

sowie den übrigen Kunden auf Verlangen die dem Vertrag zugrunde liegenden allgemeinen Versorgungsbedingungen einschließlich der dazugehörenden Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen. Die Bestimmungen verfolgen somit ersichtlich das Ziel, dem Kunden Klarheit über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu verschaffen und ihn entsprechend zu informieren (vgl. BR-Drucks. 90/80, S. 36). Anforderungen an die Wirksamkeit der Versorgungsbedingungen und der dazugehörenden Preisregelungen enthalten sie nicht. Diese können sich aus anderen Vorschriften ergeben und von allen Kunden – unabhängig davon, wie der Vertragsschluss erfolgt ist – in gleicher Weise geltend gemacht werden.

[18] 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass die Ausgangspreise der Klägerin nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegen.

a) Eine unmittelbare Anwendung von § 315 Abs. 1 und 3 BGB setzt voraus, dass die Parteien vereinbart haben, eine von ihnen solle nach Abschluss des Vertrages die Leistung bestimmen. Daran fehlt es, wenn zwischen den Parteien eine vertragliche Einigung über den Preis zustande gekommen ist (Senatsurteile vom 19. November 2008 – VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 16; vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, BGHZ 171, 374 Rn. 13 ff.). Entsprechendes gilt, wenn bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Preis nach gesetzlichen Vorgaben bestimmt ist. So liegt es hier. Zwar haben die Parteien keine ausdrückliche Preisvereinbarung getroffen. Allerdings ist die Lücke im Vertrag nicht durch eine einseitige Preisbestimmung der Klägerin, sondern durch § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV geschlossen worden, wonach die Versorgung zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen erfolgt. Diese wurden mit Vertragsschluss zum vereinbarten Preis.

[20] b) Auch eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien bei Vertragsschluss vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB wegen des Bestehens eines Anschluss- und Benutzungszwangs oder einer Monopolstellung der Klägerin scheidet aus.

[21] Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privat-rechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und entsprechend § 315 BGB einer Billigkeitskontrolle unterworfen sind (BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 unter II 1 a mwN, insoweit in BGHZ 163, 321 ff. nicht abgedruckt; Senatsurteil vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, aaO Rn. 17 mwN). Dies ist zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, gilt aber auch für den Fall des Anschluss- und Benutzungszwangs (Senatsurteil vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, aaO). Denn in diesen Fällen muss der Kunde, wenn er die Leistung in Anspruch nehmen will, mit dem Unternehmer kontrahieren, auch wenn er mit dem vorgeschriebenen Preis oder Tarif nicht einverstanden ist (BGH, Urteile vom 4. Dezember 1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828 unter II 2 b; vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04, aaO). An beiden Voraussetzungen fehlt es im Streitfall.

[22] Ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht. Auch die Tatsache, dass die Klägerin im Bereich des Sch. V. die einzige Anbieterin von Fernwärme ist, führt nicht dazu, dass die von der Klägerin verlangten Preise der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterlägen.

[23] Entgegen der Auffassung der Revision liefe eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Preise eines Fernwärmeversorgungsunternehmens der Intention des Gesetzgebers zuwider, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife abgelehnt hat. Auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit der Ausgangspreise fände für das betroffene Fernwärmeunternehmen eine Preisregulierung statt, wenn der Preis nach Auffassung des Gerichts unbillig

überhöht und deshalb durch Urteil zu bestimmen wäre (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2008 – VIII ZR 138/07, aaO Rn. 18).

