
Datum:	07.03.2019
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	3 Kart 121/17 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2019:0307.3KART121.17V.00

Leitsätze:

Ein Anspruch auf Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für die in diesen Jahren getätigten Neuinvestitionen in den Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 ist weder nach dem Wortlaut des § 10a ARegV geboten noch lässt er sich aus den Materialien zur ARegV-Novelle sowie bei einer an systematischen Gesichtspunkten und der Ratio des § 10a ARegV orientierten Auslegung herleiten.

Die systematische Auslegung ergibt, dass eine Ablösung des bisherigen Finanzierungsinstrumentariums durch den Kapitalkostenaufschlag materiell erst mit der 3. Regulierungsperiode einsetzt. Die periodenbezogene Zuordnung und Abgrenzung betrifft Kapitalkosten aus Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen sowie Kapitalkosten aus Ersatzinvestitionen.

Auch nach dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags ergibt sich kein Anspruch auf eine Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in dem Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018. Der Systemwechsel führt für die in diesen beiden Jahren getätigten Erweiterungs- und Ersatzinvestitionen weder zu einer Unterfinanzierung noch zu einer strukturellen Verschlechterung der regulatorischen Rahmen- und Investitionsbedingungen gegenüber dem bisherigen System vor der ARegV-Novelle, die nur durch eine Einbeziehung in den Kapitalkostenaufschlag kompensiert werden könnte.

Der mit dem Systemwechsel verbundene Wegfall des positiven Sockeleffekts löst bei Zugrundelegung einer netzbezogenen Betrachtung keine kompensationsbedürftige Finanzierungslücke

für Kapitalkosten aus Neuinvestitionen in den Jahren 2016 und 2017 aus. Unter der Geltung der Anreizregulierung war eine investitions- oder anlagenscharfe Wirkung der positiven Sockeleffekte systematisch nicht angelegt. Die Anreizregulierung gewährleistete die Wirtschaftlichkeit des Gesamtnetzes, nicht der einzelnen Investition. Das Gesamtbudget, in das die positiven Sockeleffekte einfließen, stand für Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 zur Verfügung.

Die Vorgabe in § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV, dass die sich aus § 10a Abs. 5 und 6 ARegV ergebende kalkulatorische Verzinsungsbasis bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nur zu 40 Prozent anzusetzen ist, ist im Wortlaut eindeutig; Raum für eine anderweitige Auslegung der Vorschrift besteht nicht. Die Regelung ist auch materiell rechtmäßig und verstößt nicht gegen das in § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG normierte Gebot einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals.

Es steht im Einklang mit den sich aus § 10a ARegV i.V.m. § 7 GasNEV ergebenden Vorgaben zur kalkulatorischen Ermittlung der Verzinsungsbasis, dass die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Anlagen im Bau bei der Mittelwertbildung als Jahresanfangswert den Wert Null anstelle des vollen Investitionswertes angesetzt hat.

Tenor:

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 23.10.2017 (BK9-16/8169-K17) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

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

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Gas-Verteilernetz. Sie beantragte mit Schreiben vom 30.06.2017 die Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 aufgrund eines Kapitalkostenaufschlages nach § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 10a ARegV unter Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016, 2017 und 2018. Die beantragte Anpassung belief sich insgesamt auf ... Euro.

3

4

Die Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 20.09.2017 zu den von der Beschlusskammer als anerkennungsfähig angesehenen Werten angehört. Mit Schreiben vom 12.10.2017 nahm sie dazu Stellung. Sie führte aus, dass die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 – wie von ihr beantragt - in die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags einzubeziehen seien. Zudem hielt sie daran fest, dass für die Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer die volle Verzinsungsbasis anzusetzen sowie die „Im-Hundert-Methode“ anzuwenden sei. Ferner seien die Zinssätze der 2. und nicht die der 3. Regulierungsperiode anzusetzen.

Mit Beschluss vom 23.10.2017 (BK9-16/8169-K17) hat die Bundesnetzagentur dem Antrag auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze für das Jahr 2018 nur teilweise stattgegeben und der Beschwerdeführerin bewilligt, ihre Erlösobergrenze um ... Euro zu erhöhen. Die Bundesnetzagentur hat lediglich die Kapitalkosten des Jahres 2018 in den Aufschlag einbezogen und den Antrag abgelehnt, soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus auch eine Berücksichtigung von Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 beantragt hatte.

5

Die Bundesnetzagentur hat in dem angegriffenen Beschluss bei der Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung die in dem Beschluss BK4-16/161 vom 05.10.2016 für die 3. Regulierungsperiode festgelegten Zinssätze für Alt- und Neuanlagen in Ansatz gebracht. Gegen den Beschluss vom 05.10.2016 haben zahlreiche Netzbetreiber, unter anderem die Beschwerdeführerin, Beschwerde eingelegt. Die unter Tenorziffer 2) enthaltene Anpassungszusage, wonach die zugrunde gelegten Eigenkapitalzinssätze zu Gunsten der Beschwerdeführerin angepasst werden, wenn sie keine Beschwerde gegen den streitgegenständlichen Beschluss einlegt und der Beschluss vom 05.10.2016 durch eine rechtskräftige Entscheidung oder von der Bundesnetzagentur selbst aufgehoben und andere Zinssätze festgelegt werden, hat die Bundesnetzagentur im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens modifiziert. In der mündlichen Verhandlung am 13.02.2019 hat sie zugesichert, den streitgegenständlichen Beschluss hinsichtlich der zugrunde gelegten Eigenkapitalzinssätze für Alt - und Neuanlagen anzupassen. Ein Zuwarten auf eine höchstrichterliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Beschlusses vom 05.10.2016 (BK4-16/161) sei nicht erforderlich. Weiter hat die Bundesnetzagentur im streitgegenständlichen Beschluss bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer das die Eigenkapitalquote von 40 Prozent überschreitende Eigenkapital nicht berücksichtigt. Hinsichtlich der Anlagen im Bau hat sie bei der Mittelwertbildung als Jahresanfangswert den Wert Null in Ansatz gebracht.

6

Mit der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Bundesnetzagentur die Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. § 10a ARegV weise im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 eine planwidrige Regelungslücke auf, die nur durch eine analoge Anwendung auf die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für in diesen Jahren getätigte Neuinvestitionen geschlossen werden könne. Die Nichtberücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 sei eine vom Verordnungsgeber unbeabsichtigte Friktion beim Regimewechsel von dem bisherigen Regulierungsmodell, das eine zeitversetzte Refinanzierung von Investitionen über positive Sockelbeträge und/oder Berücksichtigung über den Erweiterungsfaktor bzw. Investitionsmaßnahmen vorgesehen habe, zu dem neuen Regulierungsmodell des Kapitalkostenabgleichs. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur führe zu einer sachwidrigen Schlechterstellung von Investitionen in den Jahren 2016 und 2017 mit der Folge, dass deren Kapitalkosten nicht vollständig refinanziert werden könnten. Dabei ergebe sich der den Netzbetreibern entstehende Nachteil aus einer abstrakten Betrachtung der

7

Nichtberücksichtigung der Jahresscheiben, so dass es keiner isolierten Spitzabrechnung der ihr konkret für bestimmte Jahre entstehenden wirtschaftlichen Nachteile bedürfe, die sie aber vorsorglich für einzelne Anlagengruppen vorträgt.

Der Verordnungsgeber habe das vorherige Regime durch den Kapitalkostenabgleich ersetzen wollen, wobei ein nahtloser Übergang geplant gewesen sei. Investitionen in der zweiten Hälfte des Jahres 2016 und im Jahr 2017 fänden jedoch weder eine Berücksichtigung im Rahmen der positiven Sockeleffekte bzw. durch den Erweiterungsfaktor noch beim Kapitalkostenaufschlag. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, gerade die Investitionen von Gasnetzbetreibern aus den Jahren 2016 und 2017 mit ihren Jahresscheiben 2016 und 2017 weder in den Refinanzierungsinstrumenten des vorherigen Regimes zu berücksichtigen noch sie in den Kapitalkostenaufschlag einzubeziehen. Augenscheinlich habe der Verordnungsgeber irrig angenommen, dass durch die Festlegung desselben Stichtags für die Gewährung des Kapitalkostenaufschlags und den Entfall der bisherigen Regelungen für alle Investitionen entweder das alte oder das neue Recht gelte. Offenbar habe er schlicht übersehen, dass die Jahresscheiben 2016 und 2017 weder unter das neue Recht fielen noch die Refinanzierungsmöglichkeiten des alten Rechts griffen.

8

Eine entsprechende Anwendung des § 10a ARegV auf Investitionen, die in den Jahren 2016 und 2017 kostenwirksam geworden seien, entspreche dem Zweck der Neuregelung, denn ansonsten würde sie im Hinblick auf diese Kosten schlechter stehen als gegenüber dem status quo ante. Während bei einem Fortbestand der alten Regelung der negative Sockeleffekt durch die positiven Sockeleffekte ausgeglichen worden wäre und bei Erweiterungsmaßnahmen zusätzlich noch eine Anpassung der Erlösobergrenzen über einen Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV hätte erfolgen können, könnten bei einer Nichtanwendung des § 10a ARegV die Jahresscheiben 2016 und 2017 gar nicht refinanziert werden.

9

Zudem würden Verteilernetzbetreiber, die das Verteilernetz erst nach dem 30.06.2016 als dem letztmöglichen Zeitpunkt für eine Antragstellung auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors erweitert hätten, gegenüber solchen Verteilernetzbetreibern benachteiligt, die ihre Investitionen zufällig bis zum 30.06.2016 durchgeführt hätten. Ein sachlicher Grund für eine solche Benachteiligung bestehe ebenfalls nicht. Es handele sich insoweit nicht um die bloße Folge der zu einem Stichtag erfolgten Änderung, die mangels Anspruchs auf eine intertemporale Gleichbehandlung hinzunehmen sei. Die Schlechterstellung rühre auch nicht daher, dass die Refinanzierung von Investitionen vor dem Stichtag nach altem Recht über die Sockelbeträge und gegebenenfalls den Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahmen und für danach liegende Investitionen nach neuem Recht über das Institut des Kapitalkostenaufschlags abgewickelt werde, sondern daher, dass mangels Übergangsregelung auf Investitionen in dem genannten Zeitfenster weder das eine noch das andere Instrumentarium Anwendung fänden.

10

Diese Regelungslücke sei planwidrig, da sie weder dem Regelungskonzept noch dem Zweck der Neuregelung entspreche. Die Handhabung des § 10a ARegV durch die Bundesnetzagentur führe dazu, dass das aus dem „Kapitalkostenaufschlag anstelle des negativen Sockeleffekts“ auf der einen Seite und dem „Kapitalkostenabzug anstelle des positiven Sockeleffekts“ auf der anderen Seite gebildete Gleichgewicht empfindlich gestört werde.

11

Durch die Regelungen in § 34 Abs. 6 und 7 ARegV habe der Verordnungsgeber zum Ausdruck gebracht, dass er das Bedürfnis einer Übergangsregelung erkannt habe. Dabei habe er jedoch übersehen, dass die Regelung in § 10a ARegV das alte Regime nicht nahtlos

12

ablöse und ersetze. Soweit der Ordnungsgeber für Bestandsanlagen mit Aktivierung vor dem Jahr 2017 die Beibehaltung des „kleinen“ Sockels während der 3. Regulierungsperiode vorgesehen habe, um den in der Vergangenheit entstandenen negativen Sockel zu kompensieren, habe er ebenfalls übersehen, dass diese Regelung Investitionen aus den Jahren 2016 und 2017 nicht erfasse.

