



# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## BESCHLUSS

### In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2015

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

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 17.07.2014 wird der Beschluss der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 17.06.2014, BK9-11/8148, aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zur Bestimmung des Jahresanfangsbestands der kalkulatorischen Restwerte bei Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung neu zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zu 56 % und die Bundesnetzagentur zu 44 %.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf € ... festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Betroffene ist Betreiberin eines Gasverteilernetzes.

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 17.06.2014 legte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen der Betroffenen für die zweite Regulierungsperiode fest. Dabei setzte sie bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung für Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr 2010 aktiviert wurden, den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens im Rahmen der Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV unter Berufung auf den Grundsatz der Bilanzidentität gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB mit Null an. Die kalkulatorische Gewerbesteuer errechnete die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Wege der „Vom-Hundert“-Rechnung.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Festlegung der Erlösobergrenzen sei schon insoweit rechtswidrig, als die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung entgegen der Vorgaben der §§ 6, 7 GasNEV, § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG kalkulatorische Restwerte von Neuanlagen, welche im Basisjahr aktiviert worden seien, bei der Mittelwertbildung den Jahresanfangsbestand mit Null und nicht entsprechend § 6 Abs. 5 Sätze 3, 4 GasNEV in Höhe der Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz gebracht habe. Auch der erkennende Senat gehe in seinem Beschluss vom 27.05.2015, VI- 3 Kart 115/14 (V), von der Rechtswidrigkeit dieser Vorgehensweise aus.

Die Bundesnetzagentur habe außerdem die kalkulatorische Gewerbesteuer unter Verstoß gegen §§ 8 GasNEV, 21 Abs. 1, 2 EnWG fehlerhaft berechnet, indem sie – rechnerisch fehlerhaft - eine „Vom-Hundert“-Rechnung vorgenommen habe. Sinn und Zweck von § 8 GasNEV sei, dass der Netzbetreiber aus der regulatorisch zuge-

standenen Eigenkapitalverzinsung als Gewerbeertrag keine Gewerbesteuer finanzieren müsse. Dies folge auch aus der Ratio der §§ 7, 8 GasNEV sowie § 21 Abs. 2 EnWG, wonach die Rendite einer Netzinvestition nicht hinter der Rendite einer Alternativanlage am Kapitalmarkt zurückbleiben dürfen. Da § 7 GasNEV die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftsteuer darstelle, sei die Gewerbesteuer daher anhand der sogenannten „Im-Hundert“-Rechnung zu ermitteln. Nur so werde gewährleistet, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung im vollen Umfang erhalten bleibe und das in der GasNEV hinsichtlich der Altanlagen verankerte Prinzip der Nettosubstanzerhaltung nicht vereitelt werde. Mit ihrem Berechnungsansatz setze sich die Bundesnetzagentur auch in Widerspruch zu ihrem methodischen Vorgehen bei der Bestimmung der Eigenkapitalzinssätze (Festlegung vom 31.10.2011, BK4-11-304), bei der sie die Nachsteuerformel zur Ermittlung eines Zinssatzes vor Körperschaftsteuer zugrunde gelegt habe. Die spezielle Regelung des § 8 GasNEV bezwecke indes keine Schlechterstellung der Gewerbesteuer, sondern solle lediglich die Berücksichtigung regionaler Unterschiede beim Gewerbesteuerhebesatz gewährleisten. Bei Anwendung der Nachsteuerformel ergebe sich eine um € .... höhere kalkulatorische Gewerbesteuer.

Die Betroffene beantragt,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Beschlusses vom 17.06.2014, BK9-11/8148, zur Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Ansatz eines Jahresanfangsbestandes von Null für im Basisjahr 2010 angeschaffte Neuanlagen bei der Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV sei nicht zu beanstanden. Die gegenteilige Auffassung der Betroffenen stehe im Widerspruch zu § 7 GasNEV und sei auch mit dem Sinn und Zweck von § 6 Abs. 5 GasNEV unvereinbar.

Gegen die Auffassung der Betroffenen, eine unterjährig angeschaffte bzw. aktivierte Neuanlage bereits zum Jahresanfang mit dem vollen Anschaffungspreis zu berücksichtigen, spreche bereits der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV. Unter dem dort verwendeten und nicht näher definierten Begriff „Jahresanfangsbestand“ sei der

Wertansatz des Jahresendbestandes des vorhergehenden Geschäftsjahres zu verstehen, da Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB übereinstimmen müssten. Die handelsrechtlichen Grundsätze seien gemäß § 6 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 2 GasNEV auch im Rahmen der kalkulatorischen Kostenkalkulation des § 7 GasNEV zu berücksichtigen. Unabhängig davon sei es aber auch sachgerecht, einen Jahresanfangswert von Null anzunehmen, weil er tatsächlich dem Sachanlagevermögen zum Ende des vorausgegangenen Geschäftsjahres entspreche. Aus § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten. Dort sei gerade nicht von „Jahresanfangsbestand“, sondern von einem „Zugang“ zum 1. Januar eines Jahres die Rede. Überdies sei der Anwendungsbereich der in § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV geregelten Zugangsfiktion auf die kalkulatorischen Abschreibungen beschränkt. Die Fiktion des vollständigen Anlagenzugangs zum 1. Januar des Aktivierungsjahres als Jahresanfangsbestand überdehne den Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV, der von „kalkulatorischen Restwerten“ und nicht vom „Vollwert“ der Anschaffungs- und Herstellungskosten ausgehe.

Auch systematische Zusammenhänge sprächen gegen den Ansatz der Betroffenen. § 7 Abs. 1 GasNEV stehe in unmittelbarem Zusammenhang zu § 7 Abs. 2 GasNEV. Die Ermittlung der Wertansätze nach Absatz 1 und Absatz 2 habe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einheitlich zu erfolgen. Dies entspreche auch der Intention des Ordnungsgebers bei Einfügung der Mittelwertbildung in § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV. Damit sei ein Rückgriff auf § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV zur Bestimmung des Jahresanfangsbestands ausgeschlossen, da dies ersichtlich zu uneinheitlichen Wertansätzen führe.

