



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v. R., die Richterin am Oberlandesgericht K. und den Richter am Oberlandesgericht T.

auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2017

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die mit E-Mail vom 6. Mai 2016 erteilten Hinweise zur Durchführung der Kostenprüfung 3. Regulierungsperiode (Gas) wird verworfen.

Die Betroffene hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde NW und der Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz in Nordrhein-Westfalen.

Die Landesregulierungsbehörde hat gegenüber den in ihre Zuständigkeit fallenden Betreibern von Gasverteilernetzen, zu denen auch die Betroffene gehört, gem. § 2 ARegV von Amts wegen ein Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen für die ab dem 1.01.2018 beginnende 3. Anreizregulierungsperiode nach § 4 Abs. 1, 2 ARegV eingeleitet; gem. § 27 Abs. 1 ARegV ermittelt sie insoweit die dafür notwendigen Tatsachen, insbesondere das Ausgangsniveau.

Mit E-Mail vom 6.05.2016 wandte sich die Landesregulierungsbehörde im Rahmen der zur Ermittlung des Ausgangsniveaus durchzuführenden Kostenprüfung an die ihrer Zuständigkeit unterfallenden Netzbetreiber und teilte ihnen folgendes mit:

„... Nach § 27 Abs. 1 S. 1 ARegV ermittelt die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen für die in ihre Zuständigkeit fallenden Betreiber von Gasverteilernetzen die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen notwendigen Tatsachen. Um das hierfür erforderliche Ausgangsniveau ermitteln zu können, beachten und nutzen Sie bitte die als Anlage beigefügten Unterlagen.

Die Netzbetreiber haben alle für die Ermittlung des Ausgangsniveaus erforderlichen Unterlagen bis zum 1.07.2016 vollständig bei der LRegB NRW einzureichen.

Die angeforderten Unterlagen übersenden Sie bitte ausschließlich elektronisch per E-Mail an.... oder per Post als Datenkopie auf CD, DVD oder USB-Stick (siehe auch die als Anlage beigefügten Hinweise Nr. 4). ...“

Der E-Mail waren beigefügt ‚Hinweise der Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen für die in ihre Zuständigkeit fallenden Betreiber von Gasverteilernetzen‘ und von der beteiligten Bundesnetzagentur herausgegebene ‚Anforderungen an Struktur und Inhalt des nach § 6 Abs. 1 S. 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV vorzulegenden Berichts samt Anhang‘, welche diese ihrer Festlegung der Vorgaben zur Durchführung der Kostenprüfung vom 22.04.2016 als Anl. K1 beigefügt hatte. Die Hinweise enthalten u.a. die Bitte, den einzureichenden Unterlagen einen Bericht über die Ermittlung der Kosten nebst Anhang beizufügen und diesen in der Struktur und mit dem Inhalt wie in der Anl. K1 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 22.04.2016 vorgegeben zu

erstellen (Ziffer 2). Dabei wird ausdrücklich betont, dass die Landesregulierungsbehörde sich diese der allgemeinen Orientierung dienenden Hinweise mit der Maßgabe zu eigen macht, dass für die in ihre Zuständigkeit fallenden Netzbetreiber die in Ziffer 4-16 geänderten Prüfanforderungen maßgeblich sind. Den Datensätzen in den Erhebungsbögen - Anhang zu dem Bericht – sind die in Anlage K2 enthaltenen Datendefinitionen zugrunde zu legen, wie die Bundesnetzagentur sie mit Beschluss vom 22.04.2016 als ‚Definitionen für Betreiber von Gasversorgungsnetzen‘ festgelegt hat (Ziffer 3). Bericht und Anlagen sind ausschließlich in elektronischer Form vorzulegen (Ziffer 4). Der zum Anhang des Berichts gehörende Erhebungsbogen ist unter Nutzung der von der Landesregulierungsbehörde NRW bereitgestellten XLSX-Datei vollständig und richtig ausgefüllt zu übermitteln, strukturelle Veränderungen dürfen nicht erfolgen (Ziffer 5). Die zum Anhang des Berichts gehörende Salden-Liste der bebuchten Erfolgskonten der Finanzbuchhaltung inklusive der vorgenommenen Zuordnung der Kontenseiten zur Gewinn- und Verlustrechnung des Jahres 2015 des Erhebungsbogens zur Kostenprüfung ist in einem separaten Erhebungsbogen vorzulegen (Ziffer 6).