Es fehlten Anhaltspunkte in der Ordnungsbegründung, dass sich der Ordnungsgeber bewusst gegen eine nahtlose Übergangsregelung entschieden habe. Zudem wäre das auch eine sachwidrige Entscheidung. 13

Diese planwidrige Regelungslücke sei durch eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 10a ARegV auf die im Jahr 2016 und 2017 kostenwirksam gewordenen Investitionen zu schließen, d.h. diese Kosten seien bei der Gewährung des erstmaligen Kapitalkostenaufschlags für das Jahr 2018 mit zu berücksichtigen. Die Anwendung des § 10a ARegV sei gegenüber der Fortgeltung alten Rechts angesichts der Grundsatzentscheidung des Ordnungsgebers, das alte Regime nicht fortzuführen, und der größeren Sachnähe vorzugswürdig. Im Hinblick auf Erweiterungsinvestitionen sei es besonders evident, dass eine planwidrige Regelungslücke bestehe. Erweiterungsinvestitionen seien in den Übergangsjahren 2016 und 2017 gleich mehrfach schlechter gestellt, einerseits im Vergleich zu Investitionen ab der 3. Regulierungsperiode aufgrund der wegfallenden Kapitalkosten in den Jahren 2016 und 2017 sowie andererseits im Vergleich zu Investitionen vor dem Jahr 2016, da Strukturparameterveränderungen aus dem Zeitraum vom 01.07.2016 bis zum 31.12.2017 bei der Ermittlung des alten Erweiterungsfaktors unberücksichtigt geblieben seien. 14

Eine Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 im Kapitalkostenaufschlag führe auch nicht zu einer zeitlich versetzten Anwendung von Kapitalkostenaufschlag und -abzug. Weiter enthalte § 34 Abs. 5 ARegV keine abschließende, etwaige Nachteile des Netzbetreibers vollständig ausgleichende Übergangsregelung. Aus dem positiven Sockel könnten, wenn überhaupt, nur Ersatzinvestitionen gedeckt werden, nicht jedoch Erweiterungsinvestitionen, die nach dem 01.07.2016 getätigt worden seien, so dass diesbezüglich aus § 34 Abs. 5 ARegV nichts hergeleitet werden könne. Aber auch hinsichtlich der allein von § 34 Abs. 5 ARegV begünstigten Ersatzinvestitionen werde die fehlende Anerkennung der Kosten für Ersatzinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht durch den prolongierten Sockeleffekt ersetzt. Die Erlösobergrenzen und ihre Anpassungen stellten schon deshalb kein auskömmliches Budget für die Ersatzinvestitionen in den Jahren 2016 und 2017 zur Verfügung, weil das bisherige System der Sockeleffekte die Betrachtung des Lebenszyklus der Anlagengüter erfordere, d.h. das Durchleben aller Sockeleffekte. In diesen Zyklus werde eingegriffen, wenn der positive Sockeleffekt „abgeschnitten“ werde. Der von § 34 Abs. 5 ARegV geschützte Sockeleffekt solle zudem gerade nicht für die hier streitgegenständlichen Investitionen Wirkung entfalten, da nach § 6 Abs. 3 S. 5 ARegV Kosten nach dem Basisjahr 2015 keine Berücksichtigung fänden. Die in 2016 zugegangenen Anlagen seien mit ihren Kosten gar nicht in die Erlösobergrenze eingegangen, weshalb kein positiver Sockel bestehe, der über den Kapitalkostenabzug abgebaut werden könne. Deshalb liege auch keine ungerechtfertigte Mehrbelastung der Netznutzer vor. 15

Der Beschluss sei auch insoweit rechtswidrig, als die Bundesnetzagentur im Rahmen der Bestimmung des Kapitalkostenaufschlags auf die Eigenkapitalzinssätze der 3. Regulierungsperiode abgestellt habe. Dies widerspreche dem eindeutigen Wortlaut des § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV. Der Wortlaut bilde die Grenze einer möglichen Auslegung, so dass die Bundesnetzagentur sich nicht mit Erfolg darauf berufen könne, es sei systematisch falsch, 16

Neuinvestitionen der nachfolgenden Jahre anders zu verzinsen als solche, die vorher getätigt worden seien. Aus der Verordnungsbegründung ergebe sich ebenfalls nicht, dass der Verordnungsgeber den Zinssatz der nachfolgenden Regulierungsperiode angewandt wissen wollte. Vielmehr mache der Verordnungsgeber deutlich, dass es sich um einen pauschalen Ansatz handle, der an die tatsächlichen Gegebenheiten erst später angepasst werde. Bei richtiger Auslegung des § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV finde der Zinssatz der abgelaufenen Regulierungsperiode auf Neuinvestitionen von vier Kalenderjahren Anwendung, von denen jeweils zwei Jahre zur ablaufenden und zwei zur nachfolgenden Regulierungsperiode gehörten. Die Anwendung des Zinssatzes der ablaufenden Regulierungsperiode sei dabei sachgerecht, da dieser - anders als der Zinssatz der nachfolgenden Regulierungsperiode - im Zeitpunkt des ersten Anwendungsfalles, also ein Jahr nach dem Basisjahr, bereits feststehe.

Der angefochtene Beschluss sei des Weiteren deswegen rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur beim Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer das die Eigenkapitalquote von 40 Prozent überschreitende Eigenkapital nicht berücksichtigt habe. Zwar sei der Wortlaut des § 10 Abs. 8 ARegV eindeutig. Durch eine Nichtberücksichtigung des die Eigenkapitalquote von 40 Prozent überschreitenden Eigenkapitals werde jedoch die Eigenkapitalverzinsung in unzulässiger Weise geschmälert, denn Gewerbesteuer falle auf die gesamte Eigenkapitalverzinsung an. Die Verzinsung des die Eigenkapitalquote von 40 Prozent überschreitenden Eigenkapitals sei fester Regelungsbestandteil der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV und damit verordnungsrechtliche Ausprägung der durch §§ 21a Abs. 4 S. 5, 21 Abs. 2 S. 1 EnWG geforderten angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Dies sei unumstritten und nur die Deckelung der Eigenkapitalverzinsung Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung. Die streitgegenständliche Regelung sei deshalb nicht nachvollziehbar, zumal nach dem Willen des Verordnungsgebers gerade die Grundsätze der StromNEV/GasNEV gelten sollten. Die Regelung in § 10 Abs. 8 ARegV lasse sich insbesondere nicht damit erklären, dass der Verordnungsgeber in § 10a Abs. 7 ARegV einen standardisierten Mischzinssatz gewählt habe, bei dem ein Eigenkapitalanteil von 40 Prozent und ein Fremdkapitalanteil von 60 Prozent unterstellt werde. Diese pauschalisierte Lösung sei unbedenklich, weil ein Netzbetreiber mit einer höheren Eigenkapitalquote ohnehin keinen höheren Zins für das überschießende Eigenkapital reklamieren könne, sondern dies wie Fremdkapital nach § 7 Abs. 7 StromNEV/GasNEV verzinst werde. Abweichungen des pauschalierten Ansatzes von der individuellen Verteilung des Eigen- und Fremdkapitals ergäben sich somit nur bei und zu Gunsten von Netzbetreibern mit einer geringeren kalkulatorischen Eigenkapitalquote als 40 Prozent. Dies rechtfertige es indes nicht, Netzbetreiber mit einer höheren Eigenkapitalquote schlechter zu stellen, indem diesen für das die 40-Prozent-Quote übersteigende Eigenkapital nur eine Verzinsung vor Gewerbesteuer gewährt werde. Eine Deckelung auf 40 Prozent stelle mithin keine konsistente Fortführung der Anwendung des Mischzinssatzes, sondern infolge der Kürzung der kalkulatorischen Gewerbesteuer eine gegen höherrangiges Recht verstoßende unzulässige Schmälerung der Eigenkapitalverzinsung dar. Die Nichtberücksichtigung des die Eigenkapitalquote von 40 Prozent überschreitenden Eigenkapitals führe auch zu einer inkonsistenten Regulierung. Mit der Umsetzung der Vorgaben aus § 10a Abs. 8 ARegV setze sich die Bundesnetzagentur in Widerspruch zu den Vorgaben des § 23 ARegV und ihrer insoweit geübten Praxis. Eine weitere Inkonsistenz ergebe sich beim Vergleich von Kapitalkostenaufschlag und Kapitalkostenabzug, bei dem die kalkulatorische Gewerbesteuer auf die gesamte Eigenkapitalverzinsung und nicht nur auf einen Teil derselben berechnet werde. Dies führe zu Ungleichbehandlungen, die nicht hingenommen werden könnten und für die eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich sei.

17

18

Es sei schließlich rechtsfehlerhaft, dass die Bundesnetzagentur in dem angefochtenen Beschluss für Anlagen im Bau als Jahresanfangswert anstelle des vollen Investitionswertes den Wert „Null“ ansetze. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur führe zwar unmittelbar nicht zu einem niedrigeren Kapitalkostenaufschlag, da die Beschwerdeführerin für den Betrachtungszeitraum einen gleichbleibenden Bestand der Anlagen im Bau (d.h. sich ausgleichende Zu- und Abgänge innerhalb eines Jahres) unterstellt und somit im Antrag für den Kapitalkostenaufschlag den Anfangsbestand zum 31.12.2015 bis zum 31.12.2018 unverändert fortgeschrieben habe. Die hier bereits angegriffene Mittelwertbildung werde sich jedoch bei der Ist-Abrechnung des Kapitalkostenaufschlags gemäß § 5 Abs. 1a ARegV (Plan-Ist-Abgleich) auswirken. Bei Anlagen im Bau bestehe bei der Ermittlung des Mittelwerts das gleiche praktische Bedürfnis einer gesonderten Ermittlung des Jahresanfangsbestandes wie bei aktivierten Neuanlagen. Der Bundesgerichtshof habe im Beschluss vom 10.11.2014 (EnVR 43/14) darauf hingewiesen, dass unterjährig aktivierte Neuanlagen in der als Datengrundlage heranzuziehenden Bilanz des Vorjahres noch nicht ausgewiesen seien, weil sie erst nach dem dafür maßgeblichen Stichtag aktiviert worden seien. Die Anschaffungs- und Herstellungskosten dieser Güter müssten deshalb in einem gesonderten Schritt ermittelt und dem Jahresanfangsbestand zugeschlagen werden. Dieser Befund gelte in gleicher Weise für Anlagen im Bau, bei denen das Gebot einer möglichst genauen, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Ermittlung der relevanten Daten ebenfalls greife. § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV solle - so der Bundesgerichtshof - gewährleisten, dass die Kostenrechnung handhabbar und prüfbar bleibe. Diese Zielsetzung schließe es zwar nicht schlechthin aus, bei der Verzinsung des Eigenkapitals einen geringeren Wert anzusetzen als denjenigen, der sich bei einer monatscharfen Abrechnung ergebe. Mangels besonderer Anhaltspunkte könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Ordnungsgeber den Ansatz einer geringeren Eigenkapitalbasis auch für Konstellationen in Kauf genommen habe, bei denen sich ein Gleichlauf zu einer monatscharfen Betrachtung ohne gravierenden Zusatzaufwand erreichen lasse. Da die geringere Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals ohne großen Aufwand vermeidbar sei, genüge die angegriffene Vorgehensweise den Anforderungen der §§ 21a Abs. 4 S. 5, 21 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht. Entscheidend für die vorzitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei nicht gewesen, dass es sich um abschreibungsfähige Sachanlagen gehandelt habe, sondern dass das eingesetzte Eigenkapital in vollem Umfang berücksichtigt bleibe.

Der Ordnungsgeber plant derzeit eine redaktionelle Änderung des § 10a Abs. 7 S. 2 und 3 ARegV dahingehend, dass in § 10a Abs. 7 S. 2 und 3 ARegV jeweils die Wörter „im Basisjahr“ durch die Wendung „für die jeweilige Regulierungsperiode“ ersetzt werden. Ein entsprechender Entwurf liegt dem Bundesrat zur Zustimmung vor. Nachdem die Bundesnetzagentur mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 18.01.2019 erstmals auf die geplante Änderung hingewiesen hatte, hat der Senat die mündliche Verhandlung wiedereröffnet.