Auch aus dem Zusammenspiel der §§ 6 und 7 GasNEV ergebe sich nichts Gegenteiliges. Sinn und Zweck der Änderung des § 6 Abs. 5 GasNEV durch die Ergänzung der Sätze 3 und 4 sei gewesen, eine jahresbezogene Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen – in Abgrenzung zu einer Ermittlung Pro-rata-temporis - zu erreichen. Eine Erweiterung der Verzinsungsgrundlage für die Eigenkapitalverzinsung sei hingegen nicht beabsichtigt gewesen.

Die Fiktion des vollständigen Anlagenzugangs zum Beginn des Aktivierungsjahres der Anlage sei mit dem Sinn und Zweck von § 7 GasNEV, eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Sinne von § 21 Abs. 2 EnWG zu gewährleisten, nicht vereinbar. Die Sichtweise der Be-

troffenen führe zu einer unsachgemäßen Erhöhung der Verzinsungsbasis und damit zu einer unangemessenen Doppelverzinsung. Das Ergebnis einer systematischen Überverzinsung durch die seitens der Betroffenen geforderte Vorgehensweise werde durch die von ihr gebildeten Beispielsfälle belegt, zu deren Einzelheiten auf Seite 11ff. der Beschwerdeerwiderung der Bundesnetzagentur vom 30.04.2015 (Bl.71ff GA) verwiesen wird. Erst das Vorgehen der Bundesnetzagentur gewährleiste eine angemessene Verzinsung des von der Betroffenen eingesetzten Kapitals, weil das im Sachanlagevermögen gebundene Kapital bereits in voller Höhe in anderen Bilanzpositionen Berücksichtigung finde.

Die Betroffene habe insgesamt € ... investiert. Dem stünden allein € ... anerkanntes Umlaufvermögen und € ... Rückflüsse aus Abschreibungen gegenüber. Anlass zu der Annahme, dass in dem Jahresanfangsbestand die für die Finanzierung der Neuanlagen benötigten Beträge nicht enthalten sein könnten, bestehe nicht im Ansatz.

Die Bundesnetzagentur habe auch die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 GasNEV zutreffend ermittelt. Die Vorgehensweise stehe im Einklang mit den Vorgaben in § 8 GasNEV sowie der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Als Teil der kalkulatorischen Kostenrechnung werde bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nicht auf die der steuerlichen und handelsrechtlichen Gewinnermittlung zugrunde liegenden Vorschriften abgestellt, sondern auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage: die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV. Diese stelle den Gewerbeertrag dar, auf den die Steuermesszahl nach § 11 Abs. 2 GewStG in Höhe von 3,5 % angewandt werde. Daraus ergebe sich der Steuermessbetrag, auf den der Hebesatz Anwendung finde.

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.**

Die Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache teilweise Erfolg.

## **I.**

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form eines Bescheidungsantrags statthaft (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG).

## II.

Die Beschwerde ist hinsichtlich der Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV begründet. Dies führt zur Aufhebung des Beschlusses und Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats. Im Übrigen hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg.

### 1. Mittelwertbildung

Die Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode ist insoweit rechtswidrig, als die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr aktiviert wurden, den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV mit Null ansetzt.

1.1. Das nach § 7 GasNEV zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital ermittelt sich nach den Vorgaben des § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV. Für Neuanlagen bestimmt § 7 Abs.1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV, dass die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen bewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten unter Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals in die Verzinsungsbasis einzustellen sind. Nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV ist jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen.

1.2. Die Vorgaben des § 7 GasNEV hat die Bundesnetzagentur zwar grundsätzlich beachtet. Zu Unrecht setzt sie jedoch den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr aktiviert wurden, bei der Mittelwertbildung mit Blick auf die Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres mit Null an. Wie der Senat bereits entscheiden hat (Beschluss vom 27.05.2015, VI-3 Kart 115/14) verstößt diese Vorgehensweise gegen die Vorgaben in 7 Abs. 1 GasNEV und damit gleichzeitig gegen den Anspruch des Netzbetreibers nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG auf eine angemessene Verzinsung seines eingesetzten Kapitals. Denn entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur ist der Jahresanfangsbestand i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV nicht mit dem Wertan-

satz in der Eröffnungsbilanz und dieser über § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB mit dem Wertansatz des Jahresendbestandes des vorhergehenden Geschäftsjahres gleichzusetzen. Zwar müssen nach dem in § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB normierten Grundsatz der Bilanzidentität die Wertansätze in der Eröffnungsbilanz des Geschäftsjahres mit denen der Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres übereinstimmen. Maßgebend für die Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung sind jedoch nicht der Jahresabschluss oder bilanzrechtliche Grundsätze, sondern allein die kalkulatorische Rechnung, die für die Eigenkapitalverzinsung nach den Vorgaben des § 7 GasNEV durchzuführen ist. Danach ist bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte einer Neuanlage der Jahresanfangsbestand im Anschaffungsjahr mit den vollen ansetzbaren Anschaffungs- und Herstellungskosten zu berücksichtigen. Dies ergibt eine Auslegung der Norm nach Systematik sowie Sinn und Zweck (so auch OLG Dresden, Beschluss vom 18.07.2014, Kart 8/13, juris RN 45ff; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.05.2014, 202 EnWG 6/13, S. 11ff; Theobald/Zenke/Lange in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 17 RN 124; a.A. OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14, S. 8ff. BA.; Beschluss vom 04.12.2014, 16 Kart 1/14, juris RN 37ff.; OLG Thüringen, Beschluss vom 02.06.2015, 2 Kart 6/13 (2), S. 4ff. BA).

1.2.1 Die Bundesnetzagentur kann sich für ihre gegenteilige Auffassung nicht auf den Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV stützen. § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV gibt lediglich vor, dass jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen ist. Er enthält jedoch keine Definition des Begriffs „Jahresanfangsbestand“. Nach seinem Wortsinn beschreibt der Begriff zunächst nur die Anzahl/Wertigkeit einer (Mengen-)Einheit zum Stichtag 1. Januar eines Jahres. Die in § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB enthaltenen Begriffe „Wertansatz der Eröffnungsbilanz“ oder „Wertansatz der Schlussbilanz“ werden nicht verwendet. Der Schluss, der Begriff „Jahresanfangsbestand“ sei mit dem „Wertansatz in der Schlussbilanz“ bedeutungsgleich, ist auch nicht zwingend. So verwendet § 5 Abs. 2 Satz 2 ARegV ebenfalls den Begriff „Jahresanfangsbestand“. Da das Regulierungskonto jedoch eine rein kalkulatorische Größe darstellt, welche nicht auf tatsächlichen Geldflüssen beruht (Held in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 RN 55), stellt auch der Jahresanfangsbestand im Rahmen des § 5 ARegV eine rein kalkulatorische Größe dar, für die es keine Entsprechung in der Schlussbilanz gibt.