In dem Tabellenblatt „B_Bilanz“ des Erhebungsbogens erfolgt die Überleitung der handelsrechtlichen Bilanz hin zu den kalkulatorischen Ansätzen der relevanten Vermögens- und Kapitalpositionen. Es ist vorgesehen, dass die Bilanzpositionen im Wesentlichen denen des § 266 Abs. 2 HGB entsprechen. Unter Punkt 2.1. „Erläuterungen zu den Bilanzen“ heißt es in den ‚Anforderungen an Struktur und Inhalt des nach § 6 Abs. 1 S. 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV vorzulegenden Berichts samt Anhang‘ auf S. 11:

„In den Zellen C6, I6, M6 und T6 sind keine Werte einzutragen. Die Berechnung erfolgt hier automatisch aus den angesetzten Bilanzwerten. Grundsätzlich sollte die sich für die Sparte Gasnetz ergebende Eigenkapitalquote nicht höher sein als die sich für das Gesamtunternehmen ergebende Eigenkapitalquote. Andernfalls ist eine ausführliche Begründung in den Bericht aufzunehmen, warum für den Gasnetzbetrieb eine überdurchschnittlich hohe Ausstattung mit Eigenkapital benötigt wird. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass Netzbetreiber regelmäßig nur eine unterdurchschnittliche Eigenkapitalquote benötigen, da es sich um einen sehr risikoarmen Wirtschaftszweig handelt. Die Einnahmen aus den Netzentgelten sind vor dem Hintergrund der monopolartigen Stellung des Netzbetreibers und der Steuerung

des Entgeltsystems durch die Regulierungsbehörden typischerweise sehr konstant und planbar. Vor allem entfällt das ansonsten bei wettbewerblich agierenden Unternehmen auftretende Absatzrisiko und sich daraus ergebende Umsatzrisiko, da der Netzbetreiber über das Regulierungskonto seine fehlenden Umsätze in späteren Jahren nachholen und in die Erlösobergrenze einbeziehen darf. Der Netzbetreiber muss deshalb gewöhnlich nur verhältnismäßig wenig Kapital für unvorhergesehene Situationen vorhalten.“

Die Eigenkapitalquote stellt sich bei der Betroffenen wie folgt dar:

- Gesamtunternehmen (bilanziell): ... %
- Tätigkeit Gasnetzbetrieb (bilanziell): ... %
- Tätigkeit Gasnetzbetrieb (kalkulatorisch): ... %

Mit ihrer form- und fristgerecht eingereichten Beschwerde wendet sich die Betroffene dagegen, die Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens mitteilen, diese mit der Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs abgleichen und eine etwaig überdurchschnittlich hohe Ausstattung des Gasnetzbetriebs mit Eigenkapital näher begründen zu müssen. Sie begehrt insoweit die diesbezügliche Aufhebung der von ihr als Festlegung der Landesregulierungsbehörde eingeordneten E-Mail vom 6.05.2016 in Anl. K1, Seite 11.

Sie meint, ihre Beschwerde sei als Anfechtungsbeschwerde statthaft, da die „Festlegung vom 6.05.2016“ zu den Vorgaben zur Durchführung der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die 3. Regulierungsperiode (Gas) ein Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung sei. Sie stelle eine behördliche, hoheitliche Maßnahme der Landesregulierungsbehörde ihr gegenüber dar, da sie als Gasverteiler-netzbetreiberin zu der Regulierungsbehörde in einem Subordinationsverhältnis stehe. Mit der Festlegung ordne sie ihr – der Betroffenen - gegenüber rechtsverbindlich an, dass sie die erforderlichen Unterlagen zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die 3. Periode der Anreizregulierung unter Berücksichtigung beigefügter Anlagen, die sie zu beachten und nutzen habe, einzureichen habe und bestärke so den rechtsverbindlichen Charakter. Zudem mache sie sich die Anl. K1 zur Ermittlung des erforderlichen Ausgangsniveaus ausdrücklich zu Eigen und treffe so eine konkrete Einzelfallregelung. Da sich die Festlegung an alle