Die Beschwerdeführerin beantragt, 20

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses BK 9-16/8169-K17 die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 30.06.2017 auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags für das Jahr 2018 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. 21

Die Bundesnetzagentur beantragt, 22

die Beschwerde zurückzuweisen. 23

24

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt vor, der Beschwerdeführerin stehe nach den einschlägigen Vorschriften der novellierten ARegV kein Anspruch auf eine Berücksichtigung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für nach dem Basisjahr getätigte Investitionen im Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 zu. Ein „Nachholen“ dieser beiden Jahresscheiben sei bei der Umstellung auf das System des Kapitalkostenabgleichs nicht vorgesehen. Die Jahresscheiben 2016 und 2017 seien in dem für das Jahr 2018 beantragten Kapitalkostenaufschlag weder vom Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften erfasst noch sei eine Einbeziehung nach der Normhistorie oder dem Regelungszweck der Vorschriften veranlasst.

Durch § 34 Abs. 6 ARegV gebe der Ordnungsgeber eindeutig vor, dass eine erstmalige Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags für das erste Jahr der jeweiligen 3. Regulierungsperiode Gas/Strom beantragt werden könne. Die Anpassung der Erlösobergrenzen erfolge sodann für Gasverteilernetzbetreiber gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV zum 01.01.2018. Dies bedeute konkret, dass aufgrund eines bis zum 30.06.2017 gestellten Antrags auf Kapitalkostenaufschlag die Erlösobergrenze des Jahres 2018 um die in diesem Jahr anfallenden Kapitalkosten erhöht werde. Die Vorgaben des § 34 Abs. 6 ARegV regelten nicht nur die formale Frage des erstmaligen Antragszeitpunktes, sondern dieser Zeitpunkt und der Umfang der einzubeziehenden Kapitalkosten seien miteinander verknüpft. Bei der Berechnung des Aufschlags könnten danach nur die Kapitalkosten desjenigen Jahres einbezogen werden, für das der Aufschlag beantragt werde. Da eine Antragstellung im Jahr 2016 bzw. 2017 nicht möglich gewesen sei und § 34 Abs. 6 ARegV gerade nicht die Möglichkeit eröffne, Kapitalkosten vergangener Jahre einzubeziehen oder einen rückwirkenden Antrag zu stellen, sei aus dem Wortlaut des § 10 ARegV i.V.m. §§ 4 Abs. 4, 34 Abs. 6 ARegV eine Genehmigungsfähigkeit von Kapitalkosten aus den Jahren 2016 und 2017 nicht abzuleiten.

Aus den Materialien zur ARegV-Novelle gehe zudem eindeutig hervor, dass ein Kapitalkostenaufschlag für Gasverteilernetzbetreiber erstmals für das Jahr 2018 und ausschließlich für die in diesem Jahr anfallenden Kapitalkosten beantragt werden könne. Aus den Verordnungsmaterialien ergebe sich unmissverständlich, dass der Ordnungsgeber den Systemwechsel zum Kapitalkostenabgleich einheitlich für den Kapitalkostenabzug und den Kapitalkostenaufschlag ab der 3. Regulierungsperiode vorgesehen habe. Für den Kapitalkostenaufschlag werde dies anhand der in § 34 ARegV normierten Übergangsregelungen deutlich. Neben der Vorgabe der erstmaligen Antragstellung für das jeweils erste Jahr der 3. Regulierungsperiode Gas/Strom in § 34 Abs. 6 ARegV regele § 34 Abs. 7 S. 1 ARegV, dass die Instrumente des Erweiterungsfaktors und der Investitionsmaßnahme ab der 3. Regulierungsperiode nicht mehr anzuwenden seien. Der Ordnungsgeber habe damit als zeitliche Zäsur grundsätzlich den Beginn der 3. Regulierungsperiode vorgesehen und sich gerade gegen eine zeitlich versetzte Anwendung der Instrumente entschieden. Die Jahre 2016 und 2017 fielen als die letzten beiden Jahre der 2. Regulierungsperiode Gas in den Anwendungsbereich der vorherigen Systematik zur Erfassung von Investitionskosten. Für diese Jahre finde ein Kapitalkostenabzug noch nicht statt. Eine Berücksichtigung von Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 in dem Kapitalkostenaufschlag für 2018 stehe der Intention des Ordnungsgebers somit erkennbar entgegen.

Darüber hinaus spreche insbesondere die in § 34 Abs. 5 ARegV normierte Übergangsregelung gegen die Auffassung, die Jahresscheiben der Jahre 2016 und 2017 seien bei der erstmaligen Beantragung des Kapitalkostenaufschlags einzubeziehen. Die entsprechenden Ausführungen in der Verordnungsbegründung belegten, dass sich der

Verordnungsgeber ausdrücklich mit den finanziellen Auswirkungen des Systemwechsels befasst und zum Ausgleich eventueller Renditeeinbußen für bestimmte Anlagen eine Beibehaltung des positiven Sockeleffekts in der 3. Regulierungsperiode vorgesehen habe. Eine Ausweitung dieser Übergangslösung habe er – jedenfalls bislang - trotz der vorgebrachten Einwände der Netzbetreiber und einer dahingehenden Empfehlung des Wirtschaftsausschusses, nicht für geboten erachtet. Mögliche finanzielle Einbußen durch den Systemwechsel seien damit umfassend gewürdigt und ein Ausgleich zwischen den Interessen der Netzbetreiber und den Interessen der Netzkunden herbeigeführt worden.

Auch die systematische Auslegung der in Rede stehenden Normen führe zu dem Ergebnis, dass die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 nicht in dem Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 zu berücksichtigen seien. Vor dem Hintergrund, dass der Kapitalkostenaufschlag die jeweilige kalenderjährliche Erlösobergrenze um diejenigen Kapitalkosten erhöhen solle, die ein Netzbetreiber durch Investitionen nach dem Basisjahr in dem jeweiligen Jahr habe, ließen die Regelungen keinen anderen Schluss zu. Ein „Nachholen“ früherer Jahre sei grundsätzlich nicht vorgesehen. 28

Die Nichtgenehmigung des Kapitalkostenaufschlags für die Jahresscheiben 2016 und 2017 sei auch mit dem Gebot der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG vereinbar. Die angemessene Verzinsung sei durch die in den ersten beiden Regulierungsperioden festgelegten Erlösobergrenzen, die auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Jahre 2016 und 2017 erfassten, gewährleistet. Investitionen, die in diesen Jahren getätigt worden seien, würden von dem „alten“ System und dessen Instrumenten erfasst. Angesichts dessen treffe die Annahme, dass eine Refinanzierungslücke bestehe, nicht zu. In den ersten beiden Regulierungsperioden seien die Kapitalkosten in den Erlösobergrenzen auf Grundlage der Kosten des Basisjahres für die gesamte Regulierungsperiode fixiert worden. Den Netzbetreibern gingen zum einen aus Abschreibungen für Anlagen, die in der jeweiligen Regulierungsperiode das Ende ihrer wirtschaftlichen Lebensdauer erreichten, bis zum Ende der Regulierungsperiode weiterhin Erlöse zu. Zum anderen erhielten sie für Bestandsanlagen durchgehend eine Eigenkapitalverzinsung, Fremdkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der Restwerte in dem Basisjahr. In beiden Fällen handele es sich um Erlöse, denen keine kalkulatorischen Kosten mehr gegenüberstünden. Diese positiven Sockelbeträge stünden den Netzbetreibern als Innenfinanzierung für Ersatzinvestitionen auch für die Jahre 2016 und 2017 zur Verfügung. 29

Zudem sei in den ersten beiden Regulierungsperioden für Erweiterungsinvestitionen der Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV einschlägig gewesen. Darüber hinaus habe die Möglichkeit bestanden, Investitionsmaßnahmen zu beantragen. Selbst ein grundsätzlicher Anspruch auf Kostendeckung aus § 21a EnWG begründe keinen umfassenden Kompensationsanspruch der Netzbetreiber. Auch unter dem vorherigen Regime sei eine vollständige Refinanzierung für Investitionen nicht vorgesehen gewesen. Dementsprechend verfolgten die bis zum Ende der 2. Regulierungsperiode bestehenden Mechanismen der Sockeleffekte und des Erweiterungsfaktors einen eher pauschalen Budgetansatz. Durch die Übergangsregelungen des § 34 Abs. 5 bis 7 ARegV werde verhindert, dass eine Doppelanerkennung von Kapitalkosten aus den Jahren 2016 und 2017 über den Kapitalkostenaufschlag erfolge. 30

Eine über die Beibehaltung des positiven Sockeleffekts in der 3. Regulierungsperiode hinausgehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag sei mit dem Sinn und Zweck der Neuregelung nicht vereinbar. Die 31

Einführung des Kapitalkostenaufschlags mit Wirkung für das Jahr 2018 führe nicht zu Einbußen der Netzbetreiber. Für die in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten gelte, dass sie bereits in den Erlösobergrenzenbudgets der 2. Regulierungsperiode berücksichtigt seien. Die angegriffene Praxis führe auch nicht dazu, dass weder Erweiterungs- noch Ersatzinvestitionen aus den Jahren 2016 und 2017 berücksichtigt würden. Vielmehr habe das System zur Behandlung von Investitionen in der 2. Regulierungsperiode keine projektspezifische Erfassung von Kapitalkosten vorgesehen. Selbst wenn die Investitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht über einen Erweiterungsfaktor oder eine Investitionsmaßnahme zu einer Erhöhung der Erlösobergrenzen der 2. Regulierungsperiode geführt hätten, würden sie dennoch von dem positiven Sockeleffekt erfasst. Dieser Sockeleffekt wirke nicht investitionsscharf, sondern bezogen auf die jeweilige Regulierungsperiode.

Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 ergebe sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 10a ARegV i.V.m. §§ 4 Abs. 4, 34 Abs. 5 bis Abs. 7 ARegV. Die von der Beschwerdeführerin angenommene Regelungslücke bestehe nicht. Kapitalkosten aus Neuinvestitionen in den Jahren 2016 und 2017 würden über die für die 2. Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen abgedeckt, so dass schon keine Regelungslücke bestehe. Eine solche liege nur dann vor, wenn eine Vorschrift gemessen an ihrem Zweck unvollständig und ergänzungsbedürftig sei. Hierzu reiche es nicht aus, wenn eine gesetzliche Regelung rechtspolitisch als verbesserungsbedürftig anzusehen sei. Gemessen an diesen Vorgaben liege eine Unvollständigkeit der streitgegenständlichen Regelungen nicht vor. Der Ordnungsgeber habe als zeitliche Zäsur den Beginn der 3. Regulierungsperiode gewählt. Vor diesem Zeitpunkt getätigte Investitionen seien über die in der 2. Regulierungsperiode bestehenden Mechanismen erfasst worden. Die Beschwerdeführerin habe nicht aufgezeigt, dass der Wechsel zum Kapitalkostenabgleich für sie zu einer Schlechterstellung führe. Ihr gehe es tatsächlich nicht um den Ausgleich von Nachteilen, sondern sie erstrebe eine vorzeitige Anwendung der neuen Rechtslage, um finanzielle Vorteile zu generieren. 32

Jedenfalls sei aber eine etwaige Regelungslücke nicht planwidrig. Der Ordnungsgeber habe nicht unbedacht oder in Unkenntnis der Folgen für zu verschiedenen Zeitpunkten getätigte Investitionen den Systemwechsel zum Kapitalkostenabgleich mit Wirkung für die 3. Regulierungsperiode vorgenommen. Vielmehr habe er diesen Zeitpunkt mit Vorbedacht gewählt, die betroffenen Interessen der Netzbetreiber und Netznutzer abgewogen sowie entsprechende Stichtags- und Übergangsregelungen geschaffen. Es entspreche demnach der Regelungsabsicht des Ordnungsgebers, die in Rede stehenden Jahresscheiben nicht in den Anwendungsbereich des Kapitalkostenaufschlags einzubeziehen. 33