[24] Der Gesetzgeber hat auf die Einführung eines Regulierungsrechts verzichtet, obwohl er davon ausging, dass einem Fernwärmeversorgungsunternehmen eine faktische Monopolstellung zukommt. Die amtliche Begründung zur AVBFernwärmeV nimmt die Zielvorstellung einer „möglichst kostengünstigen, zu weitgehend gleichen Bedingungen erfolgenden Versorgung“ auf, wobei einerseits die „rechtliche, zumindest aber faktische Monopolstellung der Unternehmen“ und andererseits „die Leitungsgebundenheit und der damit verbundene Zwang zu hohen Investitionen“ zu berücksichtigen seien (BR-Drucks. 90/80, S. 32; Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – VIII ZR 37/86, BGHZ 100, 1, 9 f.). Aus der monopolartigen Stellung der Fernwärmeversorgungsunternehmen und der dadurch bedingten Abhängigkeit der Verbraucher ergäben sich spezifische Regelungsbedürfnisse (BR-Drucks. 90/80, aaO). Dies hat den Gesetzgeber aber nicht veranlasst, eine Genehmigungspflicht für Fernwärmepreise einzuführen; eine solche bestand für Fernwärmepreise noch nie, während sie für Gaspreise bis 1959 und für Strompreise bis zum 30. Juni 2007 galt (Büdenbender, NJW 2007, 2945, 2946). Soweit in der amtlichen Begründung zur AVBFernwärmeV auf die Preisgestaltung des Versorgungsunternehmens eingegangen wird, wird nur auf die Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden hingewiesen. Es sei deren Aufgabe, darauf zu achten, dass die Unternehmen bei Vertragsanpassungen ihre Befugnis zu anderweitiger Preisgestaltung nicht missbrauchten (BR-Drucks. 90/80, S. 37). Auch hätten sie dafür zu sorgen, dass das Verhältnis zwischen Baukostenzuschüssen und allgemeinen Fernwärmepreisen nicht missbräuchlich ausgestaltet werde (BR-Drucks. 90/80, S. 44 f.). Im Rahmen der kartellbehördlichen Aufsicht werde darauf geachtet, dass die Unternehmen Preisgestaltungsspielräume nicht missbräuchlich ausschöpften (BR-Drucks. 90/80, S. 56).

8. Kosten für Lastflusszusagen sind keine aufwandsgleichen Netzkosten (E.ON Hanse AG)

EnWG § 23 a; ARegV §§ 9, 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4; GasNEV § 6 Abs. 3 Satz 2

1. Die Kosten einer Lastflusszusage können nicht auf eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV gestützt und auch nicht als Netzkosten im Sinne von § 4 Abs. 1 und 6 GasNEV oder als aufwandsgleiche Kostenpositionen im Sinne von § 5 Abs. 1 GasNEV angesehen werden.

2. Das Beschwerdegericht muss Rügen der Betroffenen zu rechtlichen Begründungen im Beschwerdeverfahren auch dann berücksichtigen, wenn sie nach Ablauf der Frist für die Beschwerde begründung erhoben worden sind.

(Leitsätze der Redaktion)

BGH, B. v. 06.11.2012 – EnVR 101/10 –; vorgängig: OLG Düsseldorf, E. v. 06.10.2010 – VI-3 Kart 78/09 (V) - 39 –

Aus den Gründen:

[6] I. Die Betroffene betreibt ein örtliches Gasverteilernetz. Die Bundesnetzagentur eröffnete gegen sie von Amts wegen das Verfahren zur Festlegung der Erlösbergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012.

[7] Mit Beschluss vom 17. Dezember 2008 legte die Bundesnetzagentur die Erlösbergrenzen niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie ließ die Kosten für eine Lastflusszusage unberücksichtigt und nahm Kürzungen beim Zinssatz für das einen Anteil

von 40 Prozent übersteigende Eigenkapital vor. Abweichend vom Begehren der Betroffenen stellte sie in die Berechnung ferner den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV ein.