in den Zuständigkeitsbereich der Landesregulierungsbehörde fallenden Gasverteilnetzbetreiber - einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Adressatenkreis - richte, liege eine adressatenbezogene Allgemeinverfügung vor, die durch den Versand per E-Mail wirksam bekannt gegeben worden sei.

Die Vorgaben zur Übermittlung der Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens und zur Begründung des Erfordernisses für eine im Gasnetzbetrieb höhere Eigenkapitalquote als im Gesamtunternehmen seien für sich genommen bereits eine Methodenfestlegung. Der eigenständige Regelungsgehalt der angefochtenen Vorgabe zum Gesamtunternehmensabgleich ergebe sich zunächst bereits daraus, dass die Festlegung über eine reine Datenerhebung hinausgehe. Die Landesregulierungsbehörde lege in dem maßgeblichen Passus der streitgegenständlichen Festlegung eine Methodik zur Bestimmung der Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs fest. Der eigenständige Regelungsgehalt ergebe sich ferner daraus, dass der Verordnungsgeber eine Methodik zur Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals abschließend in § 7 GasNEV geregelt habe, die aber keinen Abgleich mit der Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens vorsehe, so dass hier ein eigener Regelungsgehalt geschaffen werde. Zudem werde sie verpflichtet, nachzuweisen, dass in der Tätigkeit Gasverteilnetz eine höhere Eigenkapitalquote als im Gesamtunternehmen erforderlich sei, denn die Landesregulierungsbehörde stelle ein Regel-Ausnahme-Prinzip und damit eine Beweislastumkehr auf. Die Festlegung der Methodik habe einen selbstständigen Regelungsgehalt, der über die reine Abfrage der Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs und des Gesamtunternehmens hinausgehe. Wenn sie - die Betroffene - die Notwendigkeit einer überdurchschnittlich hohen Ausstattung an Eigenkapital nicht oder nicht überzeugend begründen könne, könne die Eigenkapitalquote nach Maßgabe dessen gekürzt werden, ohne dass dies später noch im Rahmen der Erlösbergrenzenfestlegung angegriffen werden könne. Eine solche rechtswidrige Methodikfestlegung müsse nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit einer eigenständigen Beschwerde geltend gemacht werden, da ihre Rechtswidrigkeit andernfalls - im Falle der Bestandskraft - im Rahmen einer Beschwerde gegen die Festlegung der Erlösbergrenzen nicht mehr berücksichtigt werden könne.

Die Anfechtungsbeschwerde sei auch begründet. Die angefochtene Festlegung der Landesregulierungsbehörde sei in Anlage K1 Seite 11 rechtswidrig und verletze sie - die Betroffene - in ihren Rechten.

Die Landesregulierungsbehörde sei mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Festlegung nicht befugt. Die streitgegenständliche Festlegung sei zudem materiell rechtswidrig, weil sie die Rechtsfolgen einer überdurchschnittlich hohen Eigenkapitalquote im Gasnetzbetrieb nicht hinreichend konkret genug bestimme. Auch bleibe unklar, was die Landesregulierungsbehörde unter den Begriff des „Gesamtunternehmens“ fasse, da er in den Definitionen der Anl. 2 nicht erläutert sei. Der in der angefochtenen Festlegung vorgesehene Vergleich der bilanziellen Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens mit der bilanziellen Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs sei schließlich, wie sich aus Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck der GasNEV und des EnWG ergebe, auch materiell rechtswidrig.

