

VI-5 Kart 33/14 [V]



Verkündet am: 21.01.2016

Heinen, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Stadtwerke X. GmbH,

Betroffene und Beschwerdeführerin,

g e g e n

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen als **Landesregulierungsbehörde**, vertreten durch seinen Minister Garrelt Duin, Berger Allee 25, 40213 Düsseldorf,

Beschwerdegegnerin,

weiter beteiligt:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas und Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2015 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht van Rossum, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Egger und die Richterin am Oberlandesgericht Adam

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 05.09.2014 wird der Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 05.08.2014 – VB4-38-20/1.1 – in Tenorziffer 5 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Betroffenen zu 70 % und der Landesregulierungsbehörde zu 30 % auferlegt. Die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde tragen diese zu 60 % und die Betroffene zu 40 %. Die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der beteiligten Bundesnetzagentur trägt die Betroffene zu 70 %. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 1.120.903 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in X, wo sie u.a. das regionale Gasnetz mit x Ausspeisepunkten betreibt.

Im Sommer 2011 leitete die Landesregulierungsbehörde gegen sie von Amts wegen das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 der ARegV i.V.m. § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG ein. Schon zuvor, im Mai 2011, hatte sich die Betroffene für die Teilnahme am sogenannten vereinfachten Verfahren gem. § 24 ARegV entschieden. Mit Bescheid vom 22.06.2011 genehmigte die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen die Teilnahme am vereinfachten Verfahren, so dass für sie ein Effizienzwert von 89,97 % zugrunde gelegt wurde. Dieser war den Netzbetreibern am 08.12.2010 als gewichteter durchschnittlicher Wert aller in dem bundesweiten Effizienzvergleich nach den §§ 12 bis 14 ARegV für die vorangegangene Regulierungsperiode ermittelten und nach § 15 Abs. 1 ARegV bereinigten Effizienzwerte (gemittelter Effizienzwert) mitgeteilt worden.

Im September 2011 übermittelte die Betroffene im Rahmen des Verwaltungsverfahrens die erforderlichen Daten und Informationen, u.a. den Bericht nach § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV. Dabei setzte sie für Grundstücke zu AK/HK einen Wert in Höhe von x € an. Bezüglich der Verzinsung des Eigenkapitals legte sie einen Zinssatz in Höhe von 7,56 % für Altanlagen und in Höhe von 9,29 % für Neuanlagen sowie einen solchen von 4,9 % für die Verzinsung des 40 % übersteigenden Eigenkapitals zugrunde. Vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur seinerzeit noch keine aktualisierten Indexreihen festgelegt hatte, ermittelte sie die Tagesneuwerte mit Hilfe der Indexreihen der WIBERA. Unter dem 02.07.2012 teilte die Landesregulierungsbehörde ihr das aus ihrer Sicht berücksichtigungsfähige Ergebnis der Kostenprüfung mit. Danach belief sich das Ausgangsniveau zunächst auf x €. In dem Schreiben heißt es u.a.:

„Das Ergebnis wird rechnerisch modifiziert, wenn sich bis zur Anhörung für die Erlösobergrenzenermittlung zur 2. Regulierungsperiode (2013 – 2017) folgende Parameter ändern:

- a) die verwendeten Zinssätze zur Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung
- b) die Indexreihen zur Berechnung der kalkulatorischen Restwerte
- c) die Berechnungsmethodik der kalkulatorischen Gewerbesteuer.

Eine mögliche Beschwerde gegen die in diesem Prüfergebnis enthaltenen Berechnungen beschränkt sich auf die unter (a) bis (c) genannten Punkte. Ich bitte um schriftliche Rückmeldung, ob Sie mit dem Prüfergebnis unter den vorstehenden Bedingungen einverstanden sind....“

Dem Prüfergebnis stimmte die Betroffene am 16.07.2012 wie folgt zu:

„...In folgenden Punkten teilen wir nicht Ihr Ergebnis und weisen darauf hin, dass die Stadtwerke Werl GmbH diesbezüglich Beschwerde einlegen werden:

1. die verwendeten Zinssätze zur Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung
2. die Indexreihen zur Berechnung der kalkulatorischen Restwerte
3. Berechnungsmethodik der kalkulatorischen Gewerbesteuer.

In den übrigen Punkten stimmen wir Ihrem Prüfergebnis zu. ...“

Vor dem Hintergrund der Änderungen, die sich aus der am 22.08.2013 in Kraft getretenen GasNEV-Novelle für die Zinssätze im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung und die Indexreihen ergaben, verringerte sich das berücksichtigungsfähige Ausgangsniveau später auf x €. In der Folgezeit hatte die Betroffene Gelegenheit, sich u.a. zu der beabsichtigten Erlösobergrenzenfestsetzung zu äußern. Sie beanstandete u.a. die Ermittlung des pauschalierten Effizienzwerts als rechtsfehlerhaft zu niedrig, den Ansatz der Grundstücke nur zu historischen Anschaffungskosten, die für Anlagen im Bau vorgenommene Mittelwertbildung, die Indexreihen für die Ermittlung von Tagesneuwerten, die Zinssätze für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und den Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer.

Durch den angegriffenen Bescheid hat die Landesregulierungsbehörde die Erlös-obergrenzen der Betroffenen für die zweite Regulierungsperiode wie folgt festgelegt:

2013	x €
2014	x €
2015	x €
2016	x €
2017	x €.

Die Landesregulierungsbehörde hat in Tenorziffer 5 des Bescheides angeordnet, dass der Widerruf der Festlegung vorbehalten bleibe. In der Begründung verweist die Behörde darauf, dass der Vorbehalt des Widerrufs auf § 36 Abs. 2 VwVfG beruhe. Der Landesregulierungsbehörde müsse eine Änderung ermöglicht werden, wenn nachträglich festgestellt werde, dass das nach § 6 ARegV bestimmte Ausgangsniveau der Erlösobergrenze auf falschen Tatsachen beruhe. „Insbesondere“ solle der vorbehaltene Widerruf auch deshalb erfolgen, weil noch nicht rechtskräftig entschieden sei, dass entgegen der Auffassung einiger Regulierungsbehörden die Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV/GasNEV auch im ersten Anschaffungsjahr anzuwenden sei (vgl. IV-3 Kart 198/12 (V)). Die Landesregulierungsbehörde habe bei der Festlegung der Erlösobergrenze die Mittelwertbildung im Anschaffungsjahr angewendet. Sollte der Bundesgerichtshof dies als rechtswidrig einstufen, müsse die Festlegung der Erlösobergrenze rückwirkend angepasst werden.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde.

Die Betroffene meint:

Die Landesregulierungsbehörde habe ein zu geringes Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen ermittelt.

Der Ermittlung der Tagesneuwerte habe die Landesregulierungsbehörde rechts- und sachwidrige Indexreihen zu Grunde gelegt und damit zu geringe kalkulatorische Abschreibungen, eine zu geringe kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und in der

Folge eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer ermittelt. Die in dem neu eingeführten § 6a GasNEV festgelegten Indexreihen verstießen gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, § 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG. Sie führten nicht zu der gesetzlich intendierten bestmöglichen und repräsentativen Bewertung der Anlagen. Ein langfristig angelegter, leistungsfähiger und zuverlässiger Netzbetrieb könne unter Anwendung des § 6a GasNEV nicht gewährleistet werden. Die Indexreihen stünden daher nicht im Einklang mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen und Vorgaben, die die Rechtsprechung schon bei den in der ersten Regulierungsperiode angewandten Indexreihen herangezogen habe. Zudem seien die Indexreihen in § 6a GasNEV zu stark vereinfacht und griffen auf hoch aggregierte Wirtschaftszweige zurück, die keine repräsentative Abbildung der Preisentwicklung von Netzbetreiberanlagen ermöglichten. Eine repräsentative Abbildung der Preisentwicklung der Anlagegüter eines Netzbetreibers werde schon im Ansatz verfehlt, wenn für die über 40 zu bewertenden Anlagegüter nur vier Indexreihen herangezogen würden. Die Simplifizierung der Indexreihen lasse sich nicht mit nicht näher spezifizierten „Praktikabilitäts- und Transparenzgründen“ rechtfertigen. Die einschlägigen und bestmöglich abbildenden (Misch-)Indexreihen hätten beispielsweise durch die Einholung eines Gutachtens ermittelt werden können. Das Statistische Bundesamt stelle Indexreihen zur Verfügung, welche die Preisentwicklung der Anlagengüter von Gasnetzbetreibern - durch die Bildung von Mischindizes - sachgerechter abbilden könnten. Entgegen der in der Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe seien die Indexreihen auch nicht plausibilisiert worden, obwohl den Verordnungsgeber dahingehend eine Aufklärungspflicht treffe. Durch eine nachgereichte Plausibilisierungsrechnung des Prozessreferats der Bundesnetzagentur könne eine nicht erfolgte, aber notwendige Plausibilisierung des Verordnungsgebers nicht nachgeholt werden. Für Rechtsverordnungen sei grundsätzlich eine Begründung zu verlangen, wie sie auch im EU-Recht vorgesehen und überdies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich sei. Die Plausibilisierungsrechnung sei zudem aufgrund methodischer Mängel ungeeignet. Der Index der Energiewirtschaft erhalte zahlreiche sachfremde Bestandteile. Die Gaswirtschaft sei nur mit einem Anteil von 7,7 % an diesem Index berücksichtigt. Durch die gewählten Indexreihen werde die Entwicklung der Lohnkosten nicht bestmöglich und repräsentativ abgebildet, vorrangig sei vielmehr auf die Verhältnisse des Baugewerbes und damit auf den Index für das Baugewerbe

abzustellen. Weder die Besonderheiten der unterschiedlichen Materialarten der Leitungen noch die materialspezifischen Preissteigerungen beim Gasrohrleitungsbau würden erfasst. Der Preisindex „Ortskanäle“ mache nach den Angaben der Bundesnetzagentur 82 % des gesamten Anlagenvermögens eines Verteilernetzbetreibers aus, bei ihr sogar x %. Er bestehe darüber hinaus zu 43,679 % aus dem sachfremden Subindex „Entwässerungskanalarbeiten“ aus dem Abwasserbereich, der sich wiederum aus nicht repräsentativen Subindizes zusammensetze. Hinzu komme, dass die Materialkomponente bei der Anlagengruppe Rohrleitungen durch den Index „Ortskanäle“ nicht erfasst werde, obwohl diese einen wesentlichen Anteil einnehme. Material- und Montagekosten von Beton- und Stahlbetonrohren sowie Steinzeugrohren im Abwasserbereich seien in ihrer Entwicklung nicht mit denen für die in der Gaswirtschaft üblichen Materialien Stahl, Guss, PE und PVC vergleichbar, da neue Fertigungs- und Montageverfahren bei Betonrohren gerade keinen Einfluss auf die Kosten der Stahl-, Guss-, PE- oder PVC-Leitungsverlegung hätten. Die Unterscheidung der Reihen für Leitungen größer und kleiner als 16 bar sei ebenfalls willkürlich und führe nicht zu einer bestmöglichen Bewertung der Anlagen. Rohre mit einem Auslegungsdruck < 16 bar enthielten ebenfalls einen mindestens entsprechend hohen Stahlanteil von 40 %. Darüber hinaus sei die in § 6a Abs. 1 Nr. 3 GasNEV für Stahlleitungen erfolgte Verkettung mit dem Index „Ortskanäle“ nicht sachgerecht, da der Mischindex zu 26,207 % den nicht repräsentativen Materialanteil aus dem Abwasserbereich enthalte. Die vom Verordnungsgeber gewählten Mischindizes bildeten die historische Kostenentwicklung ebenso wenig bestmöglich ab, wie das Beispiel der Regeleinrichtungen bei einer Gegenüberstellung zu der anlagen-spezifischen Indexreihe für Regeleinrichtungen auf der Grundlage Indexreihen-Festlegung aus dem Jahre 2011 zeige. Während die Indexreihe nach § 6a Abs. 2 Satz 3 Nr. 4 GasNEV einen durchschnittlichen jährlichen Anstieg von 2,3 % ergebe, liege dieser Anstieg nach der Indexreihen-Festlegung aus dem Jahre 2011 bei 3,1 %. Selbst dieser sei aber unrichtig, nach den Vorgaben der Rechtsprechung ergebe sich richtigerweise sogar ein jährlicher Kostenanstieg i.H.v. 3,5 %. Aus der Anwendung der rechtswidrigen Indexreihen folge allein eine rechtswidrige Kürzung der kalkulatorischen Abschreibungen um x €.

Grundstücke seien unzutreffend nur zu historischen Anschaffungskosten berücksichtigt worden, woraus eine zu geringe kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und in der Folge auch eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer resultiere. Die Lan-

desregulierungsbehörde habe, wie sie – die Betroffene - schon in ihren Stellungnahmen vom 08.05.2013 und 11.02.2014 beanstandet habe, Grundstücke nur zu historischen Anschaffungskosten und nicht zu aktuellen Verkehrswerten berücksichtigt. Sofern es sich bei ihnen um Altanlagen im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 3 GasNEV handele, entspreche das Vorgehen nicht den in § 7 GasNEV enthaltenen Vorgaben. Danach müssten die Restwerte des gesamten betriebsnotwendigen Sachanlagevermögens (Altanlagen), zu dem gemäß § 266 Abs. 2 A. II HGB auch Grundstücke zu rechnen seien, gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV einmal zu historischen Anschaffungskosten und einmal zu Tagesneuwerten ermittelt werden. Indem die Landesregulierungsbehörde die Grundstücke ausschließlich zu historischen Anschaffungskosten berücksichtige, reduziere sie das betriebsnotwendige Vermögen und damit das betriebsnotwendige Eigenkapital. Sie lege ausschließlich die historischen Anschaffungskosten der Grundstücke in Höhe von $x \text{ €}$ (Mittelwert) zu Grunde und lasse damit die aktuellen Verkehrswerte der anteilig dem Gasnetz zugeordneten Grundstücke i.H.v. $x \text{ €}$ unberücksichtigt. Dies führe bei ihr zu einer Kürzung des Ausgangsniveaus in Höhe von $x \text{ €}$ pro Jahr. Unzutreffend sei die Auffassung der Landesregulierungsbehörde, dass sich die Rechtslage nach dem mit Wirkung vom 06.11.2007 ergänzten Satz 3 des § 7 Abs. 1 GasNEV beurteile. Sie mache die Anerkennung von Grundstücken geltend, welche vor dem 01.01.2006 angeschafft worden sind, so dass es sich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 GasNEV um Altanlagen handle, die entsprechend § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 GasNEV zu Tagesneuwerten zu bewerten seien. Aus der Neuregelung folge nur, dass die Methode klargestellt werden sollte, mit der die aktuellen Grundstückswerte ermittelt werden, nicht aber eine Abkehr der Bewertung von Grundstücken mit ihren aktuellen Werten zu einer Bewertung zu historischen Werten. Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung in § 7 GasNEV sprächen dafür, die Grundstücke nicht nur mit den historischen Anschaffungswerten, sondern auch mit aktuellen Anschaffungswerten anzusetzen. Letztere würden dabei mangels verfügbarer Indexreihen nicht durch Tagesneuwertindizierung, sondern durch Ermittlung der aktuellen Verkehrswerte anhand der Bodenrichtwerte ermittelt.