[8] Die Beschwerde der Betroffenen, die zunächst nur auf die Nichtberücksichtigung der Kosten aus der Lastflusszusage gestützt war, hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Hinsichtlich des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors haben die Beteiligten das Verfahren in der Rechtsbeschwerdeinstanz übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Hinsichtlich der weiteren Streitpunkte verfolgt die Betroffene mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde ihr Begehren aus der Beschwerdeinstanz weiter. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

[9] II. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat nur hinsichtlich der Verzinsung des einen Anteil von 40 Prozent übersteigenden Eigenkapitals und der kalkulatorischen Gewerbesteuer Erfolg. Das weitergehende Rechtsmittel ist unbegründet.

[10] 1. Lastflusszusage Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet, soweit die Betroffene die Berücksichtigung von Kosten begehrt, die ihr für eine Lastflusszusage entstanden sind, mit der sich ein anderes Unternehmen verpflichtet hat, bestimmte Gasmengen in Speichern verfügbar zu halten und auf Anforderung der Betroffenen in deren Netz einzuspeisen.

[11] a) Das Beschwerdegericht hat ausgeführt,

[...]

[13] b) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

[14] aa) Zu Recht ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kosten für eine Lastflusszusage nicht als Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV anzusehen sind.

[15] Die unmittelbare oder entsprechende Anwendung von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV ist nicht schon deshalb geboten, weil eine Lastflusszusage zu einer Verringerung der gebuchten Kapazitäten im vorgelagerten Netz und damit zu einer Verringerung der Kosten für die Inanspruchnahme dieser Netzebene führen kann. Erforderlich wäre vielmehr, dass die Kosten einer Lastflusszusage in vergleichbarer Weise dem Einfluss des Netzbetreibers entzogen sind wie die Kosten für die notwendige Inanspruchnahme eines vorgelagerten Netzes. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt.

[16] Kosten für die Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen sind grundsätzlich nicht beeinflussbar, weil sie typischerweise der Regulierung unterliegen und der Betreiber eines nachgelagerten Netzes in der Regel keine nennenswerten Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Ausgestaltung der Entgelte hat. Die Kosten für Maßnahmen, mit denen gebuchte Kapazitäten im vorgelagerten Netz verringert oder Kapazitätsengpässe im vorgelagerten oder im eigenen Netz vermieden werden können, unterliegen hingegen nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts in weiten Bereichen dem Einfluss des Netzbetreibers. Dieser hat die Wahl zwischen mehreren unterschiedlichen Arten von Maßnahmen. Entscheidet er sich für die Einholung einer Lastflusszusage, ist er nach dem für den Streitfall einschlägigen § 6 Abs. 3 Satz 4 GasNZV a.F. 9 verpflichtet, marktorientierte Verfahren anzuwenden. Selbst wenn sich die Einholung einer Lastflusszusage im Einzelfall als unumgänglich erweist, hat der Netzbetreiber mithin – anders als bei der Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen – typischerweise die Möglichkeit, die dafür anfallenden Kosten zu beeinflussen. Die Kosten für eine Lastflusszusage können deshalb auch dann nicht unter § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV subsumiert werden, wenn die Zusage es ermöglicht, die Kosten für die Inanspruchnahme vorgelagerter Netze zu reduzieren.

[17] bb) Eine Berücksichtigung als Netzkosten im Sinne von § 4 Abs. 1 und 6 GasNEV oder als aufwandsgleiche Kostenpositionen im Sinne von § 5 Abs. 1 GasNEV ist im Streitfall gemäß § 6 Abs. 2 ARegV nicht zulässig.

[18] (1) Bei der maßgeblichen Kostenprüfung im Rahmen des letzten Verfahrens zur Genehmigung der Netzentgelte sind Kosten

für die Lastflusszusage nicht anerkannt worden. Dieses Ergebnis ist gemäß § 6 Abs. 2 ARegV bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Festlegung der Erlösobergrenzen heranzuziehen.