Die Betroffene beantragt,

die Festlegung der Landesregulierungsbehörde vom 6.05.2016 in Anl. K1, Seite 11 insoweit aufzuheben, als sie - die Betroffene - hierin verpflichtet wird, die Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens mitzuteilen, mit der Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs abzugleichen und bei einem Überschreiten der Eigenkapitalquote des Gasnetzbetriebs gegenüber der Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens zu begründen, warum für den Gasnetzbetrieb eine überdurchschnittlich hohe Ausstattung mit Eigenkapital benötigt wird.

Die Landesregulierungsbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie meint, die Beschwerde sei bereits unzulässig, weil sie unstatthaft sei. Außerdem fehle der Betroffenen das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Gegenstand von Beschwerden könnten nach § 75 Absatz 1 S. 1 EnWG nur Entscheidungen der Regulierungsbehörden sein, die typischerweise nach § 29 Abs. 1 EnWG durch Festlegungen gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von Netzbetreibern oder allen Netzbetreibern getroffen würden. Vorliegend handele es sich jedoch nicht um

eine solche Methodik-Festlegung. Schon die äußere Form spreche gegen eine solche Annahme, überdies enthalte sie auch keine Regelungswirkung zur Kostenprüfung, weder zum Verfahren noch zur Methodik der Bestimmung der Eigenkapitalquote. Gegen die Annahme einer Festlegung spreche auch die lediglich elektronische Übermittlung an die ihr bekannten E-Mail-Adressen der Geschäftsführer und der Regulierungsbeauftragten der Gasverteilnetzbetreiber. Schließlich fehle es auch an einer Rechtsmittelbelehrung, die üblicherweise einer Festlegung beigegeben werde. Darüber hinaus fehle aber auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, da im Rahmen einer Beschwerde gegen die konkrete Erlösobergrenzenfestlegung die Möglichkeit bestehe, gegen eventuelle Kürzungen der Eigenkapitalquote vorzugehen.

Unabhängig davon sei die Beschwerde aber auch in der Sache nicht begründet. Aus den von ihr in der streitgegenständlichen Rund-E-Mail vom 6.05.2016 genannten Rechtsgrundlagen der Kostenprüfung habe sie eine Ermächtigung nicht hergeleitet und auch nicht herleiten wollen.

Die beteiligte Bundesnetzagentur meint ebenfalls, dass die Beschwerde schon unzulässig sei. Entgegen der Ansicht der Betroffenen handle es sich bei den gerügten Vorgaben in der Anl. K1 nicht um die abschließende Festlegung einer Methodik zur Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalquote. Vielmehr erschöpfe sich der Regelungsgehalt der in Rede stehenden Ausführungen in der Aufforderung zur Übermittlung einer Erläuterung von Daten im Einzelfall. Inhaltliche Einwendungen gegen die Bestimmung der Eigenkapitalquote könnten und müssten im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen den Erlösobergrenzenbescheid vorgebracht werden. Zudem sei die Beschwerde unbegründet. Ausführungen zur Rechtmäßigkeit der Bestimmung der Eigenkapitalquote anhand des Abgleichs mit der Eigenkapitalquote des Gesamtunternehmens seien entbehrlich, da eine dahingehende Methodikfestlegung schon nicht erfolgt sei. Die Landesregulierungsbehörde sei zur Abfrage der in Rede stehenden Daten berechtigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

Die Beschwerde der Betroffenen kann aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung eingehend erörterten Gründen keinen Erfolg haben. Sie ist bereits nicht statthaft und daher als unzulässig zu verwerfen.