Die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorgaben bei der Ermittlung des Jahresanfangsbestands einer im Basisjahr aktivierten Neuanlage folgt auch nicht aus § 4 Abs. 2 Satz 1 GasNEV. Danach ist lediglich „ausgehend“ von den Gewinn- und Verlustrechnungen für die Gasversorgung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres zur Bestimmung der Netzkosten eine kalkulatorische Rechnung zu erstellen. Damit wird nicht auf die Rechtsnormen des Handelsrechts verwiesen, vielmehr dient die Handelsbilanz lediglich als Datenquelle für die kalkulatorische Rechnung („ausgehend“). Aus ihr lassen sich nur die Kostenstruktur und Erlössituation des Netzbetreibers erkennen. Der Rückgriff auf bilanzielle Ansätze ist im Übrigen nur zulässig, wenn dies in der Verordnung ausdrücklich angeordnet wird, wie beispielsweise in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, RN 36f. – Vattenfall; Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, RN 18 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV RN 25f.; Bartsch/Meyer/Pohlmann in: Säcker, BerlKommEnR, 2. Aufl., § 24 EnWG Anh. B, § 4 StromNEV, RN 9). Bei §§ 6, 7 GasNEV handelt es sich um ein eigenständiges Regelwerk, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht normiert (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, RN 36f. – Vattenfall; Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, RN 18 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18.02.2014, EnVR 67/12, RN 24; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV RN 25f.; Bartsch/Meyer/Pohlmann in: Säcker, BerlKommEnR, 2. Aufl., § 24 EnWG Anh. B, § 4 StromNEV, RN 9). Demzufolge kann der Wert des Jahresanfangsbestands auch nur anhand dieses Regelwerks bestimmt werden (OLG Dresden, a.a.O., juris RN 49).

1.2.2. Dass der Jahresanfangsbestand bei der Ermittlung des Mittelwerts der kalkulatorischen Restwerte von Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, mit den vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen ist, ergibt sich aus der systematischen Auslegung des § 7 GasNEV (a.A. OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14, S. 11f. BA.; Beschluss vom 04.12.2014, 16 Kart 1/14, juris RN 46f.; OLG Thüringen, Beschluss vom 02.06.2015, 2 Kart 6/13 (2), S. 5 BA).

1.2.2.1. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV sind für das betriebsnotwendige Eigenkapital die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen zugrunde zu legen. Die kalkulatorischen Restwerte bestimmen sich nach den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten unter Berücksichtigung der kal-

kulatorischen Abschreibungen. Wie die kalkulatorischen Abschreibungen und damit die kalkulatorischen Restwerte ermittelt werden, ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus § 7 GasNEV, sondern ausschließlich aus § 6 GasNEV. Insoweit sind §§ 6 und 7 GasNEV systematisch miteinander verknüpft. Dies zeigt im Übrigen auch der Verweis in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 GasNEV auf § 6 Abs. 2 GasNEV. § 6 Abs. 5 Satz 3 GasNEV bestimmt, dass die kalkulatorischen Abschreibungen jahresbezogen zu ermitteln sind. Nach § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV ist dabei jeweils ein Zugang des Anlagengutes zum 1. Januar des Anschaffungsjahres zugrunde zu legen. Diese beiden Sätze sind aufgrund des Beschlusses des Bundesrates vom 09.07.2010 zur Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts eingefügt worden, um damit die komplexere, auf unterjährige Zeiträume abstellende Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen auszuschließen und so die Handhabbarkeit und Prüfbarkeit der Kostenrechnung zu erleichtern (BR-Drs. 312/10 (Beschluss) vom 09.07.2010, S. 11, 12). Diese Intention des Ordnungsgebers beansprucht aber nicht nur Geltung für die Ermittlung der Abschreibungen im Rahmen des § 6 GasNEV, sondern auch für die Berechnung der Verzinsungsbasis. Denn gilt die Zugangsfiktion im Rahmen des § 7 GasNEV nicht, kann im Zugangsjahr einer Investition wegen des inneren Zusammenhangs der Sätze 3 und 4 des § 6 Abs. 5 GasNEV auch nicht eine Jahresabschreibung, sondern nur der monatscharfe Abschreibungsbetrag in Ansatz gebracht werden. Auch die Bundesnetzagentur legt im Zugangsjahr der Neuanlage entsprechend § 6 Abs. 5 Satz 3, Satz 4 GasNEV eine Jahresabschreibung zugrunde. Dies ist aber nur möglich, weil § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV die Aktivierung einer Investition – abweichend von den handelsrechtlichen und etwaigen tatsächlichen Gegebenheiten – auf den Jahresbeginn fingiert. Damit ist dem Rückgriff auf die Handelsbilanz und insbesondere auf den Grundsatz der Bilanzidentität nach § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB jedoch der Boden entzogen.

Dass in § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV von „Zugang“, in § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV hingegen von „Jahresanfangsbestand“ die Rede ist, steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Die Fiktion des Zugangs eines Anlagenguts zum Jahresbeginn hat denknötwendig zur Folge, dass der für § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV maßgebliche Jahresanfangsbestand mit den vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz zu bringen ist. Denn der Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens wird jeweils durch Addition der Restwerte des Sachanlage-

vermögens zum Ende eines bestimmten Jahres und der Jahresabschreibung dieses bestimmten Jahres errechnet (Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 StromNEV/GasNEV, RN 68). Der Restwert einer Neuanlage zum Ende des ersten Abschreibungsjahrs zuzüglich der Abschreibung im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr führt rechnerisch jedoch zu einem Jahresanfangsbestand in Höhe des Anschaffungs- oder Herstellungspreises. Dass es sich dabei nicht um einen „Restwert“ im engeren Sinn, also um einen unter Berücksichtigung von Abschreibungen unterhalb des Anschaffungs- oder Herstellungspreises liegenden Wert handelt, ist logische Folge der Vorgaben in § 6 Abs. 5 Satz 3 und 4 GasNEV, die eine Abschreibung des vollen Jahresbetrages bereits im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr verlangen. Eine Überdehnung des Wortlauts des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV ist damit nicht verbunden. Dieser spricht zwar von „kalkulatorischen Restwerten“, nimmt gleichzeitig aber auch auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten Bezug. Diese sind der Ausgangspunkt der Jahresabschreibung und definieren damit auch zwangsläufig den Jahresanfangsbestand im ersten Abschreibungsjahr. Dies korrespondiert mit § 6 Abs. 4 GasNEV, wonach die kalkulatorischen Abschreibungen der Neuanlagen ausgehend von den jeweiligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln sind.