[19] Hierbei ist unerheblich, ob die Kosten im Rahmen der letzten Kostenprüfung bei hinreichendem Vorbringen der Betroffenen ganz oder teilweise berücksichtigungsfähig gewesen wären, weil sie entsprechend der Vorgabe in § 4 Abs. 1 GasNEV den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Die Betroffene ist an der Geltendmachung dieser Kosten jedenfalls gemäß § 6 Abs. 2 ARegV gehindert, weil sie in das Ergebnis der maßgeblichen Kostenprüfung keinen Eingang gefunden haben.

[20] (2) Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Ergebnis der nach § 6 Abs. 2 ARegV maßgeblichen Kostenprüfung bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Festlegung der Erlösobergrenzen allerdings zu korrigieren, soweit es mit der hierzu in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 – EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 9 ff. – EnBW Regional AG).

[21] Die Voraussetzungen für eine solche Korrektur sind im Streitfall indes nicht erfüllt.

[22] Die Anpassung an später ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung soll verhindern, dass eine rechtswidrige Regulierungspraxis bei der Umstellung der Netzentgeltregulierung auf die Methode der Anreizregulierung fortgeschrieben wird (BGH RdE 2011, 308 Rn. 11 – EnBW Regional AG). Eine Anpassung ist deshalb auch dann geboten, wenn eine gerichtliche Entscheidung, zu der das Ergebnis der Kostenprüfung in Widerspruch steht, erst nach der Festlegung der Erlösobergrenzen ergangen ist oder wenn sich erst im Verfahren zur Überprüfung dieser Festlegung ergibt, dass die der Kostenprüfung zugrunde liegende Regulierungspraxis rechtswidrig war. Entscheidende Voraussetzung ist jedoch stets, dass sich eine der Kostenprüfung zugrunde liegende Rechtsauffassung als unzutreffend erweist.

[23] Im Streitfall ist die Bundesnetzagentur nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts bei der Kostenprüfung davon ausgegangen, dass die Kosten für die Lastflusszusage nicht zu den Kosten der vorgelagerten Netzwerkebene gehören, sondern als aufwandsgleiche Kostenpositionen der Netzebene nur nach Maßgabe von § 4 Abs. 1 GasNEV berücksichtigt werden können. Diese Rechtsauffassung ist aus den oben dargelegten Gründen zutreffend.

[24] Unerheblich ist demgegenüber, ob die Bundesnetzagentur im Rahmen der Kostenprüfung zu Recht davon ausgegangen ist, die Betroffene habe die geltend gemachten Plankosten nicht hinreichend nachgewiesen. Ob die in § 4 Abs. 1 GasNEV normierten Voraussetzungen für die Anerkennung von Netzkosten oder aufwandsgleichen Kostenpositionen vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalles. Eine unzutreffende Beurteilung dieser Frage begründet für sich 17 gesehen keine Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung. Sie kann deshalb nicht zur Korrektur des nach § 6 Abs. 2 ARegV grundsätzlich heranzuziehenden Ergebnisses der Kostenprüfung führen. Eine umfassende Überprüfung oder Neuvernahme der Kostenprüfung anlässlich der Festlegung der Erlösobergrenzen ist nach dem Zweck der genannten Vorschrift ausgeschlossen (BGH RdE 2011, 308 Rn. 12 – EnBW Regional AG).

[25] Angesichts dessen ist auch unerheblich, aus welchen Gründen die Betroffene im Rahmen der Kostenprüfung davon abgesehen hat, nach dem Hinweis der Bundesnetzagentur näher zur Erforderlichkeit der geltend gemachten Kosten vorzutragen. Das Ergebnis der Kostenprüfung unterläge auch unter diesem Aspekt allenfalls dann einer Korrektur, wenn die Bundesnetzagentur die in Rede stehenden Kosten schon im Ansatz als nicht anerkennungsfähig angesehen hätte.

[26] 2. Weitere Beschwerdepunkte Teilweise begründet ist die Rechtsbeschwerde, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Beschwerdegericht eine Anpassung der angefochtenen Regulierungsentscheidung aus anderen Gründen als ausgeschlossen angesehen hat.