Den Zinssatz für das überschießende Eigenkapital habe die Landesregulierungsbehörde rechtsfehlerhaft ermittelt und damit ebenfalls eine zu geringe kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und in der Folge eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer in Ansatz gebracht. Die Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV sei wegen Verstoßes gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verord-

nungsermächtigung in §§ 24 Satz 1 Nr. 1 und 4 EnWG, 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG nichtig, denn der nun festgelegte Zinssatz entspreche nicht der vom Gesetzgeber intendierten angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Die festgelegten Umlaufrenditen berücksichtigten die unternehmerischen Risiken des Netzbetriebs nicht in der vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung vorgeschriebenen Form. Ihr Gasnetzbetrieb weise umfangreiche spezifische Risiken auf, die im Rahmen der Verzinsung daher Berücksichtigung finden müssten. Als Gasnetzbetreiberin stehe sie auf dem Wärme- markt in einem Substitutionswettbewerb mit anderen Wärmeträgern – Fernwärme und alternative Energieträger, wie Wärmepumpen, Holzpellets und Erdwärme -. Die vom Ordnungsgeber aufgestellte Prämisse von der natürlichen Monopolstellung sei daher bereits für sich gesetzeswidrig. Netzbetreiber unterlägen auch einem Verlustrisiko, insbesondere könnten sie nicht jederzeit alle ihre Kosten auf die angeschlossenen Netzkunden abwälzen, so seien insolvenzbedingte Forderungsausfälle außerhalb des Basisjahres vom Netzbetreiber zu tragen. Es bestehe auch keine unbegrenzte Nachschusspflicht der Gesellschafter zur Vermeidung einer Insolvenz. Dies gelte auch für kommunale Anteilseigner. Außerdem habe sich das Rating der Netzbetreiber im Basisjahr 2010 im Vergleich zum Jahr 2004, für das der Gutachter Prof. Dr. K. ein AA-Rating unterstellt habe, tendenziell auf „A“ verschlechtert. Dennoch flössen Unternehmensanleihen, die am ehesten das unternehmerische Risiko eines Netzbetreibers widerspiegeln, nur zu einem Drittel in die Berechnung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital ein. Dagegen werde durch die Berücksichtigung der Anleihen der öffentlichen Hand und der Hypothekenpfandbriefe zu zwei Dritteln unterstellt, dass der Netzbetreiber risikolos bzw. nahezu risikolos tätig sei. Dies sei jedoch nicht ausreichend und hätte durch den Ordnungsgeber im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Ordnungsänderung aufgeklärt und berücksichtigt werden müssen, was jedoch nicht erfolgt sei. Da besser geeignete und zugleich mildere Bewertungsmaßstäbe zur Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos vorlägen, sei die neue Regelung unverhältnismäßig. Nach der vom Bundesgerichtshof als angemessen angesehenen Methodik auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. K. würde der Zinssatz im Jahr 2010 um 0,47 % Punkte über dem nach der Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 7 GasNEV liegen. Die Anwendung der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgegebenen Umlaufrenditen habe zudem eine mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbare Ungleichbehandlung der Netzbe-

treiber zur Folge, deren Netzbetrieb überschießendes Eigenkapital aufweise, weil dieses systematisch niedriger als Fremdkapital verzinst werde, denn die Deckelung der höchstzulässigen Fremdkapitalzinsen nach § 5 Abs. 2 GasNEV sei auch nach der Verordnungsänderung unverändert geblieben. Für den Fall, dass der Senat annehme, dass nicht allein die Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 7 GasNEV nichtig sei, sondern die Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV insgesamt, sei aufgrund der dann bestehenden planwidrigen Regelungslücke eine Analogie zu § 5 Abs. 2 GasNEV zu ziehen.

Die Landesregulierungsbehörde habe außerdem die kalkulatorische Gewerbesteuer unter Verstoß gegen §§ 8 GasNEV, 21 Abs. 2 EnWG fehlerhaft berechnet, indem sie eine „Vom-Hundert“-Rechnung vorgenommen habe. Dies führe zu einer rechtswidrigen Schmälerung der Eigenkapitalverzinsung, die auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzulässig sei. Da § 7 GasNEV die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftsteuer darstelle, sei die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer zu bereinigen, was rechnerisch durch die sogenannte „Im-Hundert“-Rechnung umgesetzt werde. Nur so werde gewährleistet, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung im vollen Umfang erhalten bleibe.

Des Weiteren habe die Landesregulierungsbehörde der Erlösbergrenzenfestlegung einen falschen Effizienzwert zugrunde gelegt. Der von der Bundesnetzagentur mitgeteilte pauschalierte Effizienzwert in Höhe von 89,97 % sei rechtswidrig zu niedrig, weil er entgegen der Vorgabe aus § 24 Abs. 2 ARegV nicht als gewichteter durchschnittlicher Wert aller in dem bundesweiten Effizienzvergleich für die erste Regulierungsperiode ermittelten „und nach § 15 Abs. 1 ARegV bereinigten“ Effizienzwerte gebildet worden sei. Der pauschalierte Effizienzwert habe vielmehr auf den unbereinigten Effizienzwerten der ersten Regulierungsperiode beruht, weil die Bundesnetzagentur den Begriff der Besonderheit der Versorgungsaufgabe rechtswidrig zu eng ausgelegt habe. Eine Bereinigung von Effizienzwerten in nennenswertem Umfang sei von den Regulierungsbehörden erst vorgenommen worden, nachdem sich vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf abgezeichnet habe, dass in zu geringem Umfang Bereinigungen erfolgt seien. Eine Anpassung des pauschalierten Effizienzwerts sei nicht gemäß § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV ausgeschlossen. Auch könne aus § 78 Abs. 4 Nr. 2 EnWG nicht auf eine rechtsvernichtende Präklusion geschlossen wer-

den. Die Berücksichtigung von nachträglichen Bereinigungen führe auch nicht zu einer ewigen Korrekturschleife. Nach allgemein verfahrensrechtlichen Grundsätzen seien Korrekturen des pauschalierten Effizienzwertes für die zweite Regulierungsperiode nur vorzunehmen, soweit diese im Beschwerdewege von dem jeweiligen Netzbetreiber rechtshängig gemacht worden seien. Bei der Neubescheidung des pauschalierten Effizienzwertes für diese Netzbetreiber seien alle Bereinigungen von Effizienzwerten zu berücksichtigen, die bis zum Zeitpunkt der Neubescheidung vorgenommen worden seien. Der pauschalierte Effizienzwert sei darüber hinaus - wie sich erst jetzt im Nachhinein bei der Berechnung der Effizienzwerte für die zweite Regulierungsperiode herausgestellt habe – auch deshalb zu niedrig angesetzt, weil bei der Berechnung der individuellen Effizienzwerte nach der SFA-Methode für die erste Regulierungsperiode ein Störterm rechtswidrig nicht berücksichtigt worden sei. Wäre diese Störgröße bei jedem Berechnungsschritt, auch bei der Umrechnung des Verhältnisses der effizienten und ermittelten Kosten in einen prozentualen individuellen Effizienzwert berücksichtigt worden, hätten sich für eine Vielzahl von Netzbetreiber höhere Effizienzwerte und damit insgesamt ein höherer pauschalierter Effizienzwert ergeben.

Auch der von der Landesregulierungsbehörde in Ziffer 7 des Festlegungstenors angeordnete Widerrufsvorbehalt sei rechtswidrig. Nach dem Willen der Landesregulierungsbehörde solle der Widerrufsvorbehalt gerade nicht auf die ausdrücklich in der Begründung benannten Aspekte beschränkt sein, wie die Verwendung der Formulierung „insbesondere“ zeige. Die Behörde behalte sich ausdrücklich auch die rückwirkende Änderung der streitgegenständlichen Erlösobergrenzenfestlegung vor, so dass auch eine Änderung mit Wirkung für die Vergangenheit möglich sei. Ein solcher unbeschränkter Widerrufsvorbehalt sei rechtswidrig. Es finde sich keine Ermächtigungsgrundlage, insbesondere könne er nicht auf § 29 Abs. 2 EnWG gestützt werden.

Soweit die Betroffene mit der Beschwerde ursprünglich auch die Anwendung der Eigenkapitalzinssätze der Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011 (BK4-11-/304) bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung gerügt hat, haben die Beteiligten diesen Beschwerdepunkt in der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2015 übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem die Landesregulierungsbehörde eine Anpassung des EK I-Zinssatzes für den Fall zugesagt hat, dass

in dem von der Betroffenen gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur beim Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Beschwerdeverfahren VI-3 Kart 468/11 (V) oder in dem ebenfalls beim Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Musterverfahren VI- 3 Kart 459/11 (V) zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige Entscheidung ergeht.

Sie beantragt,

den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 05.08.2014 - Aktenzeichen: VB4-38-20/1.1 – aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu verpflichten, die Erlösobergrenze der 2. Regulierungsperiode für die Jahre 2013 bis 2017 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen,

hilfsweise zur Aufhebung des in Ziffer 5 des Bescheids enthaltenen Widerrufsvorbehalts festzustellen, dass der in Ziffer 5 des Bescheids der Landesregulierungsbehörde vom 05.08.2014 - Aktenzeichen: VB4-38-20/1.1 – enthaltene Widerrufsvorbehalt der Landesregulierungsbehörde nicht zu einer Abänderung der Erlösobergrenzenfestlegung über die Grenzen des § 29 Abs. 2 EnWG hinaus ermächtigt.

Die Landesregulierungsbehörde bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung der maßgeblichen Gründe verteidigt. Sie meint, die Betroffene könne das Kostenprüfergebnis mit ihrer Beschwerde schon nicht mehr angreifen, weil sie sich unter dem 16.07.2012 mit dem Ergebnis einverstanden erklärt habe. Als Landesregulierungsbehörde habe sie die Neuregelungen in § 6a und § 7 Abs. 6 und 7 GasNEV zu den Indexreihen und der Verzinsung des sogenannten überschießenden Eigenkapitals anwenden müssen. Die kalkulatorische Gewerbesteuer habe sie im Einklang mit der Rechtsprechung des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf berechnet. Auch ihr Ansatz der Grundstücke zu Anschaffungskosten stehe im Einklang mit den Vorgaben des Verordnungsgebers in § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV. Die Ermittlung des Effizienzwerts für das vereinfachte Verfahren sei nicht zu beanstanden. Der Widerrufsvorbehalt sei erforderlich, um eine Erlösobergrenze aufgrund späterer Erkenntnisse anpassen zu

können. Hierbei käme eine Vielzahl von Gründen in Betracht, die nicht durch eine entsprechende Formulierung des Widerrufsvorbehalts umfassend antizipiert werden könnten. Dem stehe auch nicht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2015 (EnVR 44/13) entgegen. In der dortigen Entscheidung sei es lediglich um die Frage gegangen, inwieweit Risikozuschläge zu Änderungen der Erlösobergrenze führen können. Hier gehe es jedoch darum, ob der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Mittelwertbildung billige.

Die beteiligte Bundesnetzagentur hat insbesondere zu der Ordnungsänderung des § 6a GasNEV, dem Ansatz der Grundstücke zu historischen Anschaffungskosten, der Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals nach der Neuregelung des § 7 Abs. 7 GasNEV und der Methodik zur Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

I.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG.

II.

In der Sache selbst hat die Beschwerde der Betroffenen indessen aus den in der Senatssitzung mit den Beteiligten eingehend erörterten Gründen ganz überwiegend keinen Erfolg. Die für die zweite Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen sind nicht zu beanstanden. Allein der angeordnete Widerrufsvorbehalt ist rechtswidrig und daher aufzuheben.

1. Indexreihen

Fehl geht der Einwand der Betroffenen, die Landesregulierungsbehörde habe bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV rechtsfehlerhaft die in § 6a GasNEV angeführten Indexreihen des Statistischen Bundesamts zugrunde gelegt.

1.1. Mit Wirkung vom 01.01.2013 hat der Verordnungsgeber durch die Änderungsverordnung vom 31.07.2013 in § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV bestimmt, dass die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf Tagesneuwerte zum jeweiligen Stichtag unter Verwendung von Indexreihen des Statistischen Bundesamts nach Maßgabe des § 6a GasNEV erfolgt. Die von der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 GasNEV i.V.m. § 29 Abs. 2 EnWG am 26.10.2011 bundeseinheitlich festgelegten, anlagengruppenspezifischen Preisindizes (BK9-11/602) waren damit nicht länger heranzuziehen.

§ 6a GasNEV regelt in Abs. 1, welche Indexreihen bei der Ermittlung der Tagesneuwerte Anwendung finden sollen, wobei die anlagengruppenspezifischen Preisindizes im Gasbereich durch vier Indexreihen ersetzt worden sind.