1. Gemäß § 75 Abs. 1 EnWG ist die Beschwerde allein „gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde“ zulässig. Darunter fallen nur solche Entscheidungen, durch die einem Betroffenen Verpflichtungen auferlegt werden. Das sind zunächst verfahrensabschließende (Sach-)Entscheidungen im Sinne von § 73 Abs. 1 EnWG, mit denen ein regulierungsbehördliches Verfahren zum Abschluss gebracht und den Beteiligten mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel förmlich zuzustellen sind. Solche verfahrensabschließenden Sachentscheidungen können nicht nur im eigentlichen Hauptverfahren, sondern auch in einem begleitenden Verfahren ergehen, wie beispielsweise in gegen Dritte gerichteten Auskunftsverfahren nach § 69 EnWG. Daneben können auch Allgemeinverfügungen, wie etwa die Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG, welche die Regulierungsbehörde gegenüber allen oder einer Gruppe von Normadressaten erlässt und bei denen auch eine öffentliche Bekanntgabe in Betracht kommt (§ 73 Abs. 1a EnWG) mit der Anfechtungsbeschwerde angegriffen werden (vgl. nur: BerlKommEnR/Roesen/Johanns, 3. A., § 75 Rn. 12).

Eine solche, der Anfechtung unterliegende Entscheidung der Landesregulierungsbehörde liegt hier nicht vor. Insbesondere handelt es sich entgegen der Auffassung der Betroffenen bei der streitbefangenen E-Mail vom 6.05.2016 ersichtlich nicht um eine Festlegung.

1.1. Als Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 Satz 2 VwVfG trifft die Festlegung eine Regelung gegenüber einem Personenkreis, der durch allgemeine Merkmale bestimmbar ist. Für sie will sie eine verbindliche Rechtsfolge setzen (vgl. nur: BGH, Beschluss des Kartellsenats vom 29.04.2008 - KVR 28/07 (V), NJW-RR 2008, 1654 ff. Rn. 10 "EDIFACT"). Abzugrenzen von Verwaltungsakten und damit auch von Festlegungen als hiervon erfassten Allgemeinverfügungen sind damit bloß unverbindliche Hinweise, die einem Verwaltungsakt beigelegt sind, Warnungen, Empfehlungen oder sonstige Verlautbarungen, die der Vorbereitung eines Verwaltungsakts dienen, sowie auch Rechtsauskünfte oder sonstige Äußerungen einer Rechtsauffassung (s. nur: Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. A. (2018),

§ 1 Rn. 144 ff.; Stelkens, ebenda, § 35 Rn. 82 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. A. (2016), § 35 Rn. 59 ff., 88 ff.).

Ob und wie weit eine verbindliche Regelung getroffen werden soll, entscheidet allein die Behörde. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, d.h. also der am objektiven Inhalt zu messende Bindungswille (Knack/Henneke, VwVfG, 10. A. (2014), § 35 Rn. 23). Entsprechend § 133 BGB ist im Wege der Auslegung daher zu ermitteln, wie ihn der durch die Erklärung Betroffene einschließlich eines Drittbetroffenen bei verständiger Würdigung verstehen durfte (Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 71). Dabei gehen Unklarheiten zu Lasten der Behörde.

1.2. Bei der nach Maßgabe dessen vorzunehmenden Auslegung beinhaltet die E-Mail vom 6.05.2016 weder nach ihrer äußeren Form, der von der Landesregulierungsbehörde verfolgten Zielsetzung noch nach dem objektiven Sinngehalt eine verbindliche Regelung, so dass für die Annahme der Betroffenen, es handele sich um eine Methodikfestlegung, keinerlei Raum ist.

Schon die von der Landesregulierungsbehörde äußerlich gewählte Form einer E-Mail, die weder als Festlegung bezeichnet noch mit einem Tenor versehen ist und im Übrigen keinerlei Rechtsbehelfsbelehrung enthält, spricht eindeutig gegen ihre Qualifikation als Festlegung. Bereits das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung deutet darauf hin, dass die Landesregulierungsbehörde ihre mit der E-Mail übermittelten Hinweise nicht, wie es den Verwaltungsakt und auch die Festlegung als Allgemeinverfügung begrifflich kennzeichnet, "zur (Bestandskraft nach sich ziehenden) Regelung" erlassen wollte (vgl. zum Indiz einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung für die Annahme, es fehle an der für den Verwaltungsakt erforderlichen Regelungswirkung BVerwG, Ur. v. 26.06.1987 - 8 C 21/86, BVerwGE 78, 3 Rn. 8; v. 26.04.1968 - VI C 113/67, BVerwGE 29, 310 Rn. 10). Auch fehlt das bei dem Erlass einer Festlegung gesetzlich vorgegebene Verfahren, das die Landesregulierungsbehörde in der Vergangenheit bei dem Erlass von Festlegungen immer beachtet hat. Gemäß § 74 S. 1 EnWG ist die Einleitung eines Festlegungsverfahrens auf der Internetseite und im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen. Vor einer Festlegungsentscheidung ist allen Beteiligten nach Maßgabe des § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme zu