Der Beschluss sei auch insoweit rechtsfehlerfrei, als im Rahmen der Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags zur Bestimmung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis die Eigenkapitalzinssätze für die 3. Regulierungsperiode herangezogen worden seien. Der Wortlaut der Vorschrift lasse das Verständnis zu, dass der für die Berechnung der Erlösobergrenzen der dem Basisjahr zugehörigen Regulierungsperiode herangezogene Zinssatz anzuwenden sei. Es handele sich um eine Bezugnahme auf das Basisjahr in seiner Funktion als Basisjahr für die anstehende Regulierungsperiode und nicht als Kalenderjahr der vorangegangenen Regulierungsperiode. Diese Auslegung stehe überdies in Einklang mit dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags. Der Systemwechsel erfolge einheitlich für den Kapitalkostenabzug und den Kapitalkostenaufschlag ab der 3. Regulierungsperiode. Beide Instrumente führten nur in gegenseitiger Abhängigkeit zu dem Ergebnis einer sachgerechten und zeitnahen Berücksichtigung von Kapitalkosten, so dass nur eine 34

Anwendung derselben Zinssätze in Betracht komme. Anderenfalls würden für Investitionen, die nach dem Basisjahr erfolgten und über den Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt würden, andere Zinssätze herangezogen als für Investitionen bis zum Basisjahr. Es wäre inkonsistent und stünde dem Prinzip des Gleichlaufs beider Instrumente erkennbar entgegen, wenn Kosten für Investitionen innerhalb einer Regulierungsperiode ohne sachlichen Grund unterschiedlich verzinst würden. Die geplante Verordnungsänderung belege, dass dieses Verständnis auch dem Willen des Verordnungsgebers entspreche.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer das die Eigenkapitalquote von 40 Prozent übersteigende Eigenkapital nicht zu berücksichtigen. Der Wortlaut des § 10a ARegV sei eindeutig. Die dort enthaltene Vorgabe sei kein Zufall, wie sich aus § 10a Abs. 7 ARegV ergebe. Bei dem Kapitalkostenaufschlag sei unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Netzbetreibers eine Kapitalstruktur von 40 Prozent Eigenkapital und 60 Prozent Fremdkapital zu unterstellen. Dies entspreche auch dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags, der eine investitionsscharfe Berechnung der Kapitalkosten vorsehe, hierbei jedoch eine pauschale Finanzierungsstruktur unterstelle. Die streitgegenständliche Vorgabe verstoße weder gegen das Gebot einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Finanzierung noch führe sie zu einer Ungleichbehandlung. Ein hoher Eigenkapitalanteil gelte als Indiz für unzureichenden Wettbewerb und sei deshalb nach der Vorstellung des Gesetzes- und Verordnungsgebers nur bedingt schützenswert. 35

Ihre Vorgehensweise, bei der Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals gemäß § 10a Abs. 5 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 1 GasNEV bei Anlagen im Bau als Jahresanfangswert den Wert „Null“ anzusetzen, sei mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. Mittelwertbildung vereinbar. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.11.2014 gründe sich auf den systematischen Zusammenhang zwischen den §§ 6 und 7 GasNEV. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs habe die in § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV angeordnete Zugangsfiktion eines Anlageguts zum Jahresbeginn unmittelbare Auswirkungen auf den Restwert dieser Anlage, der im Rahmen des § 7 Abs. 1 GasNEV anzusetzen sei. Da die kalkulatorischen Abschreibungen jahresbezogen zu ermitteln seien, müssten im ersten Jahr der Abschreibung im Jahresanfangsbestand die vollständigen Anschaffungs- und Herstellungskosten berücksichtigt werden. Über den gesamten Abschreibungszeitraum hinweg führe dies zu einer zeitlichen Vorverlegung der Abschreibungen und der Eigenkapitalverzinsung, nicht aber zu einer Veränderung der insgesamt anfallenden Beträge. Anderenfalls käme es über den gesamten Abschreibungszeitraum hinweg zu einer verminderten Eigenkapitalverzinsungsbasis. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei demzufolge auf abschreibungsfähige Anlagegüter begrenzt und nicht auf die keiner kalkulatorischen Abschreibung unterliegenden Anlagen im Bau übertragbar. 36

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur und die Protokolle der Senatssitzungen Bezug genommen. 37

B. 38

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Der Antrag, die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des angegriffenen Beschlusses zur Neubescheidung zu verpflichten, ist zulässig, aber unbegründet. 39

I. Die Bundesnetzagentur hat es rechtsfehlerfrei abgelehnt, bei der von der Beschwerdeführerin beantragten Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze für das Jahr 2018 aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags nach § 10a Abs. 1 ARegV die in den Jahren 2016 und 2017 angefallenen Kapitalkosten für die Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 zu berücksichtigen.

1. Mittels des durch die Novellierung der ARegV (2. Verordnung zur Änderung der ARegV mit Wirkung zum 17.09.2016 (BGBl. I, 2147)) eingeführten Kapitalkostenabgleichs werden in der Erlösobergrenze die tatsächlichen Kapitalkosten der Verteilernetzbetreiber abgebildet. Der Kapitalkostenabgleich umfasst zwei korrespondierende Elemente: den Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV und den Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 ARegV. 41

Durch den Kapitalkostenaufschlag können auf Antrag jährlich Kapitalkostensteigerungen aus Investitionen in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV bestimmt, dass die Regulierungsbehörde einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für Kapitalkosten genehmigt, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter entstehen. Kapitalkosten im Sinne dieser Regelung sind gemäß § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen. Der Antrag muss bis zum 30.06. des Vorjahres erfolgen. Gemäß § 34 Abs. 6 ARegV können Betreiber von Gasverteilernetzen den Antrag erstmals zum 30.06.2017, Betreiber von Elektrizitätsnetzen erstmals zum 30.06.2018 stellen. 42

Durch den Kapitalkostenabzug werden die Absenkungen der kalkulatorischen Kosten und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen von Bestandsanlagen schon bei der Festlegung der Erlösobergrenze abgebildet. Die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV erfolgt gemäß den Formeln der Anlage 2a zu § 6 ARegV. Gemäß § 34 Abs. 5 ARegV ist § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nicht anzuwenden auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden. Dies gilt jedoch gemäß § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV nicht für Investitionen, für die in dem Zeitraum von 2007 bis 2016 Investitionsmaßnahmen genehmigt worden sind. 43

Der Kapitalkostenabgleich stellt eine Abkehr von dem bisherigen basisjahrorientierten Budgetansatz dar und bedeutet einen Systemwechsel durch die Beseitigung der bisherigen systemimmanenten negativen wie positiven Sockeleffekte. Kernelement der Anreizregulierung in den ersten beiden Regulierungsperioden war der Budgetansatz. Den Netzbetreibern wurde durch die Erlösobergrenze ein jährliches Budget zur Verfügung gestellt, aus dem alle wesentlichen Kosten – insbesondere auch Ersatzinvestitionen - zu decken waren. Die Erlösobergrenzen für eine fünfjährige Regulierungsperiode bestimmten sich nach den Kosten im Basisjahr, jeweils drei Jahre vor Beginn der nächsten Periode. Aufgrund der Fixierung auf das Basisjahr kam es bei der Erfassung von Investitionskosten in der Erlösobergrenze zu Zeitverzögerungen. Je nach Zeitpunkt der Investition trat zunächst ein tatsächlicher negativer Sockeleffekt auf, bis die zusätzlichen Kosten auf der Grundlage der Restbuchwerte im Basisjahr in die Erlösobergrenzen für die nächste Regulierungsperiode eingingen. Im ungünstigsten Fall der Aktivierung eines Wirtschaftsguts unmittelbar nach dem Basisjahr erfolgte unter dem bisherigen Regulierungsregime für eine Investition sieben Jahre lang keine Berücksichtigung der kalkulatorischen Abschreibung, der Kapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer in der Erlösobergrenze. 44

Sobald die Investitionskosten über die Erfassung im nächsten Basisjahr in die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperioden eingegangen waren, wirkte sich hingegen eine positiver Zeitverzug zu Gunsten der Netzbetreiber aus, da die mit den sinkenden Restbuchwerten einhergehenden sinkenden Kapitalkosten während einer Regulierungsperiode nicht in den Erlösobergrenzen nachvollzogen, sondern in Höhe des Basisjahres fixiert wurden. Zudem wurden für Anlagen, die das Ende ihrer Nutzungsdauer erreicht hatten, die Kapitalkosten in Höhe des Basisjahres sowie die letzte Abschreibung bis zum Ende der Regulierungsperiode fortgeschrieben. Hierin bestanden die so genannten positiven Sockeleffekte.	45
2. Eine Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für die in diesen Jahren getätigten Neuinvestitionen in den Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 ist nach dem Wortlaut des § 10a ARegV nicht geboten. Auch aus den Materialien zur ARegV-Novelle sowie bei einer an systematischen Gesichtspunkten und der Ratio des § 10a ARegV orientierten Auslegung lässt sich ein Anspruch auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags unter Einbeziehung der streitgegenständlichen Jahresscheiben nicht herleiten (so im Ergebnis auch OLG Naumburg, Beschluss vom 05.10.2018, 7 Kart 1/17 und OLG Schleswig, Beschluss vom 15.11.2018, 53 Kart 7/17, jeweils noch unveröffentlicht).	46
2.1. Ausweislich des Wortlauts des § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV kann ein Kapitalkostenaufschlag für „Kapitalkosten genehmigt werden, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter entstehen“.	47
Der Wortlaut gibt im Hinblick auf die Frage der Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für die nach dem Basisjahr getätigten Neuinvestitionen dieser Jahre nichts her. Weder schließt die Formulierung des Satzes 1 die Berücksichtigung von Kapitalkosten aus Investitionen in den Jahren 2016 und 2017 aus, denn diese sind nach dem Basisjahr vorgenommen worden, noch sieht er sie ausdrücklich vor. Auch aus dem Wortlaut der weiteren maßgeblichen Regelungen ergibt sich eine Verpflichtung zur vollständigen Berücksichtigung aller nach dem Basisjahr getätigten Investitionen nicht. § 10a Abs. 2 ARegV bestimmt, welche Anlagengüter bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags zugrunde zu legen sind. Danach sind Anlagengüter zu berücksichtigen, deren Aktivierung ab dem 01.01. des Jahres stattgefunden hat, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze folgt, oder bis zum 31.12. des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist – im Streitfall somit zwischen dem 01.01.2016 und dem 31.12.2018. Damit enthält auch der Normtext des § 10a Abs. 1 und Abs. 2 ARegV keine explizite Beschränkung dahingehend, dass der Kapitalkostenaufschlag für die Erlösobergrenze des Jahres 2018 nur die auch in diesem Jahr entstehenden Kapitalkosten einbeziehen darf. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 resultieren unstreitig aus nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in Anlagengüter, die in dem in § 10 Abs. 2 ARegV vorgegebenen Zeitraum aktiviert worden sind.	48
Der Wortlaut des § 34 Abs. 6 ARegV, wonach der Antrag im Gasbereich erstmals zum 30.06.2017 gestellt werden kann, lässt ebenfalls offen, ob mittels des Kapitalkostenaufschlags nur die ab 2018 anfallenden Kapitalkosten aus Investitionen nach dem Basisjahr oder auch die zwischen ihrer Aktivierung und dem Beginn der 3. Regulierungsperiode bereits angefallenen Kapitalkosten abgebildet werden.	49
Allerdings legen der in § 10a Abs. 1 S. 3 ARegV ausdrücklich vorgesehene Genehmigungszeitraum von jeweils einem Jahr und der sich in Verbindung mit der Vorgabe aus § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV ergebende jährliche Genehmigungsturnus nahe, dass jedenfalls	50

grundsätzlich der jährlich neu für ein Jahr zu beantragende Aufschlag auch nur die in der jeweiligen Genehmigungsperiode anfallenden Kapitalkosten beinhaltet und nur diese zu einem Aufschlag auf die Erlösobergrenze führen können.