Danach kommen im Gasbereich folgende Indexreihen der Fachserie 17 des Statistischen Bundesamts zum Ansatz:

- die Indexreihe Gewerbliche Betriebsgebäude, Bauleistungen am Bauwerk, ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft) für die Anlagengruppen I.2 Grundstücksanlagen, I.3 Betriebsgebäude, I.4 Verwaltungsgebäude, III.8 Gebäude, Verkehrswege und V.9 Gebäude (Mess-, Regel- und Zähleranlagen)
- die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft) IV Rohrleitungen und Hausanschlussleitungen: IV.1.1 Stahlleitungen PE ummantelt, IV.1.2 Stahlleitungen kathodisch geschützt, IV.1.3 Stahlleitungen bituminiert, IV.2 Grauguss (>DN 150), IV.3 Duktiler Guss, IV.4 Polyethylen (PE-HD) und IV.5 Polyvinylchlorid (PVC), sofern die Anlagengruppen IV.1.1. – 1.3 *nicht* für den Gastransport mit einem Druck größer als 16 bar ausgelegt sind,

- soweit die Stahlleitungen der Anlagengruppen IV.1.1, IV.1.2 und IV.1.3 hingegen für den Gastransport mit einem Druck *größer* als 16 bar ausgelegt sind, ist die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft) nur mit einem Anteil von 60 % anzuwenden und mit dem – übrigen - Anteil von 40 % die Indexreihe Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl (FS 17, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte),
- für alle übrigen Anlagengruppen – mit Ausnahme der Anlagengruppe I.1 Grundstücke – gilt der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte gesamt (Statist. Bundesamt, FS 17).

Sofern diese Indexreihen nicht für den notwendigen Zeitraum der Vergangenheit verfügbar sind, sieht Abs. 2 vor, dass die dort im Einzelnen aufgeführten Ersatzindexreihen der Fachserie 17 – aus den Preisindizes für die Bauwirtschaft bzw. dem Index Erzeugerpreise gewerblicher Produkte - heranzuziehen und mit den in Abs. 1 genannten Indexreihen zu verketteten sind.

1.2. Vor diesem Hintergrund hat die Landesregulierungsbehörde bei der Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf Tagesneuwerte zu Recht die nach Maßgabe des § 6a GasNEV von den Regulierungsbehörden anzuwendenden Preisindizes der Fachserie 17 herangezogen. Diese hatte sie als geltendes Recht zu berücksichtigen, denn sie ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich an Gesetz und Recht gebunden.

Insoweit kann offen bleiben, ob eine einschlägige, insbesondere eine unterhalb eines formellen Gesetzes stehende Rechtsnorm (Satzung, Rechtsverordnung) ausnahmsweise dann außer Acht gelassen werden kann, wenn sich bei der rechtlichen Prüfung durchgreifende Bedenken gegen ihre Wirksamkeit ergeben (zustimmend Sachs, GG, 7. A., Art. 20 Rn. 97 Fn. 360; offen lassend BVerwG, Urteil vom 31.01.2001 - 6 CN 2.00, Rn. 23 f., BVerwGE 112, 373; grds. verneinend OVG NRW, Urteil vom 30.06.2005 - 20 A 3988/03, Rn. 60 ff., OVGE MüLü 50, 139; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.08.2004 - 2 A 4/04, Rn. 23 ff., juris; OVG Saarland, Urteil vom 20.02.1989 - 1 R 103/87, Rn. 28 ff., NVwZ 1990, 152). Eine solche "Normverwertungskompetenz" kann nach ganz h.M. allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Unvereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht schon in einem Verwaltungs-

rechtsstreit von einem Gericht festgestellt worden ist oder die Unwirksamkeit einer untergesetzlichen Norm offensichtlich, d.h. völlig eindeutig, ist (vgl. nur Sommermann in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A., Art. 2 Rn. 271 f.; Uhle in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, E § 24 Rn. 110; OVG NRW, Urteil vom 30.06.2005, a.a.O., Rn. 66; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.08.2004, a.a.O., Rn. 29).

Ein solcher Ausnahmefall ist indessen weder ersichtlich noch von der Betroffenen geltend gemacht.

1.3. Ebenso wenig kann der Senat als Ergebnis der von ihm vorzunehmenden Inzidentkontrolle feststellen, dass § 6a GasNEV mit den danach heranzuziehenden Indexreihen des Statistischen Bundesamts nicht anzuwenden ist, weil diese Verordnungsänderung rechtswidrig und damit nichtig wäre.

1.3.1. Wird das Gericht in einem konkreten Rechtsstreit mit einer untergesetzlichen Rechtsnorm befasst und hält es diese wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht für rechtswidrig und damit nichtig, wendet es die Norm in diesem Rechtsstreit nicht an. Diese Entscheidung wirkt allerdings nur inter partes (vgl. nur: Sommermann in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A., Art. 20 Rn. 272; Jarass/Pieroth, GG, 13. A., Art. 20 Rn. 41).

1.3.2. Rechtsverordnungen unterliegen nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Soweit es ihren Inhalt angeht, steht dem Ordnungsgeber innerhalb der ihm durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gezogenen Grenzen Gestaltungsfreiheit zu (BVerfGE 13, 248, 255; 16, 332, 338 f.; BVerwGE 70, 318, 329; 77, 47, 53f.). In diesem Rahmen muss er nach dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG im wohlverstandenen Sinn der ihm erteilten Ermächtigung handeln und darf keine Differenzierungen vornehmen, wenn sie über die Grenzen einer formell und materiell verfassungsmäßigen Ermächtigung hinaus eine Korrektur der Entscheidungen des Gesetzgebers bedeuten würden (BVerfG a.a.O.). In den engen Grenzen des ihm demnach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremden Erwägungen freizuhalten. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegen danach nur die Fragen, ob die Entscheidung des Ordnungsgebers unter strikter Beachtung der ihm zustehenden Gestaltungsfreiheit nicht mehr mit den Zielsetzungen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage vereinbar ist, ob sie auf unzutreffender Tatsachenermittlung, auf sachfremden Erwägungen oder einem evident fehlerhaften Abwägungsvorgang beruht und sich die getroffene Regelung als

objektiv sachwidrig und rechtsfehlerhaft darstellt (vgl. nur Nierhaus in: Bonner Kommentar GG, 1998, Art. 80 Abs. 1 Rn. 355 ff. m.w.N.).

Gemessen daran ist die in § 6a GasNEV getroffene Regelung nicht zu beanstanden.

1.3.2.1. § 6 GasNEV enthält Vorgaben für die kalkulatorischen Abschreibungen, mit denen die Wertminderung der betriebsnotwendigen Anlagegüter kostenmäßig erfasst wird. Indem diese als – kalkulatorische – Kosten in die Ermittlung der Netzentgelte einfließen, kann der Netzbetreiber das Kapital für die Ersatzinvestitionen verdienen, die nach erfolgter Abschreibung notwendig werden. Ziel der kalkulatorischen Abschreibungen ist es, als Kostenposition die Wertminderung der betriebsnotwendigen Anlagegüter in Ansatz zu bringen und so den Kapitalbedarf für die Wiederbeschaffung der Anlagen nach Ablauf der Nutzungsdauer abzubilden. Auf diese Weise soll ein langfristig angelegter leistungsfähiger und zuverlässiger Netzbetrieb gewährleistet werden. Bei der Bewertung des Anlagevermögens unterscheidet der Verordnungsgeber bei – vor dem 1.01.2006 aktivierten – Altanlagen zwischen dem eigen- und dem fremdfinanzierten Anteil. Der eigenfinanzierte Anteil wird nach dem aktuellen Tagesneuwert bewertet, der den Kapitalbedarf für die Wiederbeschaffung unmittelbar ausdrückt und den Inflationsausgleich einschließt. Dabei ist der Tagesneuwert in § 6 Abs. 3 Satz 1 GasNEV als der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt definiert. Im Einklang mit dem Effizienzmaßstab bedeutet dies, dass Anpassungen an den jeweiligen technischen Standard vorzunehmen sind. § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV bestimmt weiter, dass die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf Tagesneuwerte unter Verwendung anlagenspezifischer oder anlagengruppenspezifischer Preisindizes zu erfolgen hat. Diese geben wieder, wie sich die Kosten der Wiederbeschaffung bestimmter Anlagegüter im Zeitablauf entwickeln und haben daher für die Bewertung des Anlagevermögens große Bedeutung. Sie müssen nach dem Willen des Verordnungsgebers auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamts für „Preise und Preisindizes“, den Fachserien 16 und 17, beruhen. In Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV sind sechs Anlagengruppen mit den relevanten Anlagegütern und den jeweiligen Spannen der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern – von 3 bis zu 70 Jahren – festgelegt.

Die Ermittlung der Tagesneuwerte unter Zuhilfenahme der Indizes des Statistischen Bundesamts hat sich seit Beginn der Entgeltregulierung im Jahre 2006 als problematisch dargestellt, weil die Indizes nicht auf das Sachanlagevermögen der Netzbetreiber zugeschnitten sind, denn das Statistische Bundesamt hat die Preisentwicklung der relevanten Einzelprodukte der Branche größtenteils erst für die Jahre ab 1995 erfasst. Mit Blick darauf hatten die Netzbetreiber in der ersten Entgeltgenehmigungsrunde u.a. Indexreihen der WIBERA verwandt, deren Rückführung auf die maßgeblichen Fachserien 16 und 17 des Stat. Bundesamts allerdings auf Bedenken stieß und die von den Regulierungsbehörden daher nur – mit Modifikationen – als Obergrenze für die in Ansatz zu bringenden Tagesneuwerte akzeptiert worden sind (vgl. nur: OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschlüsse vom 21.07.2006 – VI-3 Kart 289/06 (V), vom 24.10.2007 – VI-3 Kart 16/07 (V), vom 28.11.2007 – VI-3 Kart 13/07 (V); OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.05.2007 – 202 EnWG 4/06; OLG Schleswig, Beschluss vom 24.09.2009 – 16 Kart 1/09; nachgehend: BGH, Kartellsenat, Beschlüsse vom 07.04.2009 – EnVR 6/08, Rn. 27 ff., vom 05.10.2010 – EnVR 49/09; zit. nach juris).

2007 entschlossen die Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder sich daher, von ihrer Festlegungskompetenz nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 GasNEV a.F./StromNEV a.F. Gebrauch zu machen, um mit den selbst entwickelten Indexreihen einheitliche und verbindliche Maßstäbe für die Tagesneuwertermittlung zu schaffen (Festlegungen der Bundesnetzagentur vom 17.10.2007 – BK 8-07/272 (Strom) und BK 9-07/602-1 (Gas)). Die Festlegungen sind bei den Netzbetreibern nicht nur hinsichtlich der Auswahl und Verkettung von amtlichen Indexreihen auf erhebliche Kritik gestoßen, sondern vornehmlich auch in methodischer Hinsicht, weil die Bundesnetzagentur u.a. einen Mischindex durch die Kombination eines Tariflohn- und eines Materialindexes gebildet und dabei das Gewicht der Lohnkomponente bei zunehmender Arbeitsproduktivität mit Hilfe eines Produktivitätsabschlags korrigiert hatte (vgl. zur Kritik nur: Lippe, Wirtschaftsdienst 2009, 64 ff.). Diese sehr differenziert festgelegten Indexreihen haben der gerichtlichen Kontrolle nicht standgehalten (vgl. nur: OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 06.06.2012 - VI-3 Kart 269/07 (V); BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 12.11.2013 – EnVR 33/12 „Festlegung Tagesneuwerte“).

Durch die hier gegenständliche Neuregelung des § 6a GasNEV hat der Verordnungsgeber dem Rechnung getragen.

Einen Änderungsvorschlag zur entsprechenden Regelung auf der Verordnungsebene hatte der Bundesrat schon im Zusammenhang mit dem Dritten Gesetz zur Neuordnung energiewirtschaftlicher Vorschriften unter dem 31.10.2012 eingebracht (BT-Drs. 17/11269, S. 9 ff.). Gegen eine Verordnungsänderung in diesem Rahmen hatte die Bundesregierung mit Blick darauf, dass Änderungen von Rechtsverordnungen in Gesetzen auf das unmittelbar durch Änderungen im Gesetzesrecht veranlasste Ausmaß zu beschränken sind, verfassungsrechtliche Bedenken (BT-Drs. 17/11269, S. 41). Da dieser enge Zusammenhang nicht gegeben war, hat die Bundesregierung den Vorschlag des Bundesrats und damit die Themenkomplexe sodann im Rahmen des anstehenden Ordnungsverfahrens aufgegriffen.

Anknüpfend an die Vorschläge des Bundesrats und die Kritik der Rechtsprechung an den behördlich festgelegten Indexreihen hat der Ordnungsgeber zur Begründung der Ordnungsänderung - und damit der Festlegung der anzuwendenden Indexreihen auf Verordnungsebene - ausgeführt, dass die - bislang - verwendeten Indexreihen zu differenziert und damit nicht praxistauglich genug sind. Da spezifische Preisentwicklungen von Strom- und Gasanlagegütern vom Statistischen Bundesamt bisher nicht oder nicht ausreichend lange in die Vergangenheit erfasst worden sind, ist - wie der Ordnungsgeber zutreffend festgehalten hat - eine eindeutige Zuordnung der Indexreihen des Statistischen Bundesamts zu Preisentwicklungen in den Netzen der Strom- und Gasversorgung mithin ausgeschlossen.

Wie die o.g. Gerichtsverfahren zu den behördlich festgelegten Preisindizes ergeben haben, wird durch eine sehr kleinteilige Differenzierung der Preisindizes die Treffsicherheit bei der Abbildung der Preisentwicklung des Anlagevermögens der Netzbetreiber nicht erhöht, weil einzelne spezifische Indexreihen in großem Umfang zu Mischindizes zusammengeführt bzw. einzelne Baumaßnahmen voneinander separiert werden müssen. Hinzu kommt, dass sehr spezifische Indexreihen auch nicht weit genug in die Vergangenheit zurückreichen, so dass wiederum für verschiedene Zeiträume Indexreihen mit einer unterschiedlichen Güterzusammensetzung miteinander verkettet werden müssen. Da das Statistische Bundesamt lediglich die aktuellen Indexreihen veröffentlicht, ist auch deshalb eine einfache Zurückverfolgung der Preiseinflüsse über die notwendigen langen Zeiträume erheblich erschwert. (vgl. nur: BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 17 f. und 14 f. zu § 6a GasNEV und § 6a StromNEV).