Da der Bezug von § 7 GasNEV auf § 6 GasNEV und damit auch auf § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV schon durch die Berechnungsmodalitäten der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV vorausgesetzten „kalkulatorischen Restwerte“ hergestellt wird, ist unerheblich, dass § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV keine § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV entsprechende Regelung oder Klarstellung enthält und auch nicht ausdrücklich auf die Vorschrift verweist. Vor diesem Hintergrund kann auch aus dem Fehlen eines Hinweises des Verordnungsgebers in der Verordnungsbegründung trotz der entsprechenden damaligen Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur bei der Mittelwertbildung nichts hergeleitet werden. Hinzu kommt, dass § 6 Abs. 5 GasNEV a.F. auch nur eine monatscharfe Abschreibung vorsah (BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, RN 15ff; Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, RN 17 ff.). Dies führte dazu, dass die Abschreibungen einer unterjährig aktivierten Investition kleiner als eine volle Jahresabschreibung waren. Damit war auch noch im letzten Jahr der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ein Restwert vorhanden, der erst unterjährig abgeschrieben wurde und damit als Jahresanfangsbestand noch verzinst werden konnte.

1.2.2.2. Aus der Systematik der Absätze 1 und 2 des § 7 GasNEV ergibt sich nichts Gegenteiliges, insbesondere erfordert der Zusammenhang zwischen § 7 Abs. 1 und Abs. 2 GasNEV nicht, den Grundsatz der Bilanzidentität im Rahmen der Mittelwertbildung anzuwenden.

Ausweislich der Verordnungs Begründung ging es dem Verordnungsgeber mit der Einfügung der Mittelwertbildung im Rahmen des § 7 Abs. 1 GasNEV darum, bei der Berechnung der Verzinsung auf das beim Netzbetreiber im Durchschnitt des Jahres vorhandene Kapital abzustellen und so eine Vereinheitlichung bei der Ermittlung der Aktiva und Passiva zu gewährleisten (vgl. BR-Drs.417/07 (Beschluss) vom 21.09.2007). Eine Mittelwertbildung sah § 7 Abs. 2 Satz 2 GasNEV a.F. bis dahin lediglich für die Passiva vor, während die Bundesnetzagentur für die Aktiva auf bilanzielle Jahresendwerte abstellte. Aus der Vorgabe, für Aktiva und Passiva jeweils auf Mittelwerte abzustellen, lässt sich jedoch nicht ableiten, wie der Jahresanfangswert zu bestimmen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Bundesnetzagentur zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07), wonach auch bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 GasNEV a.F. eine Mittelwertbildung vorzunehmen war. Soweit der Bundesgerichtshof dies damit begründete, dass die Ermittlung der Wertansätze nach Absatz 1 und Absatz 2 einheitlich erfolgen müsse, um eine angemessene Verzinsung i.S.d. § 21 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten, beschränken sich seine Ausführungen auf das Erfordernis der gleichen zeitlichen Vorgaben für die Wertansätze nach Absatz 1 und 2. Aus der Entscheidung geht hingegen nicht hervor, wie der Jahresanfangs- oder Jahresendwert zu bestimmen ist.

1.2.3. Darüber hinaus sprechen auch der Sinn und Zweck des § 7 GasNEV für die Einbeziehung der vollen ansatzfähigen Anschaffungs- und Herstellungskosten einer Neuanlage im Anschaffungsjahr in den Jahresanfangsbestand. Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung als die kalkulatorische Verzinsung des eingesetzten betriebsnotwendigen Eigenkapitals soll gemäß der gesetzlichen Vorgabe in § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG sicherstellen, dass der Netzbetreiber eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielt (vgl. (BR-Drs. 245/05 vom 14.04.2005, S. 35; BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, RN 21; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 StromNEV/GasNEV, RN 34; Säcker/Meinzenbach in: Säcker, BerlKommEnR, 3. Aufl., § 21 EnWG, RN 96). Eine angemessene Verzinsung des für Neuanlagen aufgewendeten Kapitals wird

jedoch nicht erreicht, wenn die Anlage im Jahr der Aktivierung mit einem Jahresanfangsbestand von Null in Ansatz gebracht wird. Denn auf diese Weise wird der rechnerische Mittelwert der Investition im Zugangsjahr, dem Basisjahr, halbiert. Dies hat eine Kürzung der Verzinsungsbasis und damit eine erhebliche Reduzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zur Folge, die auch nicht mehr über die Nutzungs- und Abschreibungsdauer ausgeglichen wird.

Dabei führt gerade der Umstand, dass die aus dem Basisjahr abgeleiteten Werte über die gesamte Regulierungsperiode fortgeführt werden, zu einer erheblichen Reduzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Denn die Kürzung der Verzinsungsbasis für Neuanlagen bleibt nicht nur, wie bei genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, bei denen die Erlösobergrenzen jährlich angepasst werden, auf ein Jahr beschränkt, sondern wird auf die gesamte Regulierungsperiode prolongiert. Der Netzbetreiber erhält über die Halbierung des Mittelwertes nur einen Bruchteil der ihm eigentlich nach § 6 ARegV i.V.m. § 7 StromNEV über die gesamte Regulierungsperiode zustehenden kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals kann dadurch nicht erreicht werden.