Da die Einbeziehung von drei Jahresscheiben in den ersten Kapitalkostenaufschlag für die Erlösobergrenze des Jahres 2018 eine Ausnahme von diesem sich schon aus der Formulierung der §§ 10a Abs. 1 S. 3, 4 Abs. 4 S. 2 ARegV ableitbaren Prinzip bilden würde, wäre eine ausdrückliche Anordnung veranlasst gewesen. Allerdings findet eine Differenzierung zwischen der erstmaligen und der folgenden Handhabung des Kapitalkostenaufschlags nicht statt. Vielmehr regelt die Übergangsvorschrift den Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung ohne einen Hinweis darauf, dass insoweit – anders als für die Folgeanträge – zusätzliche Jahresscheiben berücksichtigungsfähig wären. Damit lässt sich dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften ein klarer Anwendungsbefehl dergestalt, dass bei der erstmaligen Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags die Kapitalkosten aus Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 einzubeziehen sind, nicht entnehmen. 51

2.2. Auch die vorliegenden Verordnungsmaterialien lassen nicht auf einen dahingehenden Willen des Verordnungsgebers schließen. 52

Die Einführung des Kapitalkostenabgleichs diene dem Ziel, unter Vermeidung von Über- und Unterdeckungen den „Zeitverzug zwischen einer Investition unter Berücksichtigung der aus ihr folgenden Kapitalkosten in den Netzentgelten zu beseitigen“ (BR-Drs. 296/16, S. 1). Der Begründung der Verordnungsnovelle sind zudem Hinweise zur zeitlichen Geltung des neu aufgenommenen Kapitalkostenaufschlags zu entnehmen. Dort heißt es (BR-Drs. 296/16, S. 20 f.): 53

„Zukünftig können Investitionen ohne Zeitverzug über die Netzentgelte refinanziert werden. Dadurch werden Über- und Unterdeckungen der Kapitalkosten von Verteilernetzbetreibern vermieden, die bislang aufgrund des pauschalen Budgetansatzes auftreten konnten. Dieser Systemwechsel verbessert die Investitionsbedingungen für Verteilernetzbetreiber erheblich.“ (Hervorhebungen durch den Senat) 54

Der Vergleich mit den durch den Budgetansatz geprägten ersten beiden Regulierungsperioden („bislang“) belegt, dass sich die Formulierung „zukünftig“ auf die 3. Regulierungsperiode bezieht. Dass der Kapitalkostenaufschlag sofort mit Inkrafttreten der Verordnungsänderung eintreten und Wirkung entfalten sollte, ergibt sich demgegenüber gerade nicht. Der Verordnungsgeber grenzt die zukünftige 3. Regulierungsperiode explizit von der Vergangenheit und Gegenwart, d.h. von der 1. und 2. Regulierungsperiode, ab: 55

„Bisher wurden diese Kapitalkosten für die Dauer einer Regulierungsperiode auf dem Niveau des Basisjahres festgeschrieben, obwohl die Kapitalkosten des Netzbetreibers aufgrund sinkender kalkulatorischer Restbuchwerte des Sachanlagevermögens ebenfalls sinken. Auf diese Weise wurde in der 1. und 2. Regulierungsperiode ein finanzieller Sockel für den Netzbetreiber generiert, der dem Ausgleich des Zeitverzugs bis zur Berücksichtigung der Kapitalkosten aus Neuinvestitionen diene. Diese Vorgehensweise wird aufgegeben. 56

Da die Netzbetreiber zukünftig ihre Investitionskosten und damit verbunden auch ihre übrigen Kapitalkosten ohne Zeitverzug über eine sofortige Anhebung ihrer Erlösobergrenze zurückverdienen können, ist der vorbeschriebene finanzielle Ausgleichsmechanismus nicht mehr notwendig. Ab der 3. Regulierungsperiode werden auch die sinkenden Kapitalkosten ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze abgebildet. Hierzu wird der Kapitalkostenabzug eingeführt.“ 57

(Hervorhebungen durch den Senat)	58
Diese Erläuterungen geben einen Ausblick auf die mit der 3. Regulierungsperiode einsetzenden Wirkungen der Novellierung und dokumentieren zugleich, dass der Verordnungsgeber als Stichtag für den Systemwechsel den Beginn der 3. Regulierungsperiode bestimmt hat. Hätte der Verordnungsgeber eine Erstreckung des Kapitalkostenaufschlags auf die zeitlich noch der 2. Regulierungsperiode zuzuordnenden Kapitalkosten der Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 beabsichtigt, wäre eine klarstellende Anordnung des Inhalts, dass der erstmalig zu gewährende Kapitalkostenaufschlag ex tunc auch bereits in der 2. Regulierungsperiode entstandene Kapitalkosten erfassen soll, in diesem Kontext veranlasst und zu erwarten gewesen.	59
2.3. Die systematische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die vor Beginn der 3. Regulierungsperiode angefallenen Kapitalkosten aus Investitionen der Jahre 2016 und 2017 im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags nicht berücksichtigungsfähig sind.	60
2.3.1. Zunächst sieht § 34 Abs. 6 ARegV im Unterschied zu § 34 Abs. 4 S. 2 ARegV gerade nicht vor, dass sich der Antrag auf Bewilligung eines Kapitalkostenaufschlags auf die noch „offenen Kalenderjahre“ erstreckt. Während die erste Auflösung des Regulierungskontos ausdrücklich alle noch offenen Jahre erfasst, erstreckt § 34 Abs. 6 ARegV den ersten möglichen Antrag gerade nicht auf die Kosten der zurückliegenden Jahre. Der Vergleich der Regelungen legt nahe, dass der Verordnungsgeber im Hinblick auf das Regulierungskonto durchaus das Bedürfnis für eine „rückwirkende“ Erfassung gesehen und dass er für den Antrag auf Kapitalkostenaufschlag von einer entsprechenden Anordnung bewusst abgesehen hat.	61
2.3.2. In der Gesamtschau verdeutlichen die Vorgaben der Übergangsregelungen zudem, dass eine Ablösung des bisherigen Finanzierungsinstrumentariums durch den Kapitalkostenaufschlag materiell erst mit der 3. Regulierungsperiode einsetzt und die in den ersten beiden Regulierungsperioden – und damit auch die zwischen dem Basisjahr 2015 und dem Beginn der 3. Regulierungsperiode entstandenen Kapitalkosten aus Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 - als von den bisherigen Instrumenten erfasst gelten. Der systematische Zusammenhang zwischen § 10a ARegV und den Übergangsregelungen in § 34 Abs. 6 und 7 ARegV belegt, dass die Zuordnung von Kapitalkosten zu den Finanzierungsinstrumenten und damit die Erfassung von Kapitalkosten durch den Kapitalkostenaufschlag davon abhängen soll, ob der Entstehungszeitpunkt in die ersten beiden oder in die 3. Regulierungsperiode fällt. Den maßgeblichen Stichtag für den Systemwechsel bildet der Beginn der 3. Regulierungsperiode, so dass durch die Übergangsregelungen nur die der 3. Regulierungsperiode zeitlich zuzuordnenden Kapitalkosten in das neue Refinanzierungssystem überführt werden.	62
Die periodenbezogene Zuordnung und Abgrenzung betrifft nach den eindeutigen Vorgaben des § 34 Abs. 7 ARegV sowohl die Ablösung der Investitionsmaßnahme und des Erweiterungsfaktors und damit Kapitalkosten aus Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen als auch die Kapitalkosten aus Ersatzinvestitionen. Systematisch wurde in den ersten beiden Regulierungsperioden zwischen Ersatz- und Erweiterungs- bzw. Umstrukturierungsinvestitionen unterschieden. Während Ersatzinvestitionen grundsätzlich aus dem Budget der Erlösobergrenzen zu finanzieren waren, konnten die Netzbetreiber für Erweiterungs- bzw. Umstrukturierungsinvestitionen je nach Art der Investition entweder einen Erweiterungsfaktor oder eine Investitionsmaßnahme beantragen. Durch beide Instrumente erfolgte bei Genehmigung eine Anpassung der Erlösobergrenzen auch während der Regulierungsperiode (vgl. Sondergutachten der	63

2.3.2.1. Gemäß § 34 Abs. 7 ARegV sind ab der 3. Regulierungsperiode weder das Instrument des Erweiterungsfaktors noch das der Investitionsmaßnahme anwendbar. 64

Für die Erlösobergrenze des Jahres 2017 konnte ein Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV noch berücksichtigt werden, wenn der Antrag auf Anpassung bis zum 30.06.2016 gestellt worden und die Änderung der Versorgungsaufgabe zu diesem Zeitpunkt eingetreten war (§§ 10 Abs. 2 S. 4, 4 Abs. 4 S. 2 ARegV). Für eine weitere Übergangsregelung bestand kein Anlass, denn schon durch das Zusammenspiel der genannten Regelungen wird sichergestellt, dass eine Ablösung des Erweiterungsfaktors mit dem Beginn der 3. Regulierungsperiode erfolgt. Der Annahme, dass der Verordnungsgeber im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Erweiterungsfaktors bewusst eine periodenbezogene Abgrenzung vorgenommen hat, steht nicht entgegen, dass nur Investitionen bis zum 30.06.2016 zu einer Erhöhung der Erlösobergrenze des Jahres 2017 führen konnten, während spätere Investitionen mittels eines Erweiterungsfaktors nicht mehr abgebildet werden konnten. Die davon zu unterscheidende Frage, ob insoweit eine Regelungslücke entstanden ist, die nur durch eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung des § 10a ARegV geschlossen werden kann, wird unter Ziff. 3 erörtert. 65

Die Investitionsmaßnahme wird durch den Kapitalkostenaufschlag dergestalt abgelöst, dass die Instrumentarien mit Beginn der 3. Regulierungsperiode nur nacheinander und nicht nebeneinander greifen. Genehmigte Investitionsmaßnahmen enden mit Ablauf der 3. Regulierungsperiode, wobei für die auf die entsprechenden Anlagengüter entfallenden Kapitalkosten für die Dauer der Genehmigung kein weiterer Kapitalkostenaufschlag gewährt werden kann. Abweichend davon steht es dem Netzbetreiber frei, einen Antrag auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags zu stellen, wobei dann die genehmigte Investitionsmaßnahme mit Ablauf der 2. Regulierungsperiode endet. 66

2.3.2.2. Der für die Finanzierung von Ersatzinvestitionen geltende Budgetansatz wird gleichfalls mit Wirkung zur 3. Regulierungsperiode nahtlos durch den Kapitalkostenaufschlag ersetzt. Eine Finanzierungslücke für Kapitalkosten aus Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017, die nur durch eine Ausdehnung des Kapitalkostenaufschlags auf diese Jahresscheiben geschlossen werden könnte, entsteht bei Zugrundelegung einer netzbezogenen Betrachtung nicht. 67

In den ersten beiden Regulierungsperioden wurden die Kapitalkosten auf der Grundlage der Kosten des Basisjahres für die gesamte Regulierungsperiode fixiert. Den Netzbetreibern flossen aus Abschreibungen für Anlagen, die in der Regulierungsperiode das Ende ihrer wirtschaftlichen Lebensdauer erreichten, weiterhin Erlöse zu und sie erhielten für Bestandsanlagen durchgehend eine Eigenkapitalverzinsung, Fremdkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer auf der im Basisjahr fixierten Grundlage, ohne dass das Absinken der Restwerte berücksichtigt wurde (positiver Sockeleffekt). Darüber hinaus kam es in der 1. und 2. Regulierungsperiode zu weiteren positiven Sockeleffekten im Hinblick auf Altanlagen, die vor Einführung der Anreizregulierung aktiviert worden waren und für die keine negativen Sockeleffekte eingetreten waren. Entgegen dem der Argumentation der Beschwerdeführerin zugrunde liegenden Verständnis war unter der Anreizregulierung eine investitions- oder anlagenscharfe Wirkung dieser positiven Sockeleffekte systematisch nicht systematisch. Da die Anreizregulierung nicht die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Investition, sondern die des Gesamtnetzes gewährleisten sollte, dienten die positiven Sockel nicht spiegelbildlich der Kompensation negativer Sockeleffekte einzelner Ersatzinvestitionen, 68

sondern flossen in ein pauschales Gesamtbudget, aus dem auch Ersatzinvestitionen bestritten werden sollten (vgl. dazu das Sondergutachten der Monopolkommission Nr. 77 „Energie 2017: Gezielt vorgehen, Stückwerk vermeiden“, Rn. 366 ff., 394).