Vor diesem Hintergrund hat der Verordnungsgeber seine Gestaltungsfreiheit auf der Grundlage zutreffender Tatsachen und ohne sachfremde Erwägungen dahin ausgeübt, dass er sich – plausibel und nachvollziehbar – für eine praktikable und transparente Ermittlung von kalkulatorischen Restwerten und Abschreibungen zu Tagesneuwerten durch eine Verdichtung auf wenige, allgemeine Indexreihen entschieden hat. Dabei hat er sich – wie oben angeführt – auf Indexreihen der Fachserie 17 konzentriert, durch die über Preisindizes für die Bauwirtschaft die Preisentwicklung von konkreten Bauleistungen am Bauwerk und über den Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte deren Preisentwicklung repräsentativ abgebildet wird. So wird durch den Bauleistungsindex für „Gewerbliche Betriebsgebäude“ die Preisentwicklung von Anlagengütern der Anlagengruppen Grundstücksanlagen, Bauten für Transportwesen, Betriebs- und Verwaltungsgebäude sowie Gebäude für Mess-, Regel- und Zähleranlagen – sachgerecht – wiedergegeben. Durch den Bauleistungsindex „Ortskanäle“ wird die allgemeine Preisentwicklung von Rohr- und Hausanschlussleitungen abgebildet, weil dieser – als einziger Index - insbesondere die spezifische Lohnentwicklung im einschlägigen Tiefbaugewerbe etwa für Erdarbeiten und Oberflächenwiederherstellung, Rohrverlegung und -montage über spezielle Subindizes erfasst (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, a.a.O.).

Anderes gilt nur für Gasleitungen, die für Druckbereiche größer als 16 bar ausgelegt werden, da für sie besondere Anforderungen an Material und Sicherheit gelten, was sich auch auf die Preisentwicklung auswirken kann. So dürfen bei Drücken oberhalb von 16 bar nur Stahlleitungen verwendet werden, die besonderen Anforderungen an ihre Belastbarkeit genügen müssen. Um die sich von anderen Rohrleitungen unterscheidende Preisentwicklung der Stahlleitungen sachgerecht und transparent abzubilden, hat der Verordnungsgeber für sie einen Mischindex gebildet, der neben dem Bauleistungsindex „Ortskanäle“ - mit 60 % - zu 40 % den Erzeugerpreisindex „Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl“ enthält.

Die Preisentwicklung aller übrigen Anlagegüter des Netzbetreibers – etwa aus den Anlagegruppen Allgemeine Anlagen, Gasbehälter, Erdgasverdichteranlagen, Mess-, Regel- und Zähleranlagen sowie Fernwirkanlagen – richtet sich nach dem Index der „Erzeugerpreise gewerblicher Produkte gesamt“.

Bei dieser Sachlage kann der Einwand, die anzuwendenden Indexreihen seien zu stark pauschaliert, nicht durchgreifen (so auch OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 23.09.2015 – VI-3 Kart 113/13 (V)). Der Verordnungsgeber hat vielmehr – wie schon ausgeführt - vor dem Hintergrund der Kritik der Rechtsprechung an den sehr differenzierten Mischindizes der Bundesnetzagentur und nicht oder nicht ausreichend lange vorhandener Indexreihen für die Anlagengüter von Netzbetreibern im Grundsatz von der Bildung von Mischindizes abgesehen. Stattdessen hat er durch die Verdichtung auf wenige, allgemeine Indexreihen eine praktikable und transparente Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte und Abschreibungen von Tagesneuwerten ermöglicht (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 14).

1.3.2.2. Dass dieser Abwägungsvorgang evident fehlerhaft war und sich die getroffene Regelung von daher als objektiv sachwidrig und rechtsfehlerhaft darstellt, kann der Senat auch im Übrigen nicht feststellen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Anwendung der in § 6a GasNEV vorgegebenen Indizes systematisch, d.h. sowohl bei der Betroffenen als auch bei einer Vielzahl von weiteren Netzbetreibern zu unsachgemäßen Ergebnissen bei der Ermittlung von Tagesneuwerten führt und sie daher gegen die Vorgaben des § 21 EnWG verstoßen. Ein solcher Verstoß lässt sich – entgegen der Auffassung der Betroffenen – schließlich auch nicht aus einem Widerspruch gegen von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsätze für die Ermittlung von Tagesneuwerten durch Preisindizes herleiten.

1.3.2.2.1. Für die Betroffene wurden durch die Landesregulierungsbehörde unter Zugrundelegung dieser Indexreihen kalkulatorische Restwerte ihres Sachanlagevermögens zu Tagesneuwerten per 01.01.2010 in Höhe von x € und per 31.12.2010 in Höhe von x € ermittelt, woraus sich ein Mittelwert in Höhe von x € errechnet (Tabelle B.1 Kalk. Eigenkapital, S. 1, Spalte 3.1.2.3. und S. 3, Spalte 3.1.2.3.). Dabei hat die Landesregulierungsbehörde (nur) die in § 6a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 GasNEV ausgewiesenen Indexreihen angewandt. Da die Betroffene – wie sie unter dem 10.09.2013 mitgeteilt hat (Bl. 127 VV) – lediglich Stahlrohrleitungen betreibt, die für einen Druck von ≤ 16 bar ausgelegt sind, kam der von ihr nun beanstandete Mischindex des § 6a Abs. 1 Nr. 3 GasNEV für Leitungen, die für einen Gastransport mit einem Druck > 16 bar ausgelegt sind, schon gar nicht zur Anwendung.

Die von der Landesregulierungsbehörde ermittelten Werte aber liegen mit 3,125 % deutlich über den von der Betroffenen selbst errechneten Werten, sind ihr also güns-

tiger. Sie hatte in ihrem Bericht nach § 28 GasNEV die kalkulatorischen Restwerte ihres Sachanlagevermögens zu Neuwerten lediglich mit $x \text{ €}$ per 31.12.2009 und $x \text{ €}$ per 31.12.2010 ermittelt, so dass sich ein Mittelwert von nur $x \text{ €}$ errechnet. Dabei hatte sie – wie sie ausgeführt hat – „die Tagesneuwerte durch Indizierung auf der Basis der Anschaffungs- und Herstellungskosten im Zeitpunkt der Errichtung (AHK) ermittelt“, indem sie die Indexreihen der WIBERA herangezogen hat (Bl. 223 f. VV, S. 11 f. des Berichts). Letztere waren – wie schon ausgeführt - bereits im Rahmen der § 23a EnWG-Entgeltgenehmigungen von den Netzbetreibern verwandt und – mit geringen Modifikationen – von den Regulierungsbehörden als Obergrenze genehmigt worden, was die Rechtsprechung gebilligt hat.

Bei dieser Sachlage lässt sich – wie mit den Beteiligten in der Senatsverhandlung erörtert worden ist - eine Schlechterstellung und damit eine Beschwer der Betroffenen durch die Verwendung der Indexreihen schon nicht feststellen. Soweit die Betroffene nunmehr in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14.01.2016 bei Heranziehung von WIBERA-Indexreihen deutlich höhere Tagesneuwerte ermitteln will, ist für den Senat schon nicht ersichtlich, woraus sich die maßgebliche Differenz ergibt. Die Betroffene erläutert nicht im Ansatz, inwieweit einzelne Berechnungsschritte abweichen, insbesondere wie sie die auf die einzelnen Anlagengruppen angewandten WIBERA-Indexreihen gewichtet hat, zu welchen Werten sie jeweils gelangt ist und auch nicht, inwieweit ihre ursprünglichen Angaben unzutreffend waren.

Ebenso wenig ist aufgezeigt, dass die Indexierung mit Hilfe der in § 6a GasNEV festgelegten Indexreihen davon losgelöst zu den Gasnetzbetreibern nachteiligen Tagesneuwerten ihres Anlagevermögens führt, weil die Preissteigerung, die ihr Anlagevermögen z.T. über einen Zeitraum von bis zu 70 Jahren erfährt, nicht erfasst wird. Vielmehr ergibt die Plausibilisierungsrechnung, dass die zu verwendenden Indexreihen zu plausiblen Ergebnissen führen. Wie die Bundesnetzagentur ausgeführt hat, ist die Plausibilisierung durch einen Preisindex erfolgt, der die Preisentwicklung des Nettoanlagevermögens der Energieversorgung abbildet, wobei das Anlagevermögen den gesamten Bestand an produzierten Vermögensgütern der Energieversorgung umfasst. Dieser Preisindex wurde aus dem Quotienten des vom Stat. Bundesamt in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung (FS 18, Reihe 1.4) veröffentlichten Nettoanlagevermögens zu Wiederbeschaffungspreisen und des Nettoanlagevermögens zu konstanten Preisen gebildet. Er wurde mit einer aus den Indexreihen des § 6a

GasNEV gebildeten Indexreihe verglichen, welche die Indexreihen „Ortskanäle“ (mit 82 %), „Gewerbliche Betriebsgebäude“ (mit 3 %) und „Erzeugerpreisindex“ (mit 15 %) enthält. Die Gewichtung selbst ist mit dem Anteil am gesamten Anlagevermögen aller Gasnetzbetreiber im Basisjahr 2010 erfolgt. Diese Plausibilisierung hat - wie das von der Bundesnetzagentur eingereichte Schaubild verdeutlicht – gezeigt, dass die Indexreihen bei Betrachtung eines langen Zeitraums die wesentlichen Preiseinflussfaktoren berücksichtigen und sie somit zu plausiblen Ergebnissen führen. Soweit es den Mischindex Stahlrohrleitungen > 16 bar angeht, haben die weiter durchgeführten Sensitivitätsanalysen, bei denen dieser Index mit Variationen in der Gewichtung berücksichtigt worden ist, gezeigt, dass der Verlauf der Indexreihe stabil ist.

Dass die Verordnungsbegründung zu § 6a GasNEV nicht ausdrücklich auf die erfolgte Plausibilisierung hinweist, ist unbeachtlich. Die beteiligte Bundesnetzagentur hat klargestellt, dass die Plausibilisierung im Rahmen des Verfahrens zur Veränderungsänderung erfolgt ist, was in Anbetracht des Umstands, dass die Plausibilisierungsrechnung in der Begründung zur entsprechenden Änderung der StromNEV ausdrücklich erwähnt wird (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 15), auch nahe liegt. Dies spricht dafür, dass eine entsprechende Feststellung im Rahmen der Veränderungsänderung zur GasNEV nur redaktionell unterblieben ist. Soweit die Betroffene dies in der Senatsverhandlung bestritten hat, ist ihr Bestreiten nicht erheblich. Da die Plausibilisierungsrechnung zeigt, dass die zu verwendenden Indexreihen zu plausiblen Ergebnissen führen, kommt es letztlich nicht entscheidend darauf an, ob die Plausibilisierung nachweislich im Rahmen der Vorbereitung, Ausfertigung und Verkündung der Änderung der Rechtsverordnung erfolgt ist. In der fehlenden Erwähnung der Plausibilisierung kann kein rechtlich relevanter Verfahrensverstoß liegen, denn das Grundgesetz enthält schon keine über das Zitiergebot hinausgehende generelle verfassungsrechtliche Begründungspflicht für Rechtsverordnungen (eingehend dazu Uhle in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, E § 24 Rn. 73 m.w.N.). Selbst wenn die Plausibilisierung – wie die Betroffene letztlich geltend machen will – im Rahmen des Veränderungsverfahrens unterblieben wäre, ist angesichts des jetzt von der Bundesnetzagentur vorgelegten Plausibilisierungsergebnisses nicht ersichtlich, dass die Gasnetzbetreiber – und damit auch die Betroffene - durch die Verwendung der Indexreihen materiell beschwert werden.

In der Sache geht auch der weitere Einwand der Betroffenen fehl, die Plausibilisierung sei nicht sachgemäß, weil der Anteil der Gaswirtschaft an dem herangezogenen Preisindex der Energieversorgung nur 7,7 % ausmache. Ziel einer Plausibilitätskontrolle ist es, einen Wert oder allgemein ein Ergebnis überschlagsmäßig daraufhin zu überprüfen, ob es überhaupt plausibel, also annehmbar, einleuchtend und nachvollziehbar sein kann. Die Richtigkeit des Wertes oder Ergebnisses kann – wie auch hier - nicht immer verifiziert werden, sondern es soll vielmehr eine etwaige offensichtliche Unrichtigkeit erkannt werden. Von daher ist es mangels eines einschlägigen Index durchaus vertretbar, mit einem - nach der Methodik des Statistischen Bundesamts für die Ermittlung des Deflators des Bruttoinlandsprodukts berechneten - Preisindex zu plausibilisieren, der die Preisentwicklung des Nettoanlagevermögens der Energieversorgung abbildet, und der hier im Vergleich mit der Entwicklung des Anlagevermögens bei Anwendung der Indexreihen des § 6a GasNEV keine offensichtliche Unrichtigkeit aufzeigt. Vielmehr macht das von der Bundesnetzagentur vorgelegte Diagramm deutlich, dass die Indexwerte entsprechend § 6a GasNEV in einzelnen Jahren über den Indexwerten der Vergleichsreihe liegen, während die der Festlegung sie hingegen in einzelnen Jahren unterschreiten. Die durchschnittliche Preissteigerung der Indexreihen nach § 6a GasNEV liegt mit 2,42 % p.a. nicht nur über der des Nettoanlagenvermögens mit 2,31 % p.a., sondern auch über der der behördlich festgelegten Indexreihen mit 2,38 % p.a..

1.3.2.2.2. Fehl geht schließlich auch die weiter erhobene Rüge, die mit der Neuregelung des § 6a GasNEV vorgegebenen Indexreihen seien schon deshalb rechtswidrig, weil sie den vom 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts in der o.g. Entscheidung erörterten Anforderungen nicht genügen (so auch OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 23.09.2015 – VI-3 Kart 113/13 (V)).

Die Grundsätze dieser Entscheidung lassen sich auf die Indexreihen, die mit Wirkung ab dem 01.01.2013 nach § 6a GasNEV Anwendung finden, nicht ohne weiteres übertragen. Die Betroffene verkennt, dass die zugrunde liegende Methodik nicht identisch ist.