[27] a) Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, [...]

[28] aa) Das Beschwerdegericht hätte die Rügen der Betroffenen im Beschwerdeverfahren auch insoweit berücksichtigen müssen, als sie nach Ablauf der Frist für die Beschwerdebegründung erhoben wurden.

[29] (1) Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts ist das Gericht nur an das Ziel einer Klage oder eines Rechtsmittels gebunden, nicht aber an die rechtliche Begründung, die der Kläger bzw. Rechtsmittelführer dafür anführt (BVerwG, Urteil vom 13. Juli 2000 – 2 C 34/99, BVerwGE 111, 318, 320). Für ein Beschwerdeverfahren nach §§ 75 ff. EnWG gilt im Grundsatz nichts anderes.

[30] Zwar ist das Beschwerdegericht nicht gehalten, Feststellungen der Regulierungsbehörde, die im Beschwerdeverfahren nicht angegriffen worden sind, von Amts wegen zu überprüfen (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2009 – EnVR 12/08, RdE 2010, 29 Rn. 20; Beschluss vom 28. Juni 2005 – KVR 27/04, BGHZ 163, 296, 300 – Arealnetz mwN). Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens auf einzelne Feststellungen beschränkt ist, die der angefochtenen Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde liegen. Streitgegenstand ist vielmehr der prozessuale Anspruch. Dieser ist gekennzeichnet durch die erstrebte, im Rechtsmittelantrag zum Ausdruck gebrachte Rechtsfolge sowie durch den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 15/10, BVerwGE 140, 290 Rn. 20 mwN).

[31] Bei einer Beschwerde gegen die Bestimmung von Erlösobergrenzen gemäß § 4 ARegV ist der Streitgegenstand gekennzeichnet durch das Begehren des Beschwerdeführers, die angefochtene Verwaltungsentscheidung aufzuheben und eine ihm günstigere Entscheidung zu veranlassen, und durch den 25 Sachverhalt, der dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegt. Einzelne Elemente dieses Sachverhalts bilden grundsätzlich keinen selbständigen Streitgegenstand. Das Beschwerdegericht hat dem Rechtsschutzbegehren deshalb auch dann stattzugeben, wenn es die vom Beschwerdeführer angeführte Begründung für unzutreffend, das Rechtsmittel aber aus anderen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für zulässig und begründet hält. Es hat mithin auch solche Elemente des dem Beschwerdebegehren zugrundeliegenden Sachverhalts zu berücksichtigen, auf die sich der Beschwerdeführer erst nach Ablauf der Frist zur Begründung des Rechtsmittels gestützt hat.

[32] § 78 Abs. 4 Nr. 2 EnWG, wonach der Beschwerdeführer innerhalb der Begründungsfrist die Tatsachen und Beweismittel angeben muss, auf die sich die Beschwerde stützt, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Zweck dieser Vorschrift ist die Festlegung des Streitgegenstands. Ihr ist darüber hinaus der bereits erwähnte Grundsatz zu entnehmen, dass das Gericht nicht gehalten ist, nicht angegriffene Feststellungen der Regulierungsbehörde von Amts wegen zu überprüfen. Eine Präklusionswirkung des Inhalts, dass der Beschwerdeführer gehindert wäre, nach Ablauf der Begründungsfrist weitere Tatsachen und Beweismittel anzuführen, kann hingegen weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus deren Sinn und Zweck oder aus sonstigen für die Auslegung relevanten Umständen abgeleitet werden (ebenso Danner/Theobald/Gussone, Energiewirtschaftsrecht, Oktober 2011, § 78 EnWG Rn. 22; vgl. auch Langen/Bunte, 11. Auflage, § 66 GWB Rn. 9).

[33] (2) Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob die Betroffene den Streitgegenstand konkludent auf einen bestimmten Betrag beschränkt hat.