Das Beispiel der Bundesnetzagentur anhand des konkreten Falls „Gaszähler der Verteilung“ auf Seite 18 der Beschwerdeerwiderung (Bl. 78 GA) kann nicht belegen, dass die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur zu einer angemessenen Verzinsung führt, da dort im Basisjahr im Jahresanfangsbestand unzutreffend „liquide Mittel“ in Höhe der Anschaffungskosten der Neuanlagen in Ansatz gebracht werden, obwohl das als betriebsnotwendig anerkannte Umlaufvermögen die Finanzierungsbeträge nicht enthält. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen. Ferner berücksichtigt die Bundesnetzagentur in dem beschriebenen Fall im Basisjahr im Jahresendbestand Abschreibungen in Höhe der Jahresabschreibung der Neuanlagen als „liquide Mittel“. Diese stehen aber mit der Neuanlage in keinem Zusammenhang. Denn aus der Neuanlage können im Basisjahr noch keine Abschreibungen zurückverdient werden, sondern erst ab Beginn der neuen Regulierungsperiode. Abschreibungen aus anderen Altanlagen, die im Laufe des Basisjahres zufließen, sind für die Finanzierung der Neuanlage jedoch ebenfalls irrelevant, denn bei einer Mittelverwendung für die Neuinvestition hätte der Jahresendbestand insoweit mit Null in Ansatz gebracht werden müssen. Für die weiteren Abschreibungsjahre besteht oh-

nehin kein Zusammenhang der liquiden Mittel mit dem Sachwert der Neuanlagen. Betrachtet man richtigerweise nur die Sachanlagenwerte (Neuanlage), ergibt sich daraus, dass der Mittelwert im Anschaffungsjahr € ... beträgt. Damit erhält die Betroffene eine Eigenkapitalverzinsung auf einer Verzinsungsbasis, die dem Mittelwert des fünften Abschreibungsjahres entspricht (siehe Spalte Mittelwert, SAV, Tabelle S. 19 der Beschwerdeerwiderung, Bl. 79 GA). Dies stellt keine angemessene Verzinsung dar.

1.2.4. Die vom Senat befürwortete Handhabung führt auch bei einer Gesamtbetrachtung der bilanziellen Vorgänge nicht zu unangemessenen Ergebnissen. § 7 GasNEV soll gewährleisten, dass das durchschnittlich gebundene Kapital angemessen verzinst wird. Diesem pauschalierenden Ansatz ist es immanent, dass die Wirklichkeit nicht immer 1:1 abgebildet wird. Dies kann dazu führen, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung im Einzelfall höher oder niedriger liegen kann als es beim betroffenen Netzbetreiber unter Wettbewerbsbedingungen der Fall wäre. Um eine unangemessene Eigenkapitalverzinsung annehmen zu können, kommt es jedoch darauf an, ob der Netzbetreiber durch die vom Senat befürwortete Methode regelmäßig begünstigt würde (vgl. OLG Dresden, a.a.O., juris RN 54). Davon kann nach dem Vortrag der Bundesnetzagentur und dem von ihr gebildeten weiteren Beispielsfall jedoch nicht ausgegangen werden. Im Einzelnen gilt folgendes:

1.2.4.1. Grundsätzlich geht die Bundesnetzagentur zutreffend davon aus, dass der Anschaffungsvorgang einer Neuanlage die Höhe des Eigenkapitals als Residualgröße aus Vermögen und Schulden nicht beeinflusst. Die Finanzierung der Neuanlage erfolgt entweder durch einen Aktivtausch oder durch zusätzlich Aufnahme von Fremdkapital. Diese rein bilanzielle Sichtweise lässt jedoch keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Doppelverzinsung zu. Denn die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV erfolgt losgelöst von bilanziellen Grundsätzen nach rein kalkulatorischen Maßstäben (vgl. nur BGH, Beschluss vom 18.02.2014, EnVR 67/12, RN 24). Dabei wird jeweils das einzelne Anlagengut in den Blick genommen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der kalkulatorische Restwert des Sachanlagevermögens nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 GasNEV nur anlagenindividuell bestimmt werden kann. Die von der Bundesnetzagentur durch die Berücksichtigung der vollen Anschaffungs-/Herstellungskosten behauptete Doppelverzinsung setzt daher voraus, dass der Wert der konkreten Neuanlage sowohl in dem Jahresanfangsbestand des

Restwerts der Sachanlage (voller Wert) als auch in einer weiteren Bilanzposition enthalten ist und diese ebenfalls in die Verzinsungsbasis der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung eingeht. Die Bundesnetzagentur hat dazu in der Beschwerdeerweiterung einen Beispielsfall gebildet, bei dem eine Anlage unter Aktivierung von „Anlagen im Bau“ in drei Abschnitten errichtet und aus dem Umlaufvermögen sowie durch Aufnahme von Fremdkapital finanziert werden soll. Dieser Beispielsfall vermag eine regelmäßige Doppelverzinsung jedoch nicht zu belegen.

1.2.4.2. Die vorherige Aktivierung von Anlagen im Bau sowie die Finanzierung aus Umlaufvermögen führen weder zu einer Veränderung der Höhe des Eigenkapitals noch zu einer Doppelverzinsung. Die gegenteilige Darstellung der Bundesnetzagentur beruht auf einer rein bilanziellen Sichtweise. Maßgebend ist aber eine kalkulatorische Betrachtungsweise. Denn entgegen ihrer Behauptung verzinst sie gerade nicht unabhängig von der Fallkonstellation immer denselben Eigenkapitalbetrag – in ihrem Beispiel 200 Geldeinheiten. Vielmehr findet eine Verzinsung des Umlaufvermögens in Höhe der Finanzierungsbeträge nicht statt. Es kommt ausgehend von ihrem Beispiel mithin bereits unter diesem Aspekt zu einer Verringerung des zu verzinsenden Eigenkapitalbetrags (im Beispiel um 100 Geldeinheiten des UV). Eine weitere Reduzierung ergibt sich aus dem Ansatz eines Jahresanfangsbestands der Neuanlage von Null. Demgegenüber kommt es bei einem Ansatz der vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Jahresanfangsbestand nicht zu einer Erhöhung des Eigenkapitals, da Anlagen im Bau bereits auf diesen Wert anzurechnen sind und das mit der Finanzierung der Neuanlage im Zusammenhang stehende Umlaufvermögen mangels Betriebsnotwendigkeit ebenfalls nicht in Ansatz gebracht wird.

Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV kann gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV nur das betriebsnotwendige Umlaufvermögen berücksichtigt werden. Die bilanziell in Ansatz gebrachten Werte für das Umlaufvermögen sind daher gegebenenfalls nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit zu korrigieren. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen und zu beweisen. Soweit die Bundesnetzagentur 1/12 des Jahresumsatzes per se als betriebsnotwendig ansieht, bedeutet das für den Netzbetreiber lediglich, dass seine Nachweispflicht bis zu dieser Grenze erleichtert ist (BGH, Beschluss vom

05.10.2010, EnVR 49/09, RN 16, 18; Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, RN 8 ff. - SWU-Netze).

Bei der Betroffenen hat die Bundesnetzagentur deren Investitionstätigkeit – im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, RN 26f. - SWU-Netze) - nicht als Anlass für einen betriebsnotwendigen höheren Bestand des Umlaufvermögens angesehen (S. 29 f. Anlage I-NB des Beschlusses). Damit steht fest, dass in dem anerkannten Umlaufvermögen die Werte für die im Basisjahr aktivierten Neuanlagen nicht enthalten sind. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass das als betriebsnotwendig anerkannte Umlaufvermögen die Investitionstätigkeit der Betroffenen für das Basisjahr übersteigt. Eine Doppelfinanzierung scheidet damit aus.

Dies gilt nicht nur mit Blick auf das konkrete Umlaufvermögen der Betroffenen, sondern generell. Die Bundesnetzagentur geht ausweislich der Beschlussbegründung davon aus, dass das Umlaufvermögen keine Sparsbuchfunktion hat. Auch der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass langfristige und erhebliche Investitionen bei einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht aus dem Umlaufvermögen finanziert werden und dementsprechend auch nicht als betriebsnotwendig anerkannt werden können. Eigenkapital im Hinblick auf zukünftige Investitionen bildet ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen über das Anlagevermögen, indem es Finanzanlagen bildet, die eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen. Dies gilt im besonderen Maße für Finanzmittel, die erst in der folgenden Kalkulationsperiode benötigt werden. Bei entsprechend langfristigen Investitionen wird ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen eine möglichst lukrative Verzinsung des Eigenkapitals anstreben. Die Zinsen wären dann nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GasNEV kostenmindernd gegenzurechnen. Der Netzeigentümer kann nicht, um sich eine Anrechnung von Zinsen zu ersparen, Umlaufvermögen ansammeln und dafür eine Eigenkapitalverzinsung geltend machen (BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/09 RN 27-SWU-Netze).

Eine Doppelverzinsung scheidet auch im Hinblick auf eine etwaige vorherige Aktivierung von „Anlagen im Bau“ aus. Denn insoweit wird – notfalls durch eine von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Korrektur - für die im Basisjahr fertig gestellte Neuanlage nicht der volle Anschaffungs- und Herstellungswert einer Neuanlage beim Jahresanfangsbestand in Ansatz gebracht, sondern nur der um die Position „Anlagen

im Bau“ reduzierte Wert oder – entsprechend der Vorgehensweise der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur bei Investitionsmaßnahmen (vgl. Senat, Beschluss vom 11.09.2013, VI-3 Kart 198/12 (V), S. 9 BA) – die Position „Anlagen im Bau“ mit einem Jahresanfangsbestand von Null und die Sachanlage mit einem Jahresanfangsbestand in Höhe des vollen Anschaffungswertes.

Unzutreffend setzt die Bundesnetzagentur in ihrem Beispielsfall zusätzlich den Rückfluss aus der verdienten Abschreibung (30 Einheiten) an. Die Mittelzuflüsse aus den Abschreibungen auf die Zugänge des Basisjahres entstehen jedoch nicht im Basisjahr selbst, sondern erst mit der Festsetzung der Erlösobergrenze und der darauf basierenden Netzentgeltbildung ab dem Jahr 2013. Mittelzuflüsse aus dem Anlagenbestand vor 2010 sind für die Finanzierung der Neuanlagen, wie ausgeführt, ebenfalls irrelevant. Eine Doppelverzinsung kann damit ebenfalls nicht verbunden sein. Angesichts dessen kommt es auch nicht darauf an, dass die Rückflüsse aus Abschreibungen das Investitionsvolumen der Betroffenen für Neuanlagen übersteigen. Dass der Netzbetreiber grundsätzlich in der Lage ist, Investitionen aus den verdienten Abschreibungen zu tätigen, rechtfertigt keine Kürzung der Verzinsungsbasis. Diese bestimmt sich ausschließlich nach § 7 GasNEV. Letztlich zielt das Vorgehen der Bundesnetzagentur darauf ab, für den Netzbetreiber einen Anreiz zu schaffen, die Einkünfte, die er durch Abschreibungen verdient hat, wieder umgehend zu reinvestieren. Weder aus § 6 GasNEV noch aus § 7 GasNEV ergibt sich jedoch eine Verpflichtung des Netzbetreibers, das mit den Abschreibungen verdiente Kapital zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zu investieren.

1.2.4.3. Schließlich vermag auch eine Finanzierung der Neuanlage durch eine im Laufe des Basisjahres stattfindende Fremdkapitalaufnahme eine regelmäßige Überverzinsung nicht zu belegen.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV ist von der Summe der in Ziffern 1 bis 4 aufgeführten, das betriebsnotwendige Eigenkapital bildenden Positionen u.a. das verzinsliche Fremdkapital abzuziehen. Eine teilweise Überverzinsung kann sich zwar dadurch ergeben, dass der Mittelwert der Fremdfinanzierung aus dem Jahresanfangsbestand von Null und dem entsprechenden Endbestand gebildet wird, während die Neuanlage einen Jahresanfangsbestand in Höhe der vollen Anschaffungskosten aufweist. Da es sich bei der vollständigen Fremdfinanzierung um einen in der Praxis kaum vorkommenden Ausnahmefall handelt, kann jedoch nicht von einer regelmäßigen

Überverzinsung ausgegangen werden. Aber auch mit Blick auf eine teilweise Fremdfinanzierung ist eine generelle Kürzung der Verzinsungsbasis, die noch dazu über fünf Jahre perpetuiert wird, nicht gerechtfertigt. Die Kürzung hat nämlich zur Folge, dass die Betroffene fünf Jahre lang eine erheblich reduzierte Verzinsung erhält - vorliegend auf der Basis des fünften Abschreibungsjahres, wie sich aus dem Beispiel der Bundesnetzagentur „Gaszähler der Verteilung“ in der Beschwerdeerwiderung ergibt. Darüber hinaus wäre eine etwaige Überverzinsung auch Folge der mit § 7 GasNEV vorgegebenen unscharfen Berechnungsmethode, die die wirtschaftliche Entwicklung des Netzbetreibers unter Wettbewerbsbedingungen rechnerisch simulieren soll (vgl. OLG Dresden, a.a.O., juris RN 54).