Der 3. Kartellsenat hatte die von der Bundesnetzagentur im Wege der Festlegung für den Strom- und Gasbereich gebildeten Indexreihen zu überprüfen. Die Beschlusskammern hatten - wie schon oben angeführt - bei ihren Festlegungen dem Umstand, dass spezifische Preisentwicklungen von Strom- und Gasanlagegütern vom Statisti-

schen Bundesamt bisher nicht oder nicht ausreichend lange in die Vergangenheit erfasst worden sind, dergestalt Rechnung getragen, dass sie selbst für die Preisentwicklung der Anlagegüter der Netzbetreiber und damit für die einzelnen Anlagengruppen differenzierte Mischindexreihen entwickelt hatten. Dabei hatten sie die Preisentwicklung der im Netzanlagenbau entstehenden Lohn- und Montageleistungen durch einen Rückgriff auf die Lohnindizes des Wirtschaftszweiges „Produzierendes Gewerbe“ der Fachserie 16 abgebildet und diese - vor der Verkettung mit daneben gewählten Materialindizes - noch um einen Produktivitätsfortschritt des Produzierenden Gewerbes bereinigt, den sie mit Hilfe der in der Fachserie 18 enthaltenen statistischen Daten ermittelt hatten. Vor diesem Hintergrund hatte der 3. Kartellsenat an der Vorgehensweise der Beschlusskammern u.a. kritisiert, dass diese das Ergebnis ihrer sehr differenzierten Methodik, die an viele verschiedene Annahmen anknüpfte und zwangsläufig Preisentwicklungen anderer Wirtschaftszweige berücksichtigte, nicht abschließend plausibilisiert hatten.

Mit § 6a GasNEV hat der Verordnungsgeber - vor dem Hintergrund der gerichtlichen Kontrolle und Kritik an dieser Methodik - dagegen für die Anlagengruppen an wenige Indexreihen angeknüpft, wobei er diese – soweit es um Netzanlagenbau im engeren Sinne geht - vornehmlich aus den Bauleistungsindizes der Fachserie 17 gewählt hat. Da diese schon für den jeweiligen Index die Preisentwicklung der Lohn- und Materialkomponente erfassen, bedurfte es insoweit schon keiner ergänzenden Hinzuziehung von Lohnindizes der Fachserie 16 und damit auch nicht der Berücksichtigung eines mit Hilfe der Fachserie 18 ermittelten Produktivitätsfortschritts sowie der Ermittlung der jeweiligen Wägungsanteile. Bei den übrigen Anlagegruppen, bei denen die Lohn- und Montageleistungen nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind, hat er auf die Preisentwicklung gewerblicher Produkte und damit auf die Erzeugerpreisindizes der Fachserie 17 abgestellt.

Allein bei der Preisentwicklung der Stahlrohre war es sachgerecht, neben dem Bauleistungsindex „Ortskanäle“ – mit einem Anteil von 40 % - auch den Materialindex „Stahlrohre“ abzubilden, soweit diese einen Auslegungsdruck von mindestens 16 bar haben, weil – wie schon ausgeführt - der Stahlanteil im Index Ortskanäle nicht hinreichend repräsentiert ist.

2. Grundstücke zu historischen Anschaffungskosten

Dass die Landesregulierungsbehörde Grundstücke – allein - zu Anschaffungskosten in Ansatz gebracht hat, steht im Einklang mit der insoweit maßgeblichen Vorgabe des § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV und ist schon von daher ebenfalls nicht zu beanstanden.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV sind Grundstücke im Rahmen der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals zu Anschaffungskosten anzusetzen. Diese Regelung hat der Gesetzgeber nachträglich mit Wirkung vom 06.11.2007 eingefügt, um die streitige Frage des sachgerechten Ansatzes von Grundstücken zu klären.

Schon der Wortlaut der Regelung spricht dafür, dass Grundstücke stets zu den historischen Anschaffungskosten in Ansatz zu bringen sind und Wiederbeschaffungskosten daher keine Berücksichtigung finden können.

Sinn und Zweck der Norm und ihre Entstehungsgeschichte stützen dieses Verständnis. Mit dem Prinzip der Nettosubstanzerhaltung, das der Verordnungsgeber der Eigenkapitalverzinsung für Altanlagen teilweise (nämlich im Umfang der zugelassenen Eigenkapitalquote) zugrunde gelegt hat, soll kalkulatorisch der durch die Abnutzung der Anlagen entstandene Werteverzehr ausgeglichen und erreicht werden, dass der Netzbetreiber zu einer Ersetzung zu aktuellen Marktpreisen imstande ist. Bei Grundstücken findet indessen ein Wertverzehr regelmäßig nicht statt. Aus diesem Grund hatten die Regulierungsbehörden schon zu Beginn der kostenorientierten Entgeltgenehmigung die Position eingenommen, dass der Verordnungsgeber eine Abschreibung von Grundstücken nicht vorgesehen habe, zumal er deren Nutzungsdauer in der Anlage 1 zur GasNEV – Ziffer 1 der in Abschnitt I aufgeführten Allgemeinen Anlagen – auch ohne Angabe gelassen hatte (so auch OLG München, Beschluss vom 31.01.2008 – Kart 11/07; OLG Schleswig, Beschluss vom 24.09.2009 – 16 Kart 1/09; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.09.2007 – 11 W 41/06; a.A. OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 11.07.2007 VI-3 Kart 317/07 (V)). Vor diesem Hintergrund hat der Verordnungsgeber in § 7 Abs. 1 GasNEV den Satz 3 zur Klarstellung eingefügt, wonach Grundstücke zu Anschaffungskosten anzusetzen sind (BR-Drs. 417/07, S. 22).

Aus der Systematik kann nichts anderes folgen. Die Sonderregel des § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV gilt für Grundstücke im Vergleich zum übrigen Sachanlagevermögen. Sie bezieht sich auf die tatsächlich dem Netzbetreiber entstandenen Kosten ihrer Anschaffung, die statt eines Verkehrswerts zugrunde zu legen sind. Es liefe im Übrigen auch dem Prinzip der Nettosubstanzerhaltung zuwider, wenn ein etwaiger Wertzuwachs auch noch Gegenstand der Eigenkapitalverzinsung würde.

Von daher kommt es nicht weiter auf die Frage an, ob die Rüge der Betroffenen - wie die Landesregulierungsbehörde meint - auch deshalb keinen Erfolg haben kann, weil sie sich unter dem 16.07.2012 mit dem Kostenprüfergebnis einverstanden erklärt hat.

3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene gegen den Zinssatz für den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals nach § 7 Absatz 1 Satz 5 GasNEV (im Folgenden: EK II-Zinssatz). Dieser ist mit 4,19 % nicht zu beanstanden.

3.1. Nach der am 22.08.2013 in Kraft getretenen Neuregelung des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV bestimmt sich dieser Zinssatz als Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der folgenden von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen:

1. der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen der öffentlichen Hand,
2. der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und
3. der Umlaufrendite inländischer Inhaberschuldverschreibungen – Hypothekenpfandbriefe.

Diese die Regulierungsbehörden als geltendes Recht bindenden Vorgaben hat die Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Zinssatzes eingehalten und ist - wie auch die beteiligte Bundesnetzagentur – zu einem Zinssatz von 4,19 % gelangt. Dies stellt auch die Betroffene nicht in Frage.

3.2. Die Anwendung des von der Landesregulierungsbehörde nach § 7 Abs. 7 GasNEV ermittelten EK II-Zinssatzes führt nicht zur Rechtswidrigkeit der festgesetz-

ten Erlösobergrenzen. Die Regelungen in § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV sind weder wegen Verstoßes gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch wegen einer mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbaren Ungleichbehandlung der Netzbetreiber materiell rechtswidrig und damit nichtig.

3.2.1. Ohne Erfolg wendet die Betroffene ein, § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV verstoße gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1 und 4 EnWG, § 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG, weil sie keine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermögliche.

3.2.1.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt die Bundesregierung zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Ordnungswege, u.a. kann sie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festsetzen. § 24 Abs. 2 Nr. 4 EnWG präzisiert diese Ermächtigung dahingehend, dass dabei Regelungen zur Ermittlung der Entgelte für den Netzzugang getroffen werden können, wobei die Methode zur Bestimmung der Entgelte so zu gestalten ist, dass eine Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 EnWG gesichert ist und die für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze notwendigen Investitionen in die Netze gewährleistet sind und Anreize zu netzentlastender Energieeinspeisung und netzentlastendem Energieverbrauch gesetzt werden. § 21 Abs. 2 EnWG bestimmt, dass die Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet werden, soweit in einer Rechtsverordnung nach § 24 EnWG nicht eine Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung bestimmt ist. Soweit die Entgelte kostenorientiert gebildet werden, dürfen Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden. Mit diesen Maßstäben stellt der Gesetzgeber allgemeine Grundsätze auf, die angemessene und diskriminierungsfreie Netzentgelte i.S.d. § 21 Abs. 1 EnWG gewährleisten sollen.

3.2.1.2. Mit der Neuregelung hat der Ordnungsgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass die Ermittlung des EK II-Zinssatzes nach der bisherigen Rechtslage zu Unsicherheiten in der Regulierungspraxis geführt hat.

Vor der Einführung des neuen Abs. 7 in § 7 GasNEV sah § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV vor, dass der die zugelassene Eigenkapitalquote von max. 40 % übersteigende Anteil des Eigenkapitals nominal wie Fremdkapital zu verzinsen war. Aufgrund des mittelbaren Verweises auf die Vorschrift des § 5 Abs. 2 2. Halbs. GasNEV, wonach Fremdkapitalzinsen höchstens in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen einzustellen sind, war zu ermitteln, welchen Fremdkapitalzins der Netzbetreiber hätte zahlen müssen, wenn er sich den die zulässige Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals auf dem Kapitalmarkt hätte beschaffen müssen. Diesbezüglich gab es nicht nur zwischen den Netzbetreibern und den Regulierungsbehörden, sondern auch unter den Regulierungsbehörden unterschiedliche Auslegungsansätze, weshalb es zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Frage kam, ob und in welcher Höhe ein Risikozuschlag auf den von den Regulierungsbehörden berechneten EK II-Zinssatz zu gewähren war. In seiner Entscheidung vom 14.08.2008 (KVR 34/07, Rn. 60 ff.) stellte der Bundesgerichtshof klar, dass ein etwaiges Risiko bei der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen zu berücksichtigen sei. Für die Risikobewertung komme es aus Sicht eines fiktiven Kreditgebers auf die Art der Emission und die Einschätzung der Bonität des Emittenten an, eine unternehmensscharfe Risikobewertung müsse nicht vorgenommen werden. Der Bundesgerichtshof verwies die Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Koblenz als Beschwerdegericht zurück.

Noch während der dortigen weiteren Ermittlungen zur Bestimmung eines Risikozuschlags brachte der Bundesrat im Zusammenhang mit dem Dritten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften unter dem 31.10.2012 (BT-Drs. 17/11269, S.29 ff.) einen für die Netzbetreiber deutlich ungünstigeren Änderungsvorschlag zur Ermittlung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital ein, mit dem die entstandene Rechtsunsicherheit durch konkrete Vorgaben für die Bemessung eines angemessenen Zinssatzes beseitigt und der durch den Bundesgerichtshof erkannte Mangel geheilt werden sollte. Danach sollte nur der auf Grundlage der Anschaffungs- und Herstellungskosten nach einem neu einzufügenden Absatz 3 a

bewertete Anteil des betriebsnotwendigen Eigenkapitals, der die zulässige Eigenkapitalquote übersteigt, mit einem dem nunmehrigen Absatz 7 entsprechenden Nominalzins zu verzinsen sein, während der auf Grundlage der Tagesneuwerte bewertete Anteil des betriebsnotwendigen Eigenkapitals mit einem Realzins zu verzinsen sein sollte, um eine Doppelberücksichtigung der Teuerung im Rahmen der Preisindizes und des Nominalzinses zu vermeiden. Dazu sollte der vorgegebene Nominalzins um den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Preisänderungsrate nach dem vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Verbrauchergesamtindex ermäßigt werden. Die Bundesregierung lehnte den Vorschlag des Bundesrats, wie bereits ausgeführt, schon wegen des fehlenden engen Zusammenhangs zwischen Gesetzesänderung und daraus folgender Änderung der GasNEV ab (BT-Drs. 17/11269, S. 41).

Das Oberlandesgericht Koblenz kam kurz danach auf der Grundlage des von Prof. Dr. K. erstellten Gutachtens zu der Überzeugung, dass die dortige Beschwerdeführerin sich zum maßgeblichen Zeitpunkt Fremdmittel auf dem Kapitalmarkt durch Ausgabe einer langfristigen festverzinslichen Anleihe zu einem Zinssatz von 5,24 % pro Jahr hätte beschaffen können (vergleiche OLG Koblenz, Beschlüsse vom 08.11.2012 - 6 W 605/06 Kart, 6 W 594/06 Kart und 6 W 595/06 Kart). Die dagegen gerichteten Rechtsbeschwerden wies der Bundesgerichtshof zurück (vgl. nur Beschluss vom 18.12.2014, EnVR 71/12 - Rhein Hessische Energie II). Noch vor der abschließenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs trat die Neuregelung des Zinssatzes durch § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV am 22.08.2013 in Kraft, mit der der Verordnungsgeber die zu Tage getretenen Unsicherheiten hinsichtlich der Ermittlung des EK II-Zinssatzes beseitigen wollte. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass nach der bislang ergangenen Rechtsprechung Unklarheit darüber bestehe, wie der Zinssatz ohne zu großen bürokratischen Aufwand für Netzbetreiber und Behörden angemessen ermittelt werden könne. Um im Wege der Regulierungspraxis einen netzbetreiber-spezifischen Risikozuschlag für das die zulässige Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital zu ermitteln, müssten netzbetreiberspezifische Risikobewertungen durchgeführt werden, die jedoch für die Mehrzahl der Netzbetreiber nicht existierten. Angesichts dessen könnten klassenspezifische oder individuelle Risikozuschläge nicht verlässlich und rechtssicher bestimmt werden.

Soweit dies von der Betroffenen in Abrede gestellt wird, kann dem nicht gefolgt werden. Eine spezifische Risikoklasse für Netzbetreiber ist nicht vorhanden. Auch Prof.

Dr. K. hat in dem von der Betroffenen vorgelegten Gutachten eine lediglich grobe Risikoklasse (deutsche Industrieunternehmen) gebildet. Alternativ hat er auf eine Zuordnung zu einer der in der Praxis verwendeten Ratingkategorien abgestellt, die jedoch mit dem Nachteil verbunden war, dass sich mangels Datenverfügbarkeit keine für deutsche Industrieunternehmen empirisch überprüfbaren Risikozuschläge ermitteln ließen und er deshalb auf Hilfskonstruktionen zurückgreifen musste (vgl. Anlage Bf 7, S. 16f.).