[34] Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzhofs kann die Anfechtung eines Steuerbescheides auf einen Teil des festgesetzten Steuerbetrages beschränkt werden (BVerwG, Urteil vom 26. April 1974 – VII C 30.72, BStBl 1975 II 17, juris Rn. 24 f.; BFH, Beschluss vom 30. 23. Oktober 1989 – GrS 2/87, BFHE 159, 4, juris Rn. 42). Diese Grundsätze dürften auf die Anfechtung der Bestimmung von Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV übertragbar sein. Dies hätte zur Folge, dass der Netzbetreiber sein Begehren dahin einschränken kann, die festge-

setzte Erlösobergrenze nur um einen bestimmten Betrag zu erhöhen, und die Entscheidung der Regulierungsbehörde insoweit bestandskräftig wird, als eine weitere Erhöhung der Obergrenze über diesen Betrag hinaus abgelehnt worden ist.

[35] Ob schon dann davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer den Streitgegenstand konkludent in der genannten Weise beschränkt hat, wenn die innerhalb der Frist zur Begründung der Beschwerde geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel allenfalls eine Erhöhung der Erlösobergrenzen um einen bestimmten Höchstbetrag rechtfertigen können, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner abschließenden Entscheidung. Selbst wenn die Betroffene ihr Begehren in dieser Weise eingeschränkt hätte, wäre sie aus den oben genannten Gründen nicht gehindert gewesen, ihr dem Betrag nach beschränktes Begehren nachträglich auf andere tatsächliche Gesichtspunkte zu stützen. Ihr wäre lediglich verwehrt gewesen, aus solchen Gründen eine über den ursprünglich beantragten Betrag hinausgehende Erhöhung der Erlösobergrenze geltend zu machen.

[36] Im Streitfall ergab sich nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts aus dem innerhalb der Begründungsfrist eingegangenen Vorbringen zu den Kosten der Lastflusszusage, dass die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode um insgesamt 44.603.000 Euro anzuheben seien. Jedenfalls innerhalb dieses Rahmens stand es der Betroffenen frei, ihr Rechtsmittel auch auf andere Tatsachen zu stützen. Die weiteren im Beschwerdeverfahren erhobenen Rügen können nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu einer Erhöhung der Erlösobergrenzen um 24.800.000 Euro führen. Sie halten sich mithin innerhalb des genannten Rahmens. 33 bb) Die Bundesnetzagentur wird deshalb im Rahmen der vorzunehmenden Neubescheidung die Rechtsprechung des Senats zur Verzinsung des einen Anteil von 40 Prozent übersteigenden Eigenkapitals zu berücksichtigen haben und gegebenenfalls auch die kalkulatorische Gewerbesteuer entsprechend anpassen müssen (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 54 ff. – Rhein Hessische Energie; Beschluss vom 28. Juni 2011 – EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 14 – EnBW Regional AG).

[37] cc) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, die Bundesnetzagentur sei von der höchststrichterlichen Rechtsprechung auch bei den Kosten für Anlagen im Bau und geleistete Anzahlungen, durch Nichtberücksichtigung eines Erweiterungsfaktors für das erste Jahr der Regulierungsperiode, bei der Bemessung des pauschalierten Investitionszuschlags und in weiteren, nicht näher spezifizierten Punkten abgewichen, zeigt sie keinen Rechtsfehler des Beschwerdegerichts auf.

[38] Wie bereits oben dargelegt war das Beschwerdegericht nicht gehalten, Feststellungen der Regulierungsbehörde, die im Beschwerdeverfahren nicht angegriffen wurden, von Amts wegen zu überprüfen. Im Rechtsbeschwerdeverfahren ist der Vortrag neuer Tatsachen zur Begründung des Rechtsmittels nicht zulässig.

[39] III. Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen können durch die Bundesnetzagentur in dem neu eröffneten Verwaltungsverfahren entschieden werden. [...]

[Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]