## 2. kalkulatorische Gewerbesteuer

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Wege einer Berechnungsformel, die einen Vorsteuerertrag voraussetzt, ist hingegen nicht zu beanstanden. Der Einwand der Betroffenen, die Gewerbesteuer müsse auf Basis einer Nachsteuerformel („Im-Hundert“-Rechnung) berechnet werden, ist unbegründet.

2.1. Nach § 8 Satz 1 GasNEV kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Die kalkulatorische Gewerbesteuer ist Teil der kalkulatorischen Kostenrechnung, die die Entgeltbildung unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen simulieren soll. Ausgangspunkt sind somit nicht die der steuerlichen und handelsrechtlichen Gewinnermittlung zugrunde liegenden Vorschriften, vielmehr wird auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, abgestellt. Diese stellt die Bemessungsgrundlage, d.h. den Gewerbeertrag, für die kalkulatorische Gewerbesteuer dar (vgl. BGH, Beschluss vom 14.04.2015, EnVR 16/14, RN 14; Beschluss vom 09.07.2013, EnVR 37/11, RN 13). Eine Anwendung der §§ 7ff GewStG im Rahmen des § 8 GasNEV scheidet mithin aus (vgl. auch BGH Beschlüsse vom 14.08.2008, KVR 35/07, S. 26 RN 76ff – Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße; KVR 39/07, S. 25f, RN 67ff – Vattenfall; KVR 42/07, S. 26f., RN 71ff). Damit steht gleichzeitig fest,

dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nach § 8 GasNEV keine weiteren Korrekturen erfahren soll.

2.2. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer zu Recht die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung als den maßgeblichen fiktiven Gewerbeertrag herangezogen, weshalb sie richtigerweise auch eine „Vom-Hundert“-Rechnung, d.h. eine Berechnung auf der Grundlage einer Vorsteuerformel vorgenommen hat. Die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur hätte zwingend eine Nachsteuerformel anwenden müssen, was die Annahme eines der Höhe nach reduzierten Ertrags und damit die Anwendung einer „Im-Hundert“-Rechnung voraussetzt, geht fehl. Insoweit geht sie von der unzutreffenden Prämisse aus, die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sei nicht die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, sondern ein – kalkulatorischer - Vorsteuergewinn.

2.2.1. Die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 GasNEV ist ausschließlich nach den kalkulatorischen Maßstäben der GasNEV zu ermitteln. Fiktive Bemessungsgrundlage ist die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV (BGH, a.a.O.). Dies bringt es mit sich, dass die Gewerbesteuer entgegen der steuerrechtlichen Regeln faktisch aus einem bereits um die Gewerbesteuer reduzierten Gewerbeertrag errechnet wird. Denn bei dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssatz handelt es sich unstreitig um einen Zinssatz nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftsteuer (vgl. Festlegung der Eigenkapitalzinssätze vom 31.10.2011, BK4-11-304, S. 15f.; bereits zuvor Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die erste Regulierungsperiode vom 07.07.2008 – BK4-08-068, dort insbesondere S.42ff). Dies war auch schon bei den durch § 7 Abs. 6 Satz 3 GasNEV/StromNEV normativ vorgegebenen Eigenkapitalzinssätzen der Fall, wie sich aus der Verordnungsbegründung zu § 7 und § 8 GasNEV/StromNEV ergibt. Insbesondere zu § 8 GasNEV/StromNEV hat der Verordnungsgeber ausdrücklich festgehalten, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuern und vor Körperschaftsteuer darstellt (vgl. BR-Drs.245/05 vom 14.04.2005, S. 36; BR-Drs. 245/05 (Beschluss) vom 08.07.2005, S. 10; BR-Drs. 247/05 vom 14.04.2005, S. 30; BR-Drs. 247/05 (Beschluss) vom 08.07.2005 S. 10). Gerade aus diesem Grund hat er die dem Netzbetrieb sachlich

zuzurechnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition anerkannt (vgl. BR-Drs.245/05 vom 14.04.2005, S. 36; BR-Drs. 247/05 vom 14.04.2005, S. 30).

Angesichts dessen kann auch nichts daraus hergeleitet werden, dass der in § 7 Abs. 6 Satz 1 GasNEV/StromNEV in der bis zum 5.11.2007 geltenden Fassung enthaltene Zusatz „wobei dieser Zinssatz nach Ertragssteuern festzulegen ist“, auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten durch Verordnung der Bundesregierung vom 29.10.2007 (BGBl. 2007 I, S. 2529ff) gestrichen worden ist. Der Eigenkapitalzinssatz, der erstmals zum Beginn der ersten Anreizregulierungsperiode durch die Bundesnetzagentur festgelegt werden sollte, sollte „wie bisher“ als Vor-Steuer-Zinssatz bestimmt und angewandt werden, da es nicht zweckmäßig sei, den Eigenkapitalzinssatz nach Ertragssteuern festzulegen. Eine andere Handhabung sah der Ordnungsgeber nur dann als sachgerecht an, wenn die Ertragssteuern gleichzeitig in voller Höhe als Kosten bei der Netzentgeltbildung angesetzt würden, worüber die Verordnung jedoch keine Bestimmungen enthalte (BR-Drs. 417/07 vom 20.09.2007 (Beschluss), S. 20f.).