Vor diesem Hintergrund hat der Ordnungsgeber sich auf der Grundlage zutreffender Tatsachen und sachgerechter Erwägungen für eine praktikable und transparente Ermittlung des EK II-Zinssatzes ohne untersuchungsbedürftige Variablen entschieden, um insbesondere Rechtssicherheit für die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode der Anreizregulierung im Gasbereich (ab dem 01.01.2013) zu schaffen (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 2, 18; BR-Drs. (Beschluss) vom 05.07.2013, S. 27). Insoweit hat er den bisherigen § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV dahingehend abgeändert, dass die Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals nicht mehr – wie bisher – nominal wie Fremdkapital, sondern nach dem neu eingefügten Absatz 7 zu erfolgen hat.

3.2.1.3. Der Senat kann nicht feststellen, dass die Ordnungsänderung nicht mit den Zielsetzungen des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu gewährleisten, vereinbar ist oder der Abwägungsvorgang, der zu der Auswahl und Gewichtung der Zinsreihen geführt hat, evident fehlerhaft war und sich die getroffene Regelung von daher als objektiv sachwidrig und rechtsfehlerhaft darstellt.

3.2.1.3.1. Eine angemessene wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals liegt dann vor, wenn die Kapitalgeber eine Rendite erhalten, die sie veranlasst, das Kapital in dem Unternehmen zu belassen und Anreize für weitere Investitionen in das Unternehmen und die Netzinfrastruktur setzt (Büdenbender, Die Angemessenheit der Eigenkapitalrendite im Rahmen der Anreizregulierung von Netzentgelten in der Energiewirtschaft, S. 37; Säcker/Böcker, Entgeltkontrolle als Bestandteil einer sektorübergreifenden Regulierungsdogmatik, S. 69, 106; Laubenstein/van Rossum in Holznagel/Schütz, ARegV, § 21 EnWG Rn. 64; Berndt, Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, S. 92, 131; Lippert, RdE 2009, 353, 359). Nach der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG hat sich die

angemessene Verzinsung an den Marktgegebenheiten im Versorgungsbereich unter Berücksichtigung der Langfristigkeit der Kapitalanlage auszurichten. Der Zinssatz ist so zu gestalten, dass Kapitalgeber auch im Vergleich mit sonstigen Anlagemöglichkeiten auf den internationalen Kapitalmärkten ein Interesse an einer Investition in die Energieversorgungsnetze haben (BT-Drs. 15/5268 vom 13.04.2005, S. 119 zu § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Damit wird der Vorgabe in § 1 Abs. 2 EnWG entsprochen, einen langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Netzbetrieb zu sichern.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen geht es bei der Bestimmung des EK II-Zinssatzes nicht um einen zukunftsgerichteten Renditesatz für das überschießende Eigenkapital (BGH, Beschluss vom 18.02.2014 - EnVR 1/13, Rn. 14). Vielmehr geht § 7 GasNEV durch die Unterteilung in betriebsnotwendiges und überschießendes Eigenkapital davon aus, dass langfristig eine höhere Eigenkapitalquote als 40 % nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll ist und sich unter Wettbewerbsbedingungen daher nicht einstellen würde (vgl. nur BGH, Beschluss vom 14.08.2008 - KVR 42/07, Rn. 40 ff. „Rhein Hessische Energie“).

§ 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV a.F. gab vor, dass das überschießende Eigenkapital nominal wie Fremdkapital zu verzinsen ist. Maßgebend war daher nicht ein zukunftsgerichteter Renditesatz, sondern ein fiktiver Fremdkapitalzinssatz (BGH, a.a.O.). Wie aus der Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV ersichtlich ist, löst sich die neue Vorgehensweise von der „Fremdkapitalfiktion“ (Dobler/Wolf, VersW 2013, 201, 204, vgl. auch Verordnungsbegründung, BR-Drs. 447/15 vom 29.05.2013, S. 18; BT-Drs. 17/11269 vom 31.10.2012, S. 30) und bestimmt den Zinssatz für das überschießende Eigenkapital – in zulässiger Weise - davon losgelöst durch die Vorgabe eines gleichgewichteten Zinssatzes aus den drei genannten Umlaufrenditen. Wie die Betroffene zu Recht ausführt, kann ein bestehender Kapitalbedarf zwar nur entweder durch Eigenkapital oder durch Fremdkapital gedeckt werden. Allerdings führt dies nicht zwingend zum Ansatz einer Fremdkapitalverzinsung. Vielmehr kann nicht außer Acht gelassen werden, dass der Netzbetreiber, den die EK-Deckelung trifft, seinen Kapitalbedarf – anders als unter Wettbewerbsbedingungen - gerade nicht durch eine Fremdkapitalaufnahme deckt. Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen nach § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG jedoch nicht berücksichtigt werden. Aus diesem Grund hat der Ordnungsgeber nur

das betriebsnotwendige Eigenkapital der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV unterstellt und das überschießende Eigenkapital durch die sog. doppelte Deckelung kalkulatorisch nur beschränkt wirksam werden lassen. Nur ein solches Normverständnis entspricht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschlüsse vom 14.08.2008 - KVR 42/07 Rn. 41 ff. „Rheinhesische Energie“; KVR 34/07, Rn. 53 ff) der Zielsetzung einer preisgünstigen Energieversorgung i.S.v. § 1 Abs. 1 EnWG und eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs (§ 1 Abs. 2 EnWG). Der Ordnungsgeber hatte die Verzinsung des überschießenden Anteils des Eigenkapitals ursprünglich 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 (BT-Drs. 15 (9) 1605, S. 4f.). Vor diesem Hintergrund ist eine Gleichsetzung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital mit dem (fiktiven) Fremdkapitalzinssatz normativ nicht zwingend geboten.

3.2.1.3.2. Die Ordnungsänderung steht im Einklang mit den Vorgaben des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Dass die nach § 7 Abs. 7 GasNEV vom Ordnungsgeber vorgegebene Ermittlungsweise zu unangemessenen Ergebnissen führt, ist weder ersichtlich noch von der Betroffenen dargelegt. Auch insoweit lässt sich ein Überschreiten des Gestaltungsspielraums des Ordnungsgebers nicht feststellen.

Der Ordnungsgeber stellt in § 7 Abs. 7 GasNEV auf den Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der genannten Umlaufrenditen ab und mildert dadurch etwaige Zinsschwankungen ab. Die Langfristigkeit des Netzgeschäfts sowie den vergleichsweise hohen Anteil des Anlagevermögens hat er durch die Zinsreihe von Anleihen der öffentlichen Hand sowie die Zinsreihe für Hypothekendarlehen sachgerecht abgebildet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Zinsreihe für Hypothekendarlehen gewisse Risikozuschläge berücksichtigt werden. Den Besonderheiten und Risiken des Netzbetriebs hat er dadurch in angemessener Weise Rechnung getragen, dass er die Zinsreihe von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) herangezogen hat, die zu einem Drittel in die Bewertung eingehen.

Mit der Berücksichtigung der Zinsreihe von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) hat der Verordnungsgeber eine, wenn auch sehr grob abgegrenzte Risikoklasse, nämlich die der deutschen Unternehmen, gewählt. Soweit die Betroffene eine spezifischere Risikoklasse fordert, ist eine solche, wie ausgeführt, nicht vorhanden. Bei der Gewichtung dieser Risikoklassen ist der Verordnungsgeber – zutreffend - davon ausgegangen, dass das Risiko von Netzbetreibern durch die im Rahmen der Entgeltregulierung weitestgehend garantierte Kostendeckung maximal einem Drittel des Risikos von vollständig im Wettbewerb stehenden Unternehmen entspricht. Soweit der Verordnungsgeber dies damit begründet hat, dass es sich beim Netzbetrieb um „natürliche Monopole“ handelt, kann dahinstehen, ob der von dem Verordnungsgeber verwendete Ausdruck zutreffend ist. Denn damit wollte er keinesfalls zum Ausdruck bringen, dass der Netzbetrieb keinerlei Risiken ausgesetzt ist, vielmehr hat er das auch für den Netzbetrieb vorhandene Risiko gesehen und dieses über die mit einem Drittel in die Bewertung eingehende Zinsreihe von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) berücksichtigt.

Dass dieses nicht ausreichend ist, kann nicht festgestellt werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Gasnetze zwar klimatischen Nachfrageschwankungen ausgesetzt sind. Mögliche Unterschiede zwischen der tatsächlichen Auslastung eines Netzes und den bei der Entgeltermittlung angesetzten prognostizierten Mengen- bzw. Kapazitätsauslastungen des Netzes werden jedoch seit Einführung der Anreizregulierung durch das Regulierungskonto gemäß § 5 ARegV ausgeglichen.

Auch ein Substitutionswettbewerb mit alternativen Energieträgern besteht nur in beschränktem Maße. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 10.12.2008 (KVR 2/08, Rn. 8 „Stadtwerke Uelzen“, NJW 2009, 1212) bestätigt, dass es einen einheitlichen Wärmeenergiemarkt nicht gibt, weil der Endkunde seine Heizung nicht ohne weiteres von Gas auf eine andere Heizenergie umstellen kann. Damit sind es im Wesentlichen nur die Neukunden, die zur Deckung ihres Wärmebedarfs unmittelbar zwischen verschiedenen Energieträgern wählen können (vgl. auch BGH, Urteil vom 13.06.2007 - VIII ZR 36/06, Rn. 34, BGHZ 172, 315). Dies entspricht auch den Feststellungen der Monopolkommission (Sondergutachten 59 der Monopolkommission, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 93, Tz. 162). Danach ist de facto davon auszugehen, dass ausschließlich Hauseigentümer im Falle von Hausneubauten oder bei Investitionsentscheidungen im Rahmen einer periodi-

schen Erneuerung des Heizsystems einen Wettbewerbsdruck auf die nachgelagerten Endversorgermärkte auslösen können, wobei die Bindung an ein Heizsystem jedoch etwa 15 Jahre beträgt, in der die Entwicklung der Marktpreise von möglichen Gas-substituten wie Heizöl, Holz oder Elektrizität nur bedingt absehbar ist. Ein dennoch bestehendes Risiko wird im Rahmen der Anreizregulierung durch das Regulierungskonto nach § 5 ARegV aufgefangen. Eine zeitliche Verzögerung des Ausgleichs der Differenz zwischen den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den von den Netzbetreibern unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlösen wird aufgrund der Regelung des § 5 Abs. 2 ARegV nicht zu einem Zinsnachteil führen.

Daher verfügen Netzbetreiber im Vergleich zu vollständig im Wettbewerb stehenden Unternehmen über eine relativ sichere Marktposition, zumal sie keinen wesentlichen Nachfrageschwankungen, Auslastungs- und Mengenrisiken ausgesetzt sind. Sie kann zwar, worauf die Betroffene zu Recht hinweist, das Risiko von Kundeninsolvenzen treffen, da diese von den Regulierungsbehörden nur im Rahmen der Erlösobergrenzen - zumindest anteilig - berücksichtigt werden, soweit sie im Basisjahr angefallen sind. Ferner können sie aufgrund etwaiger Kundeninsolvenzen auch Rückforderungsansprüchen eines Insolvenzverwalters ausgesetzt sein, wobei diese jedoch wegen Vorliegens eines Bargeschäfts i.S.v. § 142 InsO nur im Ausnahmefall auf die Voraussetzungen einer – vom Gläubiger erkannten - vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 Abs. 1 InsO gestützt werden können. Im Unterschied zu einem vollständig im Wettbewerb stehenden Unternehmen besteht für Netzbetreiber darüber hinaus kein wesentliches Verlustrisiko, weil sie ihre Netzkosten, soweit sie effizient sind, auf die angeschlossenen Netzkunden abwälzen können. Beim Wegfall von Kunden werden die auf sie entfallenden Kosten auf die verbleibenden Kunden verteilt. Der Umsatz ist in Form zulässiger Erlösobergrenzen garantiert. Insoweit - und in diese Richtung ist auch der Vortrag der beteiligten Bundesnetzagentur zu verstehen - ist von einem beständigen cash flow auszugehen. Dass Netzbetreiber grundsätzlich auch einem eigenen Insolvenzrisiko unterliegen, wird nicht in Frage gestellt. Angesichts der aufgezeigten wettbewerblichen Besonderheiten eines Netzbetriebs stellt sich dieses jedoch nicht in gleichem Maße wie bei einem vollständig im Wettbewerb stehenden Unternehmen. Das zeigen auch die von der Betroffenen dargelegten, immer noch guten Ratingwerte einzelner Energieversorger von A bis A-, bei denen von einer sicheren Anlage, sofern keine unvorhergesehenen Ereignisse

die Gesamtwirtschaft oder die Branche beeinträchtigen, auszugehen ist. Vor diesen Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber von sachwidrigen Erwägungen ausgegangen ist.

Darüber hinaus gewährleisten die Vorgaben des § 7 Abs. 7 GasNEV eine fortlaufende Anpassung an die aktuelle Marktentwicklung. Damit hat der Verordnungsgeber bei der Auswahl und Gewichtung der Zinsreihen den Besonderheiten des Netzgeschäfts in angemessener Weise Rechnung getragen.

3.2.1.4. Die Rüge der Betroffenen, § 7 Abs. 7 GasNEV stehe nicht im Einklang mit der zur EK II-Verzinsung ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und sei schon deshalb rechtswidrig, geht fehl.

Selbst wenn man mit der Betroffenen davon ausgeht, dass es auch noch nach der Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV für die Beurteilung der Angemessenheit auf die fiktive Frage ankommt, zu welchem Zinssatz der Netzbetreiber Fremdkapital hätte aufnehmen können und daher die Vorgaben der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs maßgeblich sind (BGH, Beschluss vom 18.02.2014 - EnVR 1/13, Rn. 13 m.w.N.), ließe sich nicht feststellen, dass die Neuregelung objektiv sachwidrig ist.