geben, wobei die Regulierungsbehörde in der Regel mit den Beteiligten und relevanten Interessengruppen ein Konsultationsverfahren durchführt. Die Bekanntgabe selbst erfolgt entweder im Wege der förmlichen Zustellung nach § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG i.V.m. dem jeweils maßgeblichen Verwaltungszustellungsgesetz oder durch die sie ersetzende öffentliche Bekanntmachung, § 73 Abs. 1a EnWG. Anders als die Bundesnetzagentur hat die Landesregulierungsbehörde hier kein förmliches „Verfahren zur Festlegung von Vorgaben zur Durchführung der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus der Betreiber von Gasversorgungsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 6 EnWG für die dritte Regulierungsperiode nach § 6 Abs. 1 ARegV“ eingeleitet und den betroffenen Unternehmen durch Veröffentlichung eines Beschlussentwurfs Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Vielmehr hat sie allein ihre Nachricht vom 6.05.2016 nur den Geschäftsführern und Regulierungsbeauftragten elektronisch zugeleitet, ohne die von den Netzbetreibern offiziell eröffneten elektronischen Zugänge zu nutzen. Bereits nach all diesen äußeren Umständen fehlt ersichtlich jegliche Dokumentation der Landesregulierungsbehörde, einen verbindlichen Rechtsfolgwillen zu äußern. Insoweit hat sie für alle Netzbetreiber ohne weiteres erkennbar eine andere Vorgehensweise gewählt als die Bundesnetzagentur, die unter dem 22.04.2016 – nach Konsultation des Markts - mit förmlichem Beschluss eine - verbindliche - Festlegung von Vorgaben zur Durchführung der Kostenprüfung erlassen hat, der u.a. die – auch hier streitgegenständliche - Anlage K1 mit den „Anforderungen an Inhalt und Struktur des Berichts nach §§ 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV, 28 GasNEV“ beigefügt war. Der Entschließung der Landesregulierungsbehörde, - anders als die Bundesnetzagentur - keinen verbindlichen Rechtsfolgwillen zu äußern, kommt schließlich auch mit Blick darauf Bedeutung zu, dass sie damit zugleich auch auf die Möglichkeit verzichtet, eine entsprechende verbindliche Entscheidung wie etwa eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung mit den Mitteln des Verwaltungszwangs gegenüber den Netzbetreibern durchsetzen zu können (§§ 94 ff. EnWG).

Zu eben der Einschätzung, dass der Vorgehensweise der Landesregulierungsbehörde – anders als der der Bundesnetzagentur - keinerlei rechtsverbindliche Wirkung zukommt und es daher an einem rechtsmittelfähigen Beschwerdegegenstand fehle, ist auch die auf Regulierungsfragen spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei C. gelangt, und hat dies ihren Mandanten in einem Rundschreiben mitgeteilt hat (Anl. Bg 2).

