeltgenehmigung führt sie aus, die von der Antragstellerin angegriffenen Kürzungen beruhen allein darauf, dass 115

- - die Restwerte nicht durchgängig mit der von der Antragstellerin angesetzten Nutzungsdauer hätten berechnet werden dürfen, sondern ab dem 1.01.2004 vor dem Hintergrund der §§ 32 Abs. 3, 6 Abs. 5 GasNEV i.V.m. Anlage 1 zur GasNEV der gesetzlich vorgegebene Nutzungsdauerwechsel zu berücksichtigen war, und 116

- die Antragstellerin unzulässige unterjährige Abschreibungen vorgenommen habe. 117

Hiergegen wendet die Antragstellerin letztlich nur noch ein, die kalkulatorischen Restwerte zum 31.12.2003 seien zu ihrem Nachteil nicht entsprechend der Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 1. HS GasNEV mit einer Nutzungsdauer von 55 Jahren, sondern mit einer von der Beschlusskammer errechneten geringeren Nutzungsdauer ermittelt worden, so dass insoweit 118

ihr Antrag neu zu bescheiden sei. Im Zuge dessen seien bei dem Ansatz von Tagesneuwerten die W.-Reihen "Wertbasis 2004" zu verwenden, denn sie habe fälschlich bei ihrem Erhebungsbogen nur die W.-Reihen "Wertbasis 2003" berücksichtigt, so dass die von 2003 nach 2004 fortschreitende Teuerung nicht berücksichtigt worden sei. Die weitere Kürzung wegen unzulässiger unterjähriger Abschreibungen werde nicht streitig gestellt. Nach der von ihr vorgenommenen Neuberechnung unter Berücksichtigung einer Nutzungsdauer von 55 Jahren und unter Verwendung der W.-Reihen "Wertbasis 2004" ergebe sich ein Abschreibungsbetrag von ... €.

Angegriffen ist also nur noch die Kürzung von ... € auf ... €. 119

4.3. Die angegriffene Kürzung ist auch nach dem ergänzenden Vorbringen rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Restwerts zum 31.12.2003 nicht gem. § 32 Abs. 3 Satz 3 1.Hs. GasNEV die unteren Werte der in Anlage 1 genannten Nutzungsdauern, sondern von ihr anhand der Angaben der Antragstellerin errechnete Nutzungsdauern zugrunde gelegt hat. 120

§ 32 Abs. 3 Satz 1 GasNEV schreibt als Übergangsregelung für die erstmalige Ermittlung der Netzentgelte vor, dass die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für den eigenfinanzierten Anteil auf Tagesneuwertbasis nach § 6 Abs. 3 und für den fremdfinanzierten Anteil anschaffungsorientiert zu bestimmen und anlagenscharf zu dokumentieren sind. Soweit es die Nutzungsdauer angeht, ist in Satz 2 und Satz 3 folgendes weiter geregelt: Satz 2 schreibt grundsätzlich vor, die tatsächlich zugrundegelegte Nutzungsdauer zur Berechnung heranzuziehen. Insoweit enthält § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV eine an § 32 Abs. 3 Satz 4 StromNEV angelehnte Vermutung, die eingreifen soll, "soweit keine kostenorientierten Preise gefordert worden sind". Bei Vorliegen dieser Voraussetzung wird vermutet, dass der kalkulatorischen Abschreibung die bei Unternehmen der Netzbetreiberbranche übliche Nutzungsdauer – und von dieser der in Anlage 1 niedergelegte untere Wert der Spanne von Nutzungsdauern – zugrundegelegt worden ist. Anderes gilt nur dann, wenn der Betreiber des Gasversorgungsnetzes dies nachweist. 121