Die Bestimmung eines fiktiven Zinssatzes ist nur näherungsweise möglich, weil dabei verschiedene hypothetische Annahmen zugrunde gelegt werden müssen (BGH, a.a.O., Rn. 15). Dies hat zur Folge, dass es in der Regel nicht nur einen einzigen Zinssatz gibt, der den Wertungen des § 21 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 7 GasNEV entspricht. Die Festlegung eines bestimmbareren Zinssatzes ist deshalb als rechtmäßig anzusehen, wenn der Verordnungsgeber die Grenzen der Verordnungsermächtigung eingehalten und das Gestaltungsermessen fehlerfrei ausgeübt hat. Eine gesetzlich „garantierte“ Eigenkapitalverzinsung in einer bestimmten Höhe wird auch nach der gesetzlichen Wertung des § 21 Abs. 1 EnWG nicht gefordert (vgl. BGH, Beschluss vom 18.02.2014 - EnVR 1/13, Rn. 32; Beschluss vom 14.08.2008 - KVR 35/07, Rn. 53 „Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße“). Daher ist die auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. K. vorgenommene Berechnungsweise keinesfalls zwingend. Ihr kommt damit auch nicht die Funktion einer Mindestverzinsung zu. Vielmehr stellt die von Prof. Dr. K. ermittelte Berechnungsweise *eine* Methode zur Berechnung des EK II-Zinssatzes dar, die jedoch an mehreren Stellen mangels verfügbarer Daten

auf verschiedene hypothetische Annahmen gestützt werden musste. Diese wurden sodann in den Beschwerdeverfahren von den dortigen Beteiligten angegriffen. Gerade vor diesem Hintergrund hat sich der Verordnungsgeber plausibel und nachvollziehbar unter fehlerfreier Ausübung seines Gestaltungsermessens für eine praktikable und transparente Ermittlung der EK II-Zinssätze anhand der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgegebenen Umlaufrenditen entschieden.

Die vom Bundesgerichtshof zur Ermittlung eines fiktiven Fremdkapitalzinssatzes entwickelten Grundsätze sind daher nach der Abkehr des Verordnungsgebers von der Fremdkapitalfiktion schon nicht auf die Verordnungsänderung übertragbar. Unabhängig davon wird die Verordnungsänderung ihnen aber auch gerecht.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass der fiktive Kreditgeber von dem im Anlagezeitpunkt erzielbaren Zinssatz für eine langfristige, insolvenzfeste Anleihe, wie sie die öffentliche Hand bietet, ausgehen und im Falle der Geldanlage bei einem anderen Emissionsschuldner für die Inkaufnahme des Ausfallrisikos einen bestimmten Risikozuschlag verlangen wird. Eine unternehmensscharfe Risikobewertung hat er für entbehrlich gehalten und die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen ausreichen lassen. Ferner hat er in entsprechender Anwendung des § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV auf den durchschnittlichen Zinssatz der letzten zehn abgeschlossenen Jahre vor Antragstellung abgestellt (BGH, Beschluss vom 18.02.2014 - EnVR 1/13, Rn. 13f.; Beschlüsse vom 14.08.2008 - KVR 42/07 Rn. 56 ff. „Rhein Hessische Energie“; KVR 34/07 Rn. 69 ff.; KVR 36/07 Rn. 68 ff. „Stadtwerke Trier“).

Entsprechend diesen Vorgaben hat der Verordnungsgeber in § 7 Abs. 7 GasNEV auf den Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der genannten Umlaufrenditen abgestellt. Dabei hat er – wie schon ausgeführt - sowohl die Langfristigkeit der Kapitalanlage als auch insbesondere durch die Heranziehung der Zinsreihe von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) das Risiko und die Besonderheiten des Netzgeschäfts in angemessener Weise berücksichtigt. Etwas anderes ergibt sich nicht schon aus dem von der Betroffenen im einzelnen aufgezeigten Umstand, dass die nach § 7 Abs. 7 GasNEV ermittelten EK II-Zinssätze unterhalb der nach der von der Betroffenen fortgeschriebenen „K.-Methode“ ermittelten EK II-Zinssätze liegen, da die Ermittlung eines angemessenen Zinssatzes mit mathematisch-naturwissenschaftlicher Genauigkeit nicht möglich ist, sondern, wie bereits ausgeführt, letztlich immer auf einer Schätzung beruht. Der von

der Betroffenen für sachgerecht gehaltene EK II-Zinssatz von mindestens 4,66 % liegt im Übrigen erheblich über dem von der Betroffenen im Verwaltungsverfahren vorgetragenen durchschnittlichen Zinssatz von 4,24 % für das von ihr tatsächlich aufgenommene Fremdkapital (Bl. 28 VV). Der nach § 7 Abs. 7 GasNEV ermittelte Zinssatz von 4,19 % kommt dem deutlich näher.

3.2.2. Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ebenfalls nicht feststellbar. Auch wenn der Ordnungsgeber angesichts der laufenden Gerichtsverfahren auf eine praktikable Ermittlung des EK II-Zinssatzes Wert gelegt hat, hat er mit der Wahl und der Gewichtung der in § 7 Abs. 7 GasNEV genannten Umlaufrenditen die unternehmerischen Risiken eines Gasnetzbetreibers berücksichtigt. Hierbei ist allerdings nicht nur das Interesse der Netzbetreiber an einer möglichst hohen Verzinsung des Eigenkapitals zu berücksichtigen. Vielmehr ist auch den berechtigten Interessen der Netznutzer und den in § 1 EnWG normierten Zielen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas Rechnung zu tragen. So hatten sich der bne - Bundesverband Neuer Energieanbieter e.V. - sowie der vzbv - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. – zuvor in einer gemeinsamen Stellungnahme vom 18.03.2013 vehement gegen die Einbeziehung der Zinsreihe von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) bei der Ermittlung des EK II-Zinssatzes ausgesprochen, weil die darin enthaltenen Wagniszuschläge den Risiken dieser im Wettbewerb stehenden Unternehmen entsprächen, die Risiken der Netzbetreiber indessen als wesentlich geringer einzustufen seien, so dass es zu einer zu hohen Rendite komme, die auch durch die Mittelwertbildung nicht ausreichend gedämpft werde (Gemeinsame Stellungnahme der Verbände bne und vzbv zum Referentenentwurf einer Verordnung zur Änderung von Verordnungen des Energiewirtschaftsgesetzes, 18.03.2013, S. 3, abrufbar unter <http://www.bne-online.de>).

Selbst wenn es, wie die Betroffene geltend macht, mehrere Bewertungsmaßstäbe gibt, ist eine Auswahl zu treffen, die dem Ziel einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Eigenkapitalverzinsung gerecht wird. Die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewertungsmaßstäben muss demgemäß nicht zwingend zugunsten desjenigen ergehen, der zum höchstmöglichen Zinssatz führt (vgl. BGH, Beschluss vom 27.01.2015 - EnVR 39/13, Rn. 23 ff. „Thyssengas“). Wie ausgeführt, ist der vom Ordnungsgeber gewählte Maßstab methodisch geeignet, den

EK II-Zinssatz unter Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos des Netzbetreibers zu bestimmen.

3.2.3. Schließlich geht auch die weiter erhobene Rüge der Betroffenen, die Regelungen in § 7 Abs. 1, Satz 5 und Abs. 7 GasNEV führten zu einer mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbaren Ungleichbehandlung der Netzbetreiber, fehl.

Dass aufgrund der Abkehr des Ordnungsgebers von der Fremdkapitalfunktion die Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals und eine maximale Verzinsung des Fremdkapitals nicht mehr deckungsgleich sind, führt nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit überschießendem Eigenkapital gegenüber Netzbetreibern mit Fremdkapitalaufnahme. Wie bereits ausgeführt wird eine Gleichsetzung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital mit dem (fiktiven) Fremdkapitalzinssatz normativ nicht gefordert. Darüber hinaus werden Netzbetreiber mit überschießendem Eigenkapital auch nicht ungerechtfertigt benachteiligt. Netzbetreiber mit Fremdkapitalaufnahme erhalten nach der Praxis der Regulierungsbehörden grundsätzlich nach § 5 Abs. 2, 1. Halbs. GasNEV die tatsächlich gezahlten Fremdkapitalzinsen anerkannt, sofern diese zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme marktüblich waren. Diese verbleiben jedoch nicht bei diesen, sondern sind tatsächlich an die Kreditgeber zu zahlen. Demgegenüber muss der Netzbetreiber mit überschießendem Eigenkapital für dieses keine Fremdkapitalzinsen aufwenden, sondern erhält – anders als der Netzbetreiber mit Fremdkapital – dieses noch verzinst. Eine Benachteiligung der Netzbetreiber mit überschießendem Eigenkapital ist damit schon im Ansatz nicht feststellbar.

4. Kalkulatorische Gewerbesteuer

Die Landesregulierungsbehörde hat die kalkulatorische Gewerbesteuer auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und damit im Wege der sogenannten „Vom-Hundert“-Rechnung zutreffend ermittelt.

Wie der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10.11.2015 (EnVR 26/14, Rn. 40 ff.) entschieden hat, kommt eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer („Im-Hundert“-Rechnung) nicht in Betracht, weil für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, abzustel-

len ist. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität ist hingegen nicht herzustellen (BGH, Beschluss vom 10.11.2015 - EnVR 26/14, Rn. 46 „Stadtwerke Freudenstadt II“; Beschlüsse vom 14.08.2008 - KVR 35/07, Rn. 81 „Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße“; KVR 39/07, Rn. 67 „Vattenfall“; KVR 42/07, Rn. 70 „Rhein Hessische Energie“; Beschluss vom 09.07.2013 - EnVR 37/11, Rn. 13 „KNS“).

5. Effizienzwert im vereinfachten Verfahren

Der im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV festgesetzte pauschalierte Effizienzwert ist nicht nachträglich zu korrigieren, soweit - nach Bekanntgabe des pauschalierten Effizienzwertes gemäß § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV - bei am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern individuelle Effizienzwerte korrigiert worden sind, weil nachträglich eine „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ im Sinne des § 15 ARegV anerkannt worden war. Auch etwaige methodische Fehler im Rahmen des Effizienzvergleichs können eine Korrektur des pauschalierten Effizienzwerts nicht rechtfertigen.

5.1. Das vereinfachte Verfahren gemäß § 24 ARegV dient dazu, den Regulierungsaufwand zu reduzieren und für kleinere Netzbetreiber, die durch die Bestimmungen der Anreizregulierung überproportional belastet sein könnten, ein einfaches Abrechnungsverfahren anzubieten (BR-Drs. 417/07, S. 68). So müssen die teilnehmenden Unternehmen der Regulierungsbehörde keine Strukturdaten nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV übermitteln. Das Verwaltungsverfahren soll auch im Interesse der Regulierungsbehörden beschleunigt werden (Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn. 26).

Damit der jeweilige Netzbetreiber eine sinnvolle unternehmerische Entscheidung treffen kann, ist es erforderlich, dass der durchschnittliche Effizienzwert nach § 24 Abs. 2 Satz 2 ARegV vor der Ausübung des Wahlrechts bekannt gemacht wird (vgl. Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn. 76). Die Entscheidung kann für jede Regulierungsperiode neu getroffen werden (vgl. Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn. 159). Es handelt sich hierbei um eine unternehmerische Entscheidung innerhalb des Regulierungsregimes (Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn.

59). Jeder Netzbetreiber hat für sich die Vor- und Nachteile des jeweiligen Verfahrens abzuwägen. Wird das vereinfachte Verfahren gewählt, erfolgt keine Bereinigung des Effizienzwertes (§ 15 ARegV) oder eine Teilnahme an der Qualitätsregulierung (§§ 19 ff. ARegV). Es wird kein Investitionsbudget (§ 23 Abs. 6 ARegV) oder ein pauschalierter Investitionszuschlag (§ 25 ARegV) gewährt. Die Erfahrungen der ersten Regulierungsperiode zeigen, dass der einheitliche Effizienzwert des vereinfachten Verfahrens für die teilnehmenden Netzbetreiber sich häufig positiv ausgewirkt hat (Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn. 67). Kleinere Netzbetreiber werden dadurch begünstigt, dass der pauschalierte Effizienzwert sich anhand der Strukturdaten der meist größeren Netzbetreiber errechnet, die tendenziell höhere Effizienzwerte aufweisen (Kresse in Holznagel/Schütz, ARegV, § 24 Rn. 67). Andererseits wird der gemittelte Effizienzwert aus den individuellen Werten der vorangegangenen Regulierungsperiode ermittelt, wodurch sich ein gewisser Nachteil ergeben kann.

5.2. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist es bei der Berechnung des pauschalierten Effizienzwertes weder geboten noch sachgerecht, nachträglich Anpassungen individueller Effizienzwerte, die sich aufgrund von Änderungen der „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ bei einzelnen am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern ergeben, oder etwaige methodische Mängel des Effizienzvergleichs zu berücksichtigen.

5.2.1. Die Landesregulierungsbehörde hat darauf hingewiesen, dass „Besonderheiten der Versorgungsaufgabe“ nach § 15 Abs. 1 ARegV der am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreiber berücksichtigt worden seien, soweit diese vor dem Veröffentlichungstag (§ 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV) eingegangen seien. Die Bundesnetzagentur hat hierzu klargestellt, dass sie alle Meldungen der Landesregulierungsbehörden, die bis zum Redaktionsschluss des Amtsblatts eingegangen seien (01.12.2010), berücksichtigt habe. Der pauschalierte Effizienzwert wurde dann eine Woche später, am 08.12.2010, veröffentlicht. Diese Handhabung ist nicht zu beanstanden, weil so in den pauschalierten Effizienzwert auch „Besonderheiten der Versorgungsaufgabe“ nach § 15 Abs. 1 ARegV einfließen (vgl. Hummel in Danner/Theobald, Energierecht, 85. EL, § 24 ARegV Rn. 42b). Spätere Veränderungen sind hingegen nicht zu berücksichtigen (so auch: Hummel in Danner/Theobald, Energierecht, 85. EL, § 24 ARegV Rn. 42b).

Die Betroffene möchte hier aber einen höheren pauschalierten Effizienzwert erreichen, weil andere Netzbetreiber nachträglich Gerichtsentscheidungen und Rechtsprechungsänderungen erstritten haben, hier insbesondere im Hinblick auf die „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“. Will ein Netzbetreiber eine für sich positive Entscheidung erreichen, muss er jedoch grundsätzlich gegen einen entsprechenden Bescheid, auch gegen eine Festlegung als Allgemeinverfügung, individuell vorgehen. So hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass eine „inter-omnes“-Wirkung nicht in Betracht kommt, wenn sich mehrere gegen denselben Bescheid wehren (BGH, Beschluss vom 16.12.2014 - EnVR 54/13). Im vorliegenden Fall geht es aber nicht einmal um den Angriff gegen denselben Bescheid, etwa eine bestimmte Festlegung. Vielmehr will die Betroffene einen pauschalierten, gemittelten Effizienzwert zugrunde legen, in den nachträglich veränderte Werte Dritter mittelbar eingeflossen sein könnten.