Dieses aus den Erlösobergrenzen für die 2. Regulierungsbehörde bestehende und positive Sockeleffekte beinhaltende Gesamtbudget stand – worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist – auch für die Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 zur Verfügung. Der Einwand, dass bei Neuinvestitionen in den Jahren 2016 und 2017 für die Jahresscheiben 2016 und 2017 keine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung gewährt werde, beruht demnach auf einem die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Investition in den Blick nehmenden investitionsscharfen Ansatz, der der Funktion und Wirkungsweise des Budgetprinzips widerspricht. 69

Da ausweislich der Übergangsregelungen eine Ablösung des Budgetansatzes erst zur 3. Regulierungsperiode erfolgt, sind die diesem Ansatz zuzuordnenden Kosten der 2. Regulierungsperiode nicht zusätzlich im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags zu berücksichtigen. 70

Eine Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag steht überdies nicht in Einklang mit der Systematik von § 34 Abs. 5 ARegV. Danach ist ein Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nicht vorzunehmen, soweit es sich um Investitionen mit erstmaliger Aktivierung in dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 handelt. Der bei der Festlegung der Erlösobergrenzen zu berücksichtigende Kapitalkostenabzug für die 3. Regulierungsperiode würde grundsätzlich alle Anlagen erfassen, die bis zum Basisjahr 2015 aktiviert worden sind. Aufgrund der Übergangsvorschrift werden jedoch Investitionen in Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich im Basisjahr aktiviert worden sind, vom Kapitalkostenabzug ausgenommen. Investitionen nach dem Basisjahr 2015 können von vornherein nicht im Kapitalkostenabzug der 3. Regulierungsperiode erfasst werden. Dies wird durch § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV bestätigt. Dass § 34 Abs. 5 ARegV auf den 31.12.2016 abstellt, erklärt sich durch die Dauer der 3. Regulierungsperiode Strom, für die 2016 das Basisjahr bildet. Durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs wird der mit der Fixierung auf die Kosten des Basisjahrs verbundene Effekt der Bildung eines positiven Sockels prolongiert. Mit dieser Regelung hat der Ordnungsgeber ausweislich der Ausführungen in der Verordnungsbegründung die Vorstellung verbunden, dass damit ein ausreichender Kompensationseffekt für die ggfs. mit der Systemumstellung einhergehenden Renditeeinbußen gewährt wird. In der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 296/16, S. 49) heißt es dazu: 71

„Abs. 5 enthält eine Übergangsregelung für die vorübergehende Beibehaltung des bisherigen positiven Sockeleffekts für Investitionen in die Strom- bzw. Gasverteilernetze. Die Regelung soll den Systemübergang für Investitionen aus den ersten beiden Regulierungsperioden erleichtern. Grundsätzlich ist die Refinanzierung dieser Investitionen über die Erlösobergrenzenbudgets und deren Anpassungen der ersten beiden Regulierungsperioden sowie die künftige Anerkennung der Kapitalkosten gesichert, so dass aus dem Systemwechsel grundsätzlich kein weiterer Anspruch auf einen Fortbestand eines positiven Sockels folgt. Um dennoch individuelle Härtefälle zu vermeiden, wird der Sockeleffekt für eine Regulierungsperiode beibehalten. Die auf die genannten Anlagegüter und den genannten Zeitraum begrenzte Gewährung eines Übergangssockels stellt einen Ausgleich zwischen den möglichen Renditeeinbußen einzelner Netzbetreiber durch den Systemwechsel und den 72

Interessen der Netzkunden dar. Eine Ausweitung der Übergangslösung über diesen Zeitraum oder diese Anlagen hinaus, würde zu einer ungerechtfertigten Mehrbelastung der Netzkunden führen.“

Die Begründung belegt zum einen, dass der Verordnungsgeber sich mit den finanziellen Auswirkungen des Systemwechsels ausdrücklich befasst und erkannt hat, dass dieser im Einzelfall zu Einbußen führen kann. Zum anderen gibt sie darüber Aufschluss, dass nach der Vorstellung des Verordnungsgebers die Refinanzierung für Investitionen der ersten beiden Regulierungsperioden grundsätzlich durch das währenddessen vorhandene Instrumentarium gesichert ist. Der Hinweis, dass die Refinanzierung der Investitionen aus den ersten beiden Regulierungsperioden über die Erlösobergrenzenbudgets erfolge, verdeutlicht, dass nach der verordnungs-rechtlichen Konzeption gerade kein investitionsscharfer Ansatz in Form einer individuellen Kompensation oder Refinanzierung des negativen Zeitverzugs durch die positiven Sockeleffekte verfolgt wurde. Eine durch den mit dem Systemwechsel verbundenen Wegfall des positiven Sockeleffekts ausgelöste Unterfinanzierung für bestimmte Investitionen und ein entsprechendes strukturelles Kompensations-bedürfnis hat der Verordnungsgeber verneint. Nur zur Vermeidung von Härten im Einzelfall hat er den in der Systematik der ersten beiden Regulierungsperioden angelegten Sockeleffekt über den Systemwechsel hinaus prolongiert und damit zugleich ein Nebeneinander der bisherigen Instrumentarien und des neu eingeführten Kapitalkostenabgleichs auf die Fortschreibung des positiven Sockeleffekts für bestimmte Anlagengüter in der 3. Regulierungsperiode beschränkt. 73

Während eine periodenübergreifende Fortschreibung des Sockeleffekts mittels Aussetzung des Kapitalkostenabzugs erfolgt ist, ist eine entsprechende periodenübergreifende Anordnung für den Kapitalkostenaufschlag unterblieben. Die Systematik einer bewusst nacheinander einsetzenden Wirkung der bisherigen Instrumentarien und des Kapitalkostenabgleichs, die nur im Hinblick auf die Prolongation des positiven Sockeleffekts eine Ausnahme vorsieht, würde durch die mit der Beschwerde begehrte Erfassung von Kapitalkosten der 2. Regulierungsperiode im Kapitalkostenaufschlag durchbrochen. Eine solche Vorgehensweise würde zu einer weiteren Überschneidung der beiden Systeme führen und der klaren periodenbezogenen Abgrenzung entgegenstehen. 74

2.4. Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen und in der Literatur zum Teil geteilten Auffassung (vgl. ausführlich Hussong/Jacob, Versorgungswirtschaft 2017, Die neue Anreizregulierungsverordnung - Übergangsprobleme bei Investitionen nach dem Basisjahr, Versorgungswirtschaft 2017, S. 10 ff.) ergibt sich auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags kein Anspruch auf eine Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in dem Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018. 75

2.4.1. Im Vergleich zu dem bisher geltenden System soll durch die unmittelbare und umfassende Berücksichtigung von Kapitalkosten aus Investitionen, die nach dem Basisjahr getätigt worden und nicht in die Festlegung der Erlösobergrenzen eingeflossen sind, zu Gunsten der Netzbetreiber ein zeitnaher Kapitalrückfluss und eine investitionsschärfere Berücksichtigung von Kapitalkosten erfolgen. In der Verordnungsbegründung heißt es (BR-Drs. 296/16, S. 22): 76

„... Dazu wird mit dem Kapitalkostenaufschlag ein neues wesentliches Instrument der Anreizregulierung eingeführt. Er dient dazu, Kapitalkosten aus Investitionen, die im Laufe einer Regulierungsperiode getätigt werden und daher nicht in die Festlegung der Erlösobergrenzen vor Beginn der Regulierungsperiode eingeflossen sind, ohne Zeitverzug und ohne Unterscheidung zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen in der Erlösobergrenze zu berücksichtigen.“ 77

Aus dieser allgemeinen Beschreibung des mit dem Systemwechsel verfolgten Zwecks und seiner Funktionsweise im eingeschwungenen System folgt indes kein Anwendungsbefehl des Inhalts, auch Kapitalkosten der 2. Regulierungsperiode im Kapitalkostenaufschlag zu berücksichtigen. Wie im Voranstehenden ausgeführt legt die Gesamtschau insbesondere der Übergangsregelungen nahe, dass der Verordnungsgeber bewusst eine periodenbezogene Abgrenzung vorgenommen und damit den Kapitalkostenaufschlag nicht auf die der 2. Regulierungsperiode zuzuordnenden Kapitalkosten erstreckt hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des in der Verordnungsbegründung ausdrücklich hervorgehobenen Ziels (BR-Drs. 296/16, S. 20), mittels des Kapitalabgleichs die Über- und Unterdeckungen, wie sie sich als Folge des pauschalen Budgetansatzes ergaben, zu vermeiden. Die Abkehr von dem pauschalen Ansatz und Etablierung eines kostenorientierten Regulierungsansatzes werden erst durch den Systemwechsel mit Wirkung zur 3. Regulierungsperiode vollzogen.

78

2.4.2. Die Jahresscheiben 2016 und 2017 müssen im Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 auch nicht deswegen berücksichtigt werden, weil sonst eine Schlechterstellung im Vergleich zum status quo ante drohen und so das Ziel der Neuregelung, eine zeitnahe Refinanzierung zu erreichen, verfehlt würde. Auch ohne eine Erstreckung des Kapitalkostenaufschlags auf die Kapitalkosten aus Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 ergibt sich keine durch den Systemwechsel bedingte Refinanzierungs- bzw. Renditelücke. Der Systemwechsel führt für die in diesen beiden Jahren getätigten Investitionen nicht zu einer strukturellen Verschlechterung der regulatorischen Rahmen- und Investitionsbedingungen gegenüber dem bisherigen System vor der ARegV-Novelle, die nur durch eine Einbeziehung in den Kapitalkostenaufschlag kompensiert werden könnte. Dies gilt für die Ersatzinvestitionen ebenso wie für die davon konzeptionell zu unterscheidenden Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen.

79

Eine Schlechterstellung der Netzbetreiber im Hinblick auf Ersatzinvestitionen ergibt sich nicht dadurch, dass bei Fortgeltung des bisherigen Systems der negative Sockel für die Jahresscheiben 2016 und 2017 durch den positiven Sockeleffekt vollständig ausgeglichen worden wäre, während die Nichtberücksichtigung der Jahresscheiben unter der Geltung des Kapitalkostenabgleichs dazu führt, dass sowohl bei der Renditeerwartung als auch bei der Erlösbetrachtung zwei Jahresscheiben „fehlen“ und damit im Hinblick auf die Rendite wie auch bei den Erlösen eine „Lücke“ entstehen würde. Diese Schlussfolgerung beruht auf dem unzutreffenden Verständnis, dass unter der bisherigen Anreizregulierung eine Kompensation der durch den anfänglichen Zeitverzug bei der Berücksichtigung von Investitionen nach dem Basisjahr „verlorenen Jahresscheiben“ durch den sich im Laufe und am Ende der Abschreibungsperiode bildenden positiven Sockeleffekt **investitionsbezogen** gewährleistet war. Dieser Ansatz, der auch den von der Beschwerdeführerin in Parallelverfahren im Termin zur mündlichen Verhandlung überreichten Berechnungen zugrunde liegt, verkennet, dass in der bisherigen Anreizregulierung eine investitionsscharfe Wirkung nicht systematisch angelegt war, sondern das Budget – abgesehen von der Genehmigung einer Investitionsmaßnahme – Investitionen nur pauschal und gerade nicht einzelfallbezogen bzw. investitionsscharf erfasste. Ein anlagenscharfer Ausgleich durch den positiven Sockeleffekt scheidet schon deswegen aus, weil in den während der ersten beiden Regulierungsperioden erwirtschafteten positiven Sockeln auch Kapitalkosten für Anlagen erfasst waren, die vor Beginn der Anreizregulierung aktiviert worden waren und für die sich zu keinem Zeitpunkt ein negativer Sockel gebildet hatte. Zudem hing auch unter der Geltung der bisherigen Anreizregulierung die Eigenkapitalverzinsung vom Investitionszeitpunkt ab, so dass bezogen auf die einzelne Investition nicht in jedem Fall gewährleistet war, dass die gesamten effizienten Kosten irgendwann erlöst werden konnten. Dies zeigt sich insbesondere bei

80

Investitionen in Wirtschaftsgüter mit kurzer Abschreibungsdauer. Wurde unmittelbar nach dem Basisjahr in ein kurzfristiges Gut mit einer Abschreibungsdauer von fünf Jahren investiert, so gingen in die nächste Erlösobergrenze nur noch die wegen der kurzen Abschreibungsdauer schon erheblich verminderten Kapitalkosten des Basisjahres ein. Zwar blieb der weitere Werteverzehr während der nächsten Regulierungsperiode unberücksichtigt, doch erfolgte durch die positiven Sockeleffekte – wiederum bezogen auf die einzelne Investition – weder in tatsächlicher Hinsicht zwingend in jedem Einzelfall eine vollständige Kompensation der negativen Sockeleffekte noch war eine solche verordnungsrechtlich verankert.