Die Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 GasNEV greift hier ein. In der Regel war der Gaspreis nach dem Grundsatz der Anlegbarkeit an der jeweiligen Wettbewerbsenergie, dem Ölpreis orientiert, so dass keine kostenorientierte Gaspreisbildung erfolgte. Dass die Antragstellerin für die kalkulatorischen Abschreibungen der Rohrleitungen hier den tatsächlichen Ansatz einer anderen – kürzeren - Nutzungsdauer nachgewiesen hat, ist weder ersichtlich noch geltend gemacht. Angesichts der Tatsache, dass eine kostenbasierte Entgeltbildung nicht erfolgte, geben die Netzbetreiber lediglich zum Zwecke der Darstellung im sogen. B 2 Bogen die üblichen Nutzungsdauern und auf diesen basierend fiktive Abschreibungen an. Dies stellt – nach den vom Senat gewonnenen Erkenntnissen aus weiteren Beschwerdeverfahren auch für die Bundesnetzagentur - schon grundsätzlich keinen "Nachweis" dar (s. nur: Senatsbeschluss vom 26.09.2007, VI-3 Kart 459/06 (V) "Stadtwerke Hannover"). Hinzu kommt, dass die Antragstellerin zunächst die maßgeblichen Anlagegüter falsch eingeordnet hatte, was ganz offensichtlich bei der Umgruppierung nicht auch zu einer Änderung der Nutzungsdauer und damit der Höhe der fiktiven Abschreibungen geführt hat. So hat sie unter dem 7. Juli 2006 den Erhebungsbogen B 2 neu über das Netzbetreiberportal an die Bundesnetzagentur hoch geladen und zu den von ihr vorgenommenen Änderungen u.a. erläutert, dass sie die Rohrleitungen ursprünglich falsch als PVC-Leitungen ausgewiesen habe, sie indessen in ihrem Netz nicht über solche verfüge, sondern überwiegend über kathodisch geschützte Stahlleitungen und sich von daher die bei den AK/HK beziehungsweise bei den Tagesneuwerten aufgetretene Differenz verringern müsse (Bl. 376 122

VV). Auch von daher bestand kein Anlass, die Nutzungsdauer anhand der Angaben der Antragstellerin zu berechnen.

Von daher ist die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Beachtung der Vermutungsregel des § 32 Abs. 3 Satz 2 GasNEV zu verpflichten. Im Rahmen dessen ist dann auch Raum für den von der Bundesnetzagentur erstmals mit Schriftsatz vom 28.09.2007 geforderten weiteren Nachweis über den tatsächlichen Einsatz von Rohrleitungen der Kategorie "kathodisch geschützt". Keinen Anlass sieht der Senat hingegen, der Bundesnetzagentur auch aufzugeben, die Neubescheidung unter Zugrundelegung der W. Reihe Wertbasis 2004 vorzunehmen und damit die fortschreitende Teuerung zu berücksichtigen. Gegenstand der Beschwerde ist nur der angegriffene Bescheid, so dass im Beschwerdeverfahren grundsätzlich kein Raum für Korrekturen von fehlerhaften Angaben der Antragsteller sein darf. Auch wenn es hier zu einer Neubescheidung kommt, muss es im Grundsatz dabei verbleiben, dass maßgeblich die Daten der Antragstellung bleiben, andernfalls würde die Neubescheidung in einem Punkt dazu führen, dass der Behörde zu anderen hiermit im Zusammenhang stehenden Punkten eine völlig neue Tatsachengrundlage unterbreitet wird.

5. Mit Erfolg greift die Antragstellerin auch den Umstand an, dass die Beschlusskammer bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer des Netzbetreibers angesichts der zugrundegelegten Kosten zu negativen Werten gelangt ist.

§ 21 Abs.2 Satz 1 EnWG sieht eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des vom Netzbetreiber eingesetzten Kapitals vor. Hat dieser – wie hier die Antragstellerin als Pächterin der Anlagen - als Ergebnis der nach § 7 GasNEV vorzunehmenden Berechnung des Eigenkapitals kein positives, sondern ein negatives Ergebnis, so beträgt das kalkulatorisch zu verzinsende Eigenkapital richtigerweise 0. Einem negativen Ansatz stehen Sinn und Zweck des § 7 und das System der kostenorientierten Entgeltbildung entgegen, die – wie oben ausgeführt – von den Kosten der Netzbetriebsführung ausgeht, welche nach §§ 4 ff. GasNEV zu ermitteln sind. Bestandteil dieser ist die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, die eine wettbewerbsfähig angemessene und damit über die Entgelte zu berücksichtigende Verzinsung des vorhandenen Eigenkapitals garantieren soll. Fehlt es an einem solchen Eigenkapital, etwa weil – wie hier – weder Sachanlage- noch Finanzanlagevermögen vorhanden ist, so beläuft sich das anzusetzende Eigenkapital auf 0, so dass es an einer Basis für die kalkulatorische Verzinsung fehlt.

Ohne Erfolg macht die Bundesnetzagentur geltend, das von der Antragstellerin praktizierte Pachtmodell erfordere eine Gesamtbetrachtung der Kosten bei Verpächter und Pächter. Eine solche Gesamtbetrachtung ist in den Netzentgeltverordnungen nicht vorgesehen und lässt sich insbesondere § 4 Abs. 5 GasNEV nicht entnehmen. Letzterer schreibt allein vor, dass die aus der Überlassung betriebsnotwendiger Anlagen durch Dritte resultierenden Kosten nur in der Höhe angesetzt werden können, wie sie anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer der Anlagen wäre (BR-Drs. 247/05 S. 27).