5.2.2. Die von der Betroffenen begehrte Handhabung widerspricht ferner der mit dem vereinfachten Verfahren beabsichtigten Verwaltungsvereinfachung und Beschleunigung.

Konsequenterweise müsste der pauschalierte Effizienzwert regelmäßig - möglicherweise über Jahre – angepasst werden, weil schon aufgrund der Vielzahl der Verfahren nachträgliche Änderungen nahe liegen. Dass, wie die Betroffene meint, eine Anpassung des pauschalierten Effizienzwertes nur bis zum Zeitpunkt der Neubescheidung möglich sein soll, vereinfacht kaum und auch nur für das jeweils anhängige Verfahren und den betroffenen Netzbetreiber. Die Regulierungsbehörden müssten den pauschalierten Effizienzwert aber so lange anpassen, bis das letzte Verfahren abgeschlossen und rechtskräftig neu beschieden worden wäre.

Vor diesem Hintergrund ist es daher sachgerecht, auf den veröffentlichten pauschalierten Effizienzwert abzustellen und diesen nicht deshalb zu ändern, weil im Nachhinein bei einzelnen Netzbetreibern in deren Verfahren eine „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ anerkannt worden ist.

5.2.3. Es kann ferner dahinstehen, ob bei der prozentualen Umrechnung des – einzelnen - Effizienzwertes eine Störgröße hätte berücksichtigt werden müssen. Soweit sich möglicherweise durch die nunmehr im Nachhinein bekanntgewordene Berück-

sichtigung des Störterms Abweichungen ergeben könnten, stellt dies die Berechnung des pauschalierten Effizienzwertes nicht infrage.

So ist bereits erläutert worden, dass sich schon aufgrund anhängiger Gerichtsverfahren im Nachhinein Änderungen der ursprünglichen Berechnungsgrundlage ergeben können und es wenig praktikabel erscheint, den pauschalierten Effizienzwert nachträglich anzupassen. Dies gilt auch, soweit möglicherweise ein Störterm bei der Berechnung der individuellen Effizienzwerte hätte berücksichtigt werden können oder müssen. Der pauschalierte Effizienzwert wird auf der Basis von Daten einer früheren, inzwischen abgeschlossenen Regulierungsperiode gebildet.

Wie ausgeführt, widerspräche es Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens, wenn alle Einwendungen, die von am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern geltend gemacht worden waren, in den pauschalierten Effizienzwert „hineinzuziehen“ und so im Ergebnis letztlich doch alle individuell geltend gemachten Einwendungen bei der Berechnung des pauschalierten Effizienzwertes zu berücksichtigen wären. Darüber hinaus führt die Berücksichtigung des Störterms keineswegs immer zu für die Netzbetreiber günstigeren Ergebnissen. Es ist daher schon nicht erkennbar, dass sich bei der Berechnung des pauschalierten Effizienzwertes ein Störterm erheblich auswirkt. Auch der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Berechnung des Effizienzwertes jedenfalls im Grundsatz sachgerecht erfolgt ist (BGH, Beschluss vom 21.01.2014 – EnVR 12/12, RdE 2014, 276).

5.2.4. Vertrauensschutz- oder Gleichbehandlungsgründe stehen diesem Ergebnis ebenfalls nicht entgegen.

Der Betroffenen war der bereinigte Effizienzwert, der bei der Berechnung nach dem vereinfachten Verfahren zugrunde gelegt werden sollte, vor der Ausübung ihres Wahlrechts bekannt. Sie hatte daher Gelegenheit, die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile zu prüfen. Ihr stand es offen, das Regelverfahren zu wählen und dann - etwa im Hinblick auf den „Cityeffekt“ im gerichtlichen Verfahren – eine individuelle „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ geltend zu machen und einen höheren individuellen Effizienzwert zu erstreiten. Es war auch nicht fernliegend, dass zahlreiche Netzbetreiber gegen die Erlösobergrenzenbescheide vorgehen und auch für sie positive Entscheidungen erstreiten könnten, schon deshalb, weil die Bescheide eine Vielzahl von Einzelfragen und Berechnungen regeln. Sie hat gleichwohl nicht das Regel-

verfahren – nach einer Chancen-/Risikenabwägung - gewählt, sondern sich bewusst für das vereinfachte Verfahren entschieden.

Die Landesregulierungsbehörde hat ferner zutreffend darauf hingewiesen, dass der Bundesgerichtshof für eine „Besonderheit der Versorgungsaufgabe“ im Sinne des § 15 Abs. 1 ARegV zwar den Anwendungsbereich tendenziell erweitert, den Netzbetreibern aber andererseits ganz erhebliche Darlegungspflichten auferlegt hat (BGH, Beschluss vom 09.10.2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22; Beschluss vom 09.10.2012 - EnVR 86/10, ZNER 2012, 609). Ein Automatismus, dass das erweiternde Verständnis des § 15 Abs. 1 ARegV im Ergebnis zu höheren Erlösobergrenzen führt, besteht daher nicht.

Auch im Übrigen ist eine Benachteiligung nicht erkennbar. So ist der pauschalierte Effizienzwert gegenüber der ersten Regulierungsperiode von 87,5 % auf 89,97 %, um immerhin rund 2,5 Prozentpunkte, angestiegen. Die Betroffene profitiert, ohne ihre eigene Effizienz nachweisen zu müssen, von der insgesamt gestiegenen Effizienz der am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreiber. Ihr wird, ohne Prüfung der eigenen Effizienz immerhin ein Effizienzwert von rund 90 % zugebilligt. Gegenüber der ersten Regulierungsperiode hat sich „die Lücke“ zum Bestwert von 100 % von seinerzeit noch 12,5 Prozentpunkten um ein Fünftel und damit durchaus spürbar verringert.

6. Widerrufsvorbehalt

Der angeordnete Widerrufsvorbehalt ist rechtswidrig und daher aufzuheben.

6.1. Der Widerrufsvorbehalt sollte hier Rechtswirkung entfalten und war deshalb von der Landesregulierungsbehörde in den Tenor aufgenommen worden (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2015 - EnVR 44/13 „BEW Netze GmbH“).

6.2. Ein einschränkungsloser Widerrufsvorbehalt ist im Regelfall unzulässig.

Der Bundesgerichtshof hat erläutert, dass ein solcher Vorbehalt schon deshalb unzulässig ist, weil er einerseits darauf gerichtet ist, das Bestehen einer im Gesetz abstrakt vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit verbindlich festzulegen, zugleich aber nicht erkennen lässt, wie weit diese Bindungswirkung reichen soll (BGH, Beschluss vom

03.03.2015 - EnVR 44/13 „BEW Netze GmbH“). Der von einer solchen Entscheidung Betroffene müsse damit rechnen, dass er sich gegenüber einem späteren Widerruf nicht mehr mit inhaltlichen Einwendungen zur Wehr setzen könne, wenn er den Vorbehalt in Bestandskraft erwachsen lasse. Wenn er bereits den Vorbehalt anfechte, könne er inhaltliche Einwendungen zur Anwendbarkeit und zur tatbestandlichen Reichweite von § 29 Abs. 2 EnWG allenfalls auf einer abstrakten Ebene geltend machen, weil der Vorbehalt gerade nicht erkennen lasse, für welche konkreten Fallgestaltungen ein Widerruf möglich sein solle. Dies schränke die Rechtsschutzmöglichkeiten in nicht mehr zumutbarer Weise ein.

Auch das EnWG geht nicht von einer allgemeinen Widerrufsmöglichkeit aus, sondern ordnet dies ggfs. für bestimmte Fälle an. So erlaubt etwa § 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG im Hinblick auf etwaige erforderliche Tarifanpassungen einen zwingenden und umfassenden Widerrufsvorbehalt nur für den Fall der kostenorientierten Entgeltbildung (Britz/Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. A., § 23a Rn. 19). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kommt im Rahmen des § 36 Abs. 2 VwVfG ein Widerrufsvorbehalt nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf möglich sein soll, hinreichend bestimmt festgelegt sind (BGH, Beschluss vom 03.03.2015 - EnVR 44/13 „BEW Netze GmbH“).

6.3. Soweit die Landesregulierungsbehörde in ihrem Bescheid bestimmte Umstände als Grund für den Widerrufsvorbehalt genannt hat, können diese den Vorbehalt nicht rechtfertigen. Die Reichweite des Widerrufsvorbehalts ist nicht hinreichend bestimmt und unklar.

So soll der Widerrufsvorbehalt „insbesondere“ und „ggf.“ im Hinblick auf eine künftige Entscheidung des Bundesgerichtshofes genutzt werden können. Es ist unsicher, worauf sich diese Begriffe beziehen. Es ist nicht eindeutig, ob die Alternative „mögliche künftige Entscheidung des Bundesgerichtshofes“ als Untervariante einer Anpassung wegen „falscher Tatsachen“ zu verstehen sein oder ob es sich hierbei um einen hiervon losgelösten eigenständigen Widerrufsgrund handeln soll.

6.4. Ein Widerrufsvorbehalt im Hinblick auf mögliche „falsche Tatsachen“, die das Ausgangsniveau nach § 6 ARegV beeinflusst haben, ist auch nicht erforderlich, weil insoweit Anpassungen nach den §§ 48 und 49 VwVfG oder § 29 Abs. 2 EnWG erfolgen können.

Der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, dessen Auffassung sich der erkennende Senat anschließt, hat bereits entschieden, dass § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG es erlaubt, festgelegte oder genehmigte Bedingungen oder Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass diese weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen (Beschluss vom 29.05.2013 - VI-3 Kart 462/11 (V)). § 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG hält ergänzend fest, dass die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes unberührt bleiben. § 29 Abs. 2 EnWG gibt der Regulierungsbehörde die Befugnis zur Änderung, sowohl zur nachträglichen Aufhebung wie auch zur Abänderung der erlassenen Festlegung ohne Rücksicht darauf, ob diese rechtswidrig ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.05.2013 - VI-3 Kart 462/11 (V)).

Mit der Befugnis nach § 29 Abs. 2 EnWG soll die Regulierungsbehörde sicherstellen können, dass die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-Drs. 15/3917, S. 62; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.05.2013 - VI-3 Kart 462/11 (V)). Damit setzt der Gesetzgeber Art. 23 Abs. 4 der Elektrizitätsrichtlinie und Art. 25 Abs. 4 der Gasrichtlinie um. Sinn und Zweck ist es, die Regulierungsbehörde mit der Flexibilität auszustatten, die notwendig ist, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anzupassen und so die Effektivität der Regulierung zu sichern (Schmidt-Preuß in BerlKommEnR, 3. A., § 29 Rn. 14, 64). Damit werden die Konstellationen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwVfG, die nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage, einschließlich neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse der Regulierungsbehörde, erfasst (s.a. Schmidt-Preuß in BerlKommEnR, 3. A., § 29 Rn. 75). Zugleich soll es nicht darauf ankommen, ob es sich um eine den Netzbetreiber begünstigende oder belastende Entscheidung handelt (Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. A., § 29 Rn. 22).

Auch in anderen Netzwirtschaften hat sich der Gesetzgeber zu spezialgesetzlichen - und erweiterten - Änderungsmöglichkeiten veranlasst gesehen (vgl. etwa § 24 PostG). Daneben sind, wie § 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG normiert, die §§ 48 und 49 VwVfG anwendbar, die ebenfalls eine Rücknahme oder den Widerruf eines Verwaltungsaktes unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.

6.5. Ferner ist es nicht sachgerecht, einen Widerrufsvorbehalt nur deshalb anzuordnen, um nach Eintritt der möglichen Rechtskraft eines Bescheides zukünftige, für die

Regulierungsbehörde positive höchstrichterliche Entscheidungen nutzen zu können. So rechtfertigen nicht einmal nach eingetretener Bestandskraft eines Verwaltungsaktes ergangene gerichtliche Entscheidungen über die Gültigkeit von Rechtsvorschriften ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG zugunsten eines Betroffenen (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. A. 2014, § 51 Rn. 100). Eine Behörde entscheidet sich mit dem Erlass des Bescheides für eine bestimmte Rechtsauffassung und kann diese nicht im Nachhinein pauschal durch einen Widerrufsvorbehalt „offenhalten“.

6.6. Der Widerrufsvorbehalt kann als selbstständig anfechtbarer Teil isoliert aufgehoben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2015 - EnVR 44/13 „BEW Netze GmbH“).

III.

1. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 Satz 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Dabei war zu berücksichtigen, dass die Betroffene mit ihrer Beschwerde mit Ausnahme des Beschwerdepunktes „Widerrufsvorbehalt“, dem ein Gegenstandswert von 50.000 € zuzumessen ist, keinen Erfolg hat. Soweit die Betroffene und die Landesregulierungsbehörde den Beschwerdepunkt „EK I-Zinssatz“ (Gegenstandswert x €) übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die auf diesen Beschwerdepunkt entfallenden Kosten - Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten der Beschwerdeführerin und der Landesregulierungsbehörde - gemäß § 90 EnWG i.V.m. § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO und § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO gegeneinander aufzuheben, weil über die beim 3. Kartellsenat des Oberlandesgericht Düsseldorf anhängige Beschwerde der Betroffenen gegen die Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011 (BK4-11-/304) bislang noch nicht entschieden ist und damit der Verfahrensausgang im hiesigen Beschwerdeverfahren offen war (BGH, Beschluss vom 31.05.2006 - KVR 1/05, Rn.9; Beschluss vom 08.04.2014 - EnVR 61/12, Rn. 5). Vor diesem Hintergrund entspricht es der Billigkeit, die Kosten des Verfahrens entsprechend der getroffenen Kostenquote den Beteiligten anteilig aufzuerlegen.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der

Betroffenen bewertet der Senat – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert – ihren unwidersprochenen Angaben entsprechend mit 1.120.903 €.

IV.

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.

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. 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).

van Rossum

Dr. Egger

Adam