Kernelement des bisherigen Budgetprinzips war vielmehr eine Entkoppelung von Kosten und Erlösen. Auch über den Erweiterungsfaktor erfolgte keine anlagenscharfe Refinanzierung, denn die Anpassung der Erlösobergrenze löste sich gleichfalls von den mit der Veränderung der Versorgungsaufgabe konkret verbundenen Kosten und knüpfte stattdessen an die Veränderung von Strukturdaten an. Nur das Instrument der Investitionsmaßnahme erkennt die mit der konkreten Investition verbundenen Kosten schon in der Planungsphase als dauerhaft nicht beeinflussbar an. Eine darüber hinausgehende projekt- bzw. investitionsbezogene Betrachtung fand hingegen in den ersten beiden Regulierungsperioden nicht statt. Die nach der bisherigen Anreizregulierung vorgesehenen Budgets wirkten vielmehr periodenbezogen. Die bisherige Systematik sorgte somit nicht für einen individuell errechneten, investitionsspezifischen Ausgleich, sondern Ziel war ein pauschaler Ausgleich über das gesamte Netz und über alle Netzbetreiber hinweg. Unschärfen in Form von Unter- wie Überdeckungen waren demnach systemimmanent. 81

Erst durch den Systemwechsel wird eine Abkehr von den mit der Fixierung auf das Basisjahr einhergehenden belastenden und kompensierenden Sockeleffekten vollzogen. Mit der Einführung des Kapitalkostenaufschlags zur 3. Regulierungsperiode entsteht mangels Zeitverzugs für die Berücksichtigung von Investitionen nach dem Basisjahr kein negativer Sockeleffekt für Kapitalkosten der 3. Regulierungsperiode mehr, so dass es des Ausgleichs durch positive Sockelbeträge nicht mehr bedarf. 82

Die Annahme, im Hinblick auf die Kapitalkosten aus in den Jahren 2016 und 2017 aktivierten Neuinvestitionen verbleibe ein negativer Sockeleffekt in Gestalt „fehlender“ Jahresscheiben und es komme mangels Ausgleichs durch einen positiven Sockeleffekt zu einer Schlechterstellung, beruht demnach auf der unrichtigen Prämisse, dass die bisherige Anreizregulierung eine anlagenscharfe Refinanzierung gewährleisten sollte. Schon deswegen geht die darauf gestützte Schlussfolgerung fehl, die ratio der Neuregelung erfordere es, diese Schlechterstellung mittels Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 im Kapitalkostenaufschlag auszugleichen. Vielmehr gelangt eine Bewertung auf der Grundlage der dem pauschalen Budgetansatz innewohnenden netzbezogenen Perspektive zu dem Ergebnis, dass den Netzbetreibern bezüglich der Jahresscheiben 2016 und 2017 durchaus der durch das Festschreiben der Kapitalkosten auf die vorangegangenen Basisjahre 2010 und 2015 (Gas) gebildete positive Sockel zugutekam, denn diese Sockelbeträge hatten Eingang in das Erlösobergrenzenbudget der 2. Regulierungsperiode gefunden und standen für Ersatzinvestitionen zur Verfügung. Dass sich im Vergleich zu Ersatzinvestitionen, die ab 2018 aktiviert worden sind und deren Kapitalkosten vollumfänglich in den Kapitalkostenaufschlag eingehen, ggfs. eine geringere Eigenkapitalverzinsung über die gesamte Lebensdauer ergibt, folgt aus dem Umstand, dass Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 den beiden Systemen jeweils zum Teil unterfallen und die Jahresscheiben 2016 und 2017 von dem bisherigen Budgetansatz pauschal abgebildet wurden. Eine Einbeziehung dieser Jahresscheiben in den Kapitalkostenaufschlag würde hingegen einen strukturellen 83

Vorteil generieren, indem zusätzlich zu dem Budget, das zur Deckung von Kosten für Ersatzinvestitionen dieser Jahre zur Verfügung stand, ein Kapitalkostenaufschlag gewährt würde.

2.4.3. Eine strukturelle Schlechterstellung bewirkt der Systemwechsel auch nicht im Hinblick auf erweiterungsfaktorfähige Investitionen und Investitionsmaßnahmen der Jahre 2016 und 2017. 84

2.4.3.1. Für Investitionen, die bis dato zu einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe im Sinne des § 10 Abs. 1 S. 1 ARegV geführt hatten, konnte gemäß § 4 Abs. 4 S. 4 ARegV bis zum 30.06.2016 ein Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze gestellt werden. Die Anpassung erfolgte zum 01.01.2017. Da § 34 Abs. 7 ARegV bestimmt, dass ab dem 01.01.2018 eine Anpassung der Erlösobergrenzen über das Instrument des Erweiterungsfaktors nicht mehr vorgenommen werden kann, konnten Investitionen, die in dem Zeitraum ab dem 30.06.2016 bis zum 31.12.2017 zu einer Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben, keine Anpassung der Erlösobergrenze über einen Erweiterungsfaktor auslösen. Der Systemwechsel führt dennoch im Hinblick auf diese Investitionen nicht zu einer strukturellen Verschlechterung der regulatorischen Bedingungen. Eine solche hat die Beschwerdeführerin auch durch die nunmehr in Parallelverfahren überreichten Darlegungen zu den finanziellen Auswirkungen des Systemwechsels nicht nachweisen können. Zwar wäre es bei Fortgeltung der bisherigen Regelungssystematik zu einer Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 für entsprechende Investitionen zwischen dem 30.06.2016 und dem 30.06.2017 gekommen, doch erfolgt nunmehr eine Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 um die Kapitalkosten. Im Gegensatz zu der Wirkungsweise des Erweiterungsfaktors führt der Kapitalkostenaufschlag zu einer unmittelbaren Abbildung der Kapitalkosten in der Erlösobergrenze. Angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltungen und Wirkungen der beiden Instrumente ist nicht feststellbar, dass Investitionen nach dem 30.06.2016, die unter der Fortgeltung des bisherigen Regimes erweiterungsfaktorfähig gewesen wären, durch den Systemwechsel schlechter gestellt werden und ein Ausgleich mittels Ausdehnung des Kapitalkostenaufschlags auf die Kosten der Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 vorgenommen werden muss. 85

Auch ein Vergleich der Bedingungen für Investitionen, die vor und nach dem 30.06.2016 als dem maßgeblichen Stichtag für die Möglichkeit der Gewährung eines Erweiterungsfaktors aktiviert worden sind, führt nicht zu dem Ergebnis, dass durch den Systemwechsel eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, die nur mittels einer Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag zu beheben ist. Zwar führten Investitionen, die bis zum 30.06.2016 eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe ausgelöst hatten, zu einer Erhöhung der Erlösobergrenzen des Jahres 2017. Zudem können die Kapitalkosten aus diesen Investitionen nunmehr im Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 berücksichtigt werden, während für Investitionen, die nach dem 30.06.2016 vorgenommen worden sind, kein Erweiterungsfaktor mehr gewährt werden kann. Dies ist indes nicht eine Folge des Systemwechsels. Auch bei Fortbestand der bisherigen Regelung wäre für Neuinvestitionen nach dem 30.06.2016 erst 2018 eine Anpassung der Erlösobergrenze auf der Grundlage eines Erweiterungsfaktors möglich gewesen. 86

2.4.3.2. Die Übergangsbestimmung des § 34 Abs. 7 ARegV sieht vor, dass bereits genehmigte Investitionsmaßnahmen mit Ablauf der 3. Regulierungsperiode enden, es sei denn, der Verteilernetzbetreiber entscheidet sich für einen früheren Wechsel in den Kapitalkostenaufschlag. Dann enden die genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Ablauf der 87

2. Regulierungsperiode. Somit wird durch die Vorgabe in § 34 Abs. 7 ARegV ein nahtloser Übergang zwischen den Instrumentarien gewährleistet und zugleich verhindert, dass es zu einer Doppelerfassung von Kapitalkosten einerseits durch das Instrument der Investitionsmaßnahme und andererseits durch den Kapitalkostenaufschlag kommen kann. Für Investitionen in den streitgegenständlichen Jahren 2016 und 2017 konnten bis zum 31.03.2015 bzw. 31.03.2016 beantragte Investitionsmaßnahmen mit Wirkung zum 01.01.2016 bzw. 01.01.2017 bewilligt werden. Kapitalkosten dieser Jahre wurden demnach bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen vollständig von dem Instrument der Investitionsmaßnahme erfasst. Eine Einbeziehung solcher Kosten in den Kapitalkostenaufschlag ist demnach ersichtlich nicht veranlasst.

2.4.4. Schließlich erfordert auch eine EnWG-konforme Auslegung unter Berücksichtigung des dort verankerten Gebots einer angemessenen Verzinsung nicht, die Kapitalkosten aus Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 einzubeziehen (a. A. Hussong/Jakob, a.a.O., S. 10,13). 88

Zwar sind bei der Auslegung von Vorschriften der ARegV die Vorgaben des EnWG zu beachten. Gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG gilt der Grundsatz, dass Netznutzungsentgelte auf der Grundlage der Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers zu bilden sind. Die Regelung normiert einen wettbewerbsanalogen und effizienzorientierten Kosten- und Entgeltbildungsmaßstab (vgl. Säcker/Meinzenbach, in: Berliner Kommentar zum Energierecht (BerlK-EnR), Band 1/1, 4. Aufl., § 21 Rn. 60). Danach sind die effizienten Kosten des Netzbetriebs aus den Netzentgelten zu decken. Jedoch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Nichtberücksichtigung der streitgegenständlichen Kapitalkosten im Kapitalkostenaufschlag eine Überschreitung des dem Verordnungsgeber zustehenden Ermessens darstelle (so aber Hussong/Jakob, a.a.O., S. 14). Diese Interpretation des Kostendeckungsprinzips beruht ebenso wie die Annahme, dass es im Hinblick auf die Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht zu einem Mittelrückfluss komme, auf einer der bisherigen Regelungssystematik nicht entsprechenden anlagen- bzw. investitionsscharfen Betrachtung der negativen und positiven Sockeleffekte. 89