Unter Berücksichtigung dessen hat sich die Neuberechnung der Bundesnetzagentur folgerichtig auch auf die kalkulatorische Gewerbesteuer zu erstrecken, weil mangels einer negativen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung auch die kalkulatorische Gewerbesteuer nicht negativ ausfallen, sondern allenfalls bei 0 liegen kann.

6. Im Umfang der rechtswidrigen Kürzungen ist das Preisblatt von der Bundesnetzagentur neu zu berechnen, so dass Spruchreife fehlt. 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 Bescheidungsanspruch bei fehlender Spruchreife eines Verpflichtungsbegehrens entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zulässig (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).

Dabei hat die Neubescheidung für den Zeitraum der aufgehobenen Genehmigung - vom 20. Dezember 2006 bis zum 31. März 2008 -, also rückwirkend zu erfolgen, weil die Geltungsdauer der Genehmigung zu erhalten ist. 129

Die Rechtmäßigkeit des Netznutzungsentgelts steht unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Die Genehmigung wird mit ihrem Erlass sofort vollziehbar, da eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Diese Rechtsstellung muss dem Netzbetreiber, der sich ab Erteilung der Genehmigung darauf einstellen muss, dass mit diesem Wirkungszeitpunkt entweder das genehmigte oder das materiell zu genehmigende Entgelt wirksam wird, erhalten werden (so auch OLG Naumburg, - 1 W 25/06- Beschluss vom 16. April 2007, S. 26 f. BA; OLG Koblenz – W 605/06 – Beschluss vom 4. Mai 2007, S. 40 BA). 130

Ohne Erfolg begehrt die Antragstellerin in diesem Zusammenhang mit ihrem Antrag zu 4. weiter die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, "die übrigen Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin gegenüber den dem Bescheid vom 19. Dezember 2006 zu Grunde liegenden Kalkulationsansätzen und Berechnungsmethoden zu verändern". Für eine solche Verpflichtung ist kein Raum. Die Regulierungsbehörde ist im Rahmen der Neubescheidung an einer "Verböserung" anderer, nicht angegriffener Kalkulationsansätze und Berechnungsmethoden nicht gehindert. Diese waren nicht Gegenstand gerichtlicher Prüfung, so dass der Senatsbeschluss schon von daher diesbezüglich auch keine Bindungswirkung entfalten kann. Die Entgeltgenehmigung selbst kann insoweit eben so wenig in Bestandskraft erwachsen. Die von der Regulierungsbehörde getroffenen Feststellungen werden von der ausgesprochenen Aufhebung erfasst, die sich auf diese in ihrem vollen Umfang erstreckt, weil Teile der Genehmigung nicht abtrennbar sind. Die Entgeltgenehmigung kann als Verwaltungsakt gem. § 43 Abs. 2 VwVfG nur wirksam bleiben, soweit sie nicht aufgehoben wird. Eine Teilaufhebung kommt indessen nur dann in Betracht, wenn der Verwaltungsakt teilbar ist, d.h. der aufrechterhaltene Teil selbständig fort existieren könnte (vgl. nur: Meyer in: Knack, VwVfG, 8. A., Rdnr. 34 zu § 43; Rdnr. 53 zu § 48; jew. m.w.N.). Dies ist bei einzelnen in die Entgeltgenehmigung einfließenden Kostenbestandteilen nicht der Fall. Im Rahmen der Neubescheidung, die wiederum beschwerdefähig ist, kann die Regulierungsbehörde daher sehr wohl auch bezüglich nicht angegriffener Punkte zu einer Beurteilung kommen, die von der aufgehobenen Entgeltgenehmigung abweicht. 131

D. 132

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1, 2 EnWG. Da die Beschwerde des beigeladenen Verbands unzulässig ist, hat er die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur entsprechend seinem verhältnismäßigen Unterliegen zu tragen. Im Übrigen sieht der Senat es als billig an, die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragstellerin sowie der Bundesnetzagentur nach dem Verhältnis des jeweiligen Unterliegens mit 1/3 der Bundesnetzagentur und 2/3 der Antragstellerin aufzuerlegen. 133

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren findet ihre Grundlage in §§ 50 Abs. 1 Nr. 2, 45 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO. Der Senat bemisst das für die Streitwertfestsetzung maßgebliche Interesse der Antragstellerin an der erstrebten Genehmigung im Einvernehmen mit den Parteien auf 740.000 € und das des beigeladenen Verbands auf 100.000 €.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und im Übrigen auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dies erfordert (§ 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

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. 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 müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

L. v. R. W.