Da § 8 GasNEV/StromNEV den Ansatz der Gewerbesteuer ausdrücklich vorsieht, bezogen sich diese Ausführungen ersichtlich nur auf die Körperschaftssteuer als weitere Ertragssteuer (vgl. auch BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, RN 66 – Vattenfall). Der Ordnungsgeber war seinerzeit dem Vorschlag der Energiewirtschaft, auch diese als – weitere kalkulatorische – Kostenposition aufzunehmen, nicht nachgekommen, so dass sie nur im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung zum Tragen kommen kann (vgl. nur: Theobald/Zenke/Lange in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 17 RN 74; Männel, ET 2005, 556 ff.). Auch aus der Formulierung „wie bisher“ ergibt sich, dass der Eigenkapitalzinssatz weiterhin nach Gewerbesteuer zu ermitteln ist, denn dies entspricht der bisherigen Rechtslage.

2.2.2. Den Vorgaben der GasNEV/StromNEV folgend hat die Bundesnetzagentur die Eigenkapitalzinssätze für die erste und zweite Regulierungsperiode zutreffend jeweils als Zinssatz vor Körperschaftssteuer und nach Gewerbesteuer festgelegt. Die Nichtberücksichtigung der Gewerbesteuer hat sie ausdrücklich damit begründet, dass die Gewerbesteuer in § 8 StromNEV bzw. GasNEV Berücksichtigung findet und daher für die Bestimmung des Steuerfaktors allein auf die Körperschaftssteuer abgestellt werde (Bundesnetzagentur, Festlegung der Eigenkapitalzinssätze vom 31.10.2011, BK4-11-304, S. 15f.; bereits zuvor Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die erste

Regulierungsperiode vom 07.07.2008 – BK4-08-068, dort insbesondere S.42ff.; vgl. zur Diskussion um den Ansatz der Körperschaftsteuer auch: Wiese, Gutachtliche Stellungnahme zur Erfassung der Körperschaftsteuer bei der Netzentgeltkalkulation im Rahmen der Anreizregulierung vom 9.06.2008, 1 ff.). Vor diesem Hintergrund kann auch aus dem Umstand, dass die Beschlusskammer 4 in den Festlegungen der Eigenkapitalzinssätze zur Berechnung des Vorsteuerzinssatzes in Bezug auf die Körperschaftsteuer eine „Im-Hundert“-Rechnung angewendet hat, nichts für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nach § 8 GasNEV/StromNEV hergeleitet werden. Für diese verbleibt es dabei, dass sie nach § 8 GasNEV/StromNEV auf der Grundlage der – unveränderten - kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung berechnet wird.

2.2.3. Die Vorgehensweise bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer führt auch nicht zu einer unzulässigen Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung (so aber Missling/Mey, IR 2014, 266ff.).

Wie der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs schon in seinen o.g. Entscheidungen ausgeführt hat, soll die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung zwar die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals „nach“ Gewerbesteuer darstellen. Dies verbietet jedoch nicht jede Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung durch die spätere Gewerbesteuer, denn die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 8 StromNEV/GasNEV ist dahin zu verstehen, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 6 StromNEV/GasNEV nur mit der Maßgabe ungeschmälert in die Netzentgeltberechnung einfließen und dem Netzbetreiber als Ertrag verbleiben soll, dass die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV/GasNEV zu berechnen ist (BGH, a.a.O.; so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.04.2011, VI-3 Kart 15/10 (V), RN 79 ff., juris, RN 83 und 88; ebenso: OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.03.2014, 202 EnWG 8/13, S. 12 BA; Beschluss vom 05.05.2014, 202 EnWG 6/13, S.18f.; kritisch dazu: Missling IR 2014, 259 f.). Dass die Eigenkapitalverzinsung nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes, wonach die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung den fiktiven Gewerbeertrag darstellt, so dass Kostenneutralität nicht hergestellt werden muss.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschlüsse vom 14.08.2008, KVR 39/07, RN 64ff.-Vattenfall; KVR 42/07, RN 67ff – Rhein Hessische Energie) habe sich nur auf den In-sich-Abzug der

kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst nach § 8 Satz 2 GasNEV a.F. bezogen. Denn die Bundesnetzagentur hatte auch bei den den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG die Berechnung der Gewerbesteuer – unter zusätzlicher Berücksichtigung des zwischenzeitlich entfallenen In-sich-Abzugs der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst nach § 8 Satz 2 GasNEV a.F. - auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung als fiktiven Gewerbesteuerertrag unter Anwendung einer Vorsteuerformel berechnet. Obwohl es sich dabei – nach Ansicht der Betroffenen - um einen kalkulatorischen Nachsteuerertrag handelt, hat der Bundesgerichtshof die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur bestätigt.

### C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde nur teilweisen Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der den Beteiligten entstandenen notwendigen Auslagen den Beteiligten im Verhältnis ihres Obsiegens/Unterliegens gemessen am Gesamtstreitwert aufzuerlegen.

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat auf € ... festgesetzt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). Dabei ist er davon ausgegangen, dass sich das Interesse der Betroffenen an einer Abänderung des Bescheides grundsätzlich nach der Differenz zwischen den nach Auffassung der Betroffenen festzusetzenden Erlösobergrenzen und den von der Regulierungsbehörde festgesetzten Erlösobergrenzen für sämtliche Jahre der Regulierungsperiode richtet (vgl. BGH, Beschluss vom 27.10.2014, EnVR 54/12, RN 2; Beschluss vom 14.01.2013, EnVR 76/10, RN 2; Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, RN 54). Angesichts der Tatsache, dass die Betroffene ihren jährlichen Mindererlös mit € ... beziffert hat, die Bundesnetzagentur demgegenüber einen jährlichen Mindererlös von € ... berechnet hat, wobei sich die Divergenz in Bezug auf die Mittelwertbildung ergab, die sich aber auch im Termin vom 16.09.2015 nicht näher aufklären ließ, hat der Senat das Interesse der Betroffenen an einer Änderung des angefochtenen Bescheids auf € ... geschätzt. Dabei hat er ausgehend von den Angaben der Beteiligten für die Mittelwertbildung einen Einzelstreitwert von € ... (gemittelte Jahresdifferenz von € .... x 5) und für die

kalkulatorische Gewerbesteuer einen Einzelstreitwert von € ... (Jahresdifferenz von € ... x 5) in Ansatz gebracht.

#### **D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

#### **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).

**L.**

**F.**

**A.**