Die Argumentation, die angegriffene Vorgehensweise führe dazu, dass ein Teil der Kosten, bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern sogar ein Großteil, unberücksichtigt bliebe, verkennt, dass das durch die Erlösobergrenzen der 2. Regulierungsperiode gebildete Budget zur Deckung der Kosten für Ersatzinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 zur Verfügung stand. Da unter der bisher geltenden Anreizregulierung eine Trennung von Kosten und Erlösen erfolgte und der Budgetansatz systemimmanente Unschärfen aufwies, war eine 100%-ige Refinanzierung der einzelnen Investition gerade nicht gewährleistet. Im Hinblick auf kurzlebige Wirtschaftsgüter, z.B. eine über drei Jahre abgeschriebenen EDV-Software (vgl. das Beispiel bei Hussong/Jakob, a.a.O., S.14), ist auch unter der bisherigen Regelungssystematik ein Großteil der Kosten nicht über die Erlösobergrenzen abgebildet worden. Bei einer in 2011 erfolgenden Investition in ein Anlagengut mit einer dreijährigen Abschreibungsdauer sind in das folgende Basisjahr 2015 keine berücksichtigungsfähigen Kapitalkosten eingegangen. Somit hätte sich der Netzbetreiber bei einer Fortgeltung des bisherigen Regelungssystems keineswegs besser gestanden. Diese Regulierungssystematik verstieß weder gegen die Vorgaben des § 21 EnWG noch kann aus dem dort verankerten Kostendeckungsprinzip gefolgert werden, dass die streitgegenständlichen Kapitalkosten der 2. Regulierungsperiode in den Kapitalkostenaufschlag einzubeziehen sind, um eine 100%-ige Refinanzierung über die Erlösobergrenzen der 3. Regulierungsperiode zu ermöglichen. 90

Aus dem in § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG enthaltenen Gebot einer wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Eigenkapitalverzinsung lässt sich ein Bedürfnis für eine Berücksichtigung der streitgegenständlichen Jahresscheiben 2016 und 2017 im Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 gleichfalls nicht ableiten. Maßgeblich ist auch insoweit, dass der Befund einer „geringeren“ Eigenkapitalverzinsung im Vergleich zu der bisherigen Regelungssystematik auf einer anlagen- bzw. investitionsscharfen Betrachtung beruht. Die Abkehr von dem pauschalen Budgetansatz soll erst mit dem Systemwechsel zur 3. Regulierungsperiode vollzogen werden. Die Kapitalkosten aus Investitionen in den Jahren 2016 und 2017 unterfallen dem Instrumentarium des bisherigen Anreizregulierungsregimes. Für sie steht das periodenbezogene Budget, in das ebenfalls periodenbezogene Sockeleffekte eingegangen sind, zur Verfügung.

3. Ein Anspruch auf Berücksichtigung der Kapitalkosten der Investitionen der Jahre 2016 und 2017 in dem Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 folgt auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 10a ARegV. 92

3.1. Sowohl für Ersatzinvestitionen als auch für erweiterungsfaktorfähige Investitionen und Investitionsmaßnahmen fehlt es bereits an einer Regelungslücke. Eine entsprechende Anwendung des § 10a ARegV auf die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 käme nur dann in Betracht, wenn aufgrund des Systemwechsels eine Lücke bei der Anerkennung von Kosten aufträte, indem das eine Instrument nicht mehr und das andere noch nicht angewandt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2018, EnVR 31/17, Rn. 20, zitiert nach juris). Diese vom Bundesgerichtshof formulierten Voraussetzungen für eine Regelungslücke liegen indes für keinen Investitionstypus vor. 93

3.1.1. Anders als durch den Kapitalkostenaufschlag, mit dem die Differenzierung zwischen Erweiterungsinvestitionen und Ersatzinvestitionen aufgegeben wird, erfolgte für Ersatzinvestitionen nach der bisherigen Regelungssystematik keine Anpassung der Erlösobergrenzen. Der positive Sockeleffekt, von dem Investitionen nach dem Basisjahr bislang profitierten, entfällt als Folge des Systemwechsels. Stattdessen erfolgt jedoch eine Berücksichtigung der Kapitalkosten ab dem Jahr 2018 in der Erlösobergrenze. Damit ist – wie voranstehend aufgezeigt - keine strukturelle Verschlechterung der Investitionsbedingungen verbunden. Zwar können etwaige Einbußen im Vergleich zu der Erlössituation, wie sie sich bei einer Fortgeltung der bisherigen Regelungssystematik ergeben hätten, nicht ausgeschlossen werden. Diese beruhen indes nicht darauf, dass die streitgegenständlichen Jahresscheiben aus dem Anwendungsbereich sowohl des bisherigen als auch des neuen Instrumentariums herausfielen, sondern vielmehr darauf, dass die Kapitalkosten der Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 teilweise noch von dem pauschalen Budgetansatz der 2. Regulierungsperiode und teilweise von dem Kapitalkostenaufschlag erfasst werden. Eine Lücke für die Anerkennung von Kosten aus Ersatzmaßnahmen besteht demnach nicht. Im Gegenteil hätte eine Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenabgleich zur Folge, dass Ersatzinvestitionen doppelt berücksichtigt würden. Es käme zu einer Anpassung der Erlösobergrenzen der 3. Regulierungsperiode, obgleich dafür das pauschale Budget der Erlösobergrenzen der 2. Regulierungsperiode zur Verfügung stand. 94

3.1.2. Soweit eine Anpassung der Erlösobergrenzen unter der Geltung der bisherigen Anreizregulierung über die Instrumente des Erweiterungsfaktors und der Investitionsmaßnahme erfolgte, kommt es durch den Systemwechsel ebenfalls nicht zu einer Anwendungslücke im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung. 95

Zwar kann im Hinblick auf Erweiterungsinvestitionen, die nach dem 30.06.2016 vorgenommen worden sind bzw. zu einer Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben, weder ein Erweiterungsfaktor bewilligt werden noch eine Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 über einen Kapitalkostenaufschlag erfolgen. Eine Regelungslücke scheidet dennoch aus, weil für Investitionen bzw. Änderungen der Versorgungsaufgabe nach dem 30.06.2016 auch bei Fortgeltung des bisherigen Regimes ein Antrag auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors erst zum 30.07.2017 hätte gestellt und eine Anpassung der Erlösobergrenzen erst mit Wirkung für das Jahr 2018 hätte erfolgen können. Aufgrund des Systemwechsels zum Kapitalkostenaufschlag wird die Erlösobergrenze des Jahres 2018 nicht mehr aufgrund eines Erweiterungsfaktors angepasst, sondern es werden die tatsächlich anfallenden Kapitalkosten des Jahres 2018 berücksichtigt. Damit verursacht der Systemwechsel keine Lücke bei der Anerkennung von Kosten, sondern infolge des Systemwechsels findet eine materiell abweichende Berücksichtigung statt. Während mittels des Kapitalkostenaufschlags konkrete Kapitalkosten in der Erlösobergrenze abgebildet werden, wurden über den Erweiterungsfaktor Zusatzkosten infolge von Investitionen pauschal auf der Grundlage von Versorgungsparametern abgeschätzt. Im Ergebnis werden Ersatz- wie Erweiterungsinvestitionen entweder von dem Instrumentarium des bisherigen Regulierungssystems erfasst oder im Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt.

Daraus folgt zugleich, dass ein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 10a ARegV auf die Jahresscheiben 2016 und 2017 auch nicht darauf gestützt werden kann, dass Verteilernetzbetreiber, die ihr Verteilernetz erst in der zweiten Jahreshälfte 2016 erweitert haben, gegenüber Verteilernetzbetreibern benachteiligt würden, die ihre Investitionen zufällig bis zum 30.06.2016 durchgeführt haben. Bei einer Fortgeltung des bisherigen Regulierungsregimes wäre bei Investitionen in der zweiten Jahreshälfte 2016 ebenfalls erst eine Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 erfolgt. Stattdessen wird – wie ausgeführt – die Erlösobergrenze nunmehr aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags angepasst. Eine Schlechterstellung ist damit nicht verbunden. Vielmehr würde die von der Beschwerdeführerin begehrte Berücksichtigung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 bei erweiterungsfaktorfähigen Investitionen im Vergleich zum bisherigen Status zu Vorteilen führen, denn nach der bisherigen Rechtslage wäre es über die Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 mittels eines Erweiterungsfaktors nicht zu einer Erfassung und Berücksichtigung der konkreten Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017, sondern lediglich zu einer pauschalen Anpassung auf der Grundlage der geänderten Versorgungsparameter gekommen.

Investitionsmaßnahmen für Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 können gemäß § 34 Abs. 7 S. 2 ARegV während der 3. Regulierungsperiode Wirkung entfalten und zu entsprechenden Anpassungen der Erlösobergrenzen führen, sofern nicht der Netzbetreiber eine Anpassung der Erlösobergrenzen über das Instrument des Kapitalkostenaufschlags bis zum 30.06.2017 (Gas) bzw. 30.06.2018 (Strom) wählt. Eine Regelungslücke besteht für Investitionen der Jahre 2016 und 2017, die den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 6 ARegV genügen, demnach erkennbar nicht.

3.2. Jedenfalls sind die Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag im Hinblick auf die Kapitalkosten für Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht planwidrig unvollständig. Dass die streitgegenständlichen Kapitalkosten nicht Gegenstand des Kapitalkostenaufschlags sind, beruht nicht auf einem Versäumnis oder einer Verkennung der Folgen des Systemwechsels für die zu verschiedenen Zeitpunkten getätigten Investitionen. Vielmehr belegen die systematische und die historische Auslegung, dass es der Regelungsabsicht des Ordnungsgebers entspricht, die streitgegenständlichen

Jahresscheiben nicht in den Anwendungsbereich des Kapitalkostenaufschlags einzubeziehen. Die Verordnungsmaterialien sowie die verschiedenen Übergangsvorschriften dokumentieren zum einen, dass der Ordnungsgeber den Zeitpunkt, zu dem die Wirkungen des Systemwechsels eintreten sollen, bewusst festgelegt hat. Zum anderen wird deutlich, dass systemwechselbedingte Härtefälle und Einbußen, die dadurch entstehen können, dass jedenfalls die Kapitalkosten für Ersatzinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 erst in der vierten Regulierungsperiode erlösbergrenzenwirksam werden, ausschließlich durch die in § 34 Abs. 5 ARegV angeordnete Aussetzung des Kapitalkostenabzugs für Investitionen zwischen 2007 und 2015 in der 3. Regulierungsperiode und die damit bewirkte Beibehaltung des positiven Sockeleffekts ausgeglichen werden sollen. Dem steht nicht entgegen, dass die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs Investitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht erfasst, so dass die sich insoweit ergebenden negativen Sockeleffekte durch den nach § 34 Abs. 5 ARegV beibehaltenen positiven Sockel nicht investitionsscharf ausgeglichen werden. Maßgeblich ist, dass der Ordnungsgeber trotz dieses offenkundigen Umstandes den durch § 34 Abs. 5 ARegV angeordneten Ausgleich individueller Härten in Gestalt der Beibehaltung des positiven Sockels über die 3. Regulierungsperiode hinweg insgesamt, d.h. netzbezogen, für ausreichend erachtet hat, so dass eine ungewollte und durch die Einbeziehung in den Kapitalkostenaufschlag zu schließende Kompensationslücke im Hinblick auf die Jahresscheiben 2016 und 2017 nicht besteht.

Eine planwidrige Regelungslücke kann auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.09.2017 (EnVR 48/10, Rn. 55) nicht angenommen werden. Die dortigen Erwägungen zur Anwendbarkeit des Erweiterungsfaktors beim Übergang von der Kosten- zur Anreizregulierung sind auf die hier streitgegenständliche Konstellation eines Systemwechsels im Rahmen der Anreizregulierung nicht übertragbar. Dies gilt insbesondere angesichts der durch die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV bewirkten Abmilderungen etwaiger Härten aus dem Systemwechsel. Demgemäß besteht im Streitfall – anders als in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellation – kein Bedürfnis, die in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten so zu behandeln, als seien sie im Jahr 2018 angefallen. Auch aus der Entscheidung des erkennenden Senats vom 20.09.2017 (VI-3 Kart 38/