Der Inhalt der E-Mail und ihre Zielsetzung können – auch unter Berücksichtigung der ihr beigefügten Anlagen – kein anderes Verständnis zulassen. So wird in der E-Mail lediglich darum gebeten, die als Anlage beigefügten Unterlagen zu beachten und zu nutzen, auch in den beigefügten Hinweisen wird nur die Bitte geäußert, den einzureichenden Unterlagen einen – nach Maßgabe der weiteren Hinweise – zu erstellenden Bericht über die Ermittlung der Kosten beizufügen (Ziffer 1). Einer solchen Aufforderung zur Übermittlung der schon nach Maßgabe des § 28 GasNEV geschuldeten Daten, für die zur Verfahrenserleichterung ein elektronischer, in den Hinweisen näher erläuteter Erhebungsbogen beigefügt wurde, kommt eine verbindliche Regelungswirkung nicht zu. Dass die das Ausfüllen der Erhebungsbögen betreffenden Hinweise bestimmend formuliert sind, lässt keinen anderen Schluss zu. Dies ist allein dem Umstand geschuldet, dass die Verwendung des Erhebungsbogens nur dann zielführend ist, wenn dieser korrekt befüllt wird. Anderes kann auch nicht aus dem Umstand folgen, dass die Landesregulierungsbehörde sich in Ziffer 2 ihrer Hinweise die Hinweise der Bundesnetzagentur in Anlage K1 (zur Festlegung vom 22.04.2016) zu den „Anforderungen an Struktur und Inhalt des nach § 6 Abs. 1 S. 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV vorzulegenden Berichts samt Anhang“ zu eigen gemacht hat. Insbesondere kommt der von der Betroffenen beanstandeten zusätzlichen Abfrage einer Begründung für eine im Gasnetzbetrieb ggfs. höhere bilanzielle Eigenkapitalquote als im Gesamtunternehmen (Anlage K1 S. 11) keine Regelungswirkung zu. Die beanstandete Passage enthält bei verständiger Würdigung lediglich eine Aufforderung an (integrierte) Netzbetreiber, deren Gasnetzbetrieb eine höhere bilanzielle Eigenkapitalquote als das Gesamtunternehmen aufweist, diesen Umstand näher zu erläutern und vermeidet auf diese Weise spätere zeitaufwändige Nachfragen.

Dass darüber hinaus eine mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzbare Verpflichtung zur Auskunftserteilung begründet wird oder etwa – wie die Betroffene meint - eine regelnde Feststellung und damit eine Festlegung der Prüfmethodik erfolgen soll, lässt sich der beanstandeten Passage schon im Ansatz nicht entnehmen. Gegen letzteres spricht bereits, dass schon die Bundesnetzagentur in ihrer Festlegung weder konkrete Voraussetzungen noch eine bestimmte Rechtsfolge bezüglich der Anerkennungsfähigkeit einer höheren Eigenkapitalquote abschließend bestimmt hat. Anlass dazu hat auch die Landesregulierungsbehörde nicht gesehen, die sich lediglich

die – bloße - Aufforderung zur Erläuterung der diesbezüglichen Daten zu Eigen gemacht hat. Mit dieser ergänzenden Datenabfrage haben die Regulierungsbehörden ersichtlich nur das Ziel verfolgt, spätere Nachfragen und Bitten um Erläuterung zu vermeiden und damit das Verfahren der Kostenprüfung zu beschleunigen. Die weitere Entscheidung über die Anerkennungsfähigkeit einer höheren Eigenkapitalquote und die dabei anzuwendenden Kriterien ist – was auch die in Regulierungsfragen spezialisierte Kanzlei X. ihren Mandanten gegenüber in einem Rundschreiben aus Juni 2016 betont hat (Anl. Bg 3) - erkennbar offen und damit der verfahrensabschließenden Festlegung der Erlösbergrenze vorbehalten geblieben.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerde bereits unzulässig ist, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der Landesregulierungsbehörde sowie der Bundesnetzagentur ihre notwendigen Auslagen zu ersetzen.

3. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen bemisst der Senat im Einvernehmen mit den Beteiligten pauschal mit 50.000 €.

4. Die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung ist nicht zuzulassen. Aus der Sicht des Senats hat weder die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG. Die Verwerfungsentscheidung des Senats beruht in den zugrunde gelegten Rechtsgrundsätzen auf gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung. Ihre Anwendung auf den hier beurteilten Einzelfall wirft keine rechtsgrundsätzlichen Fragen auf.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist

beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Nichtzulassungsschrift 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

v. R.

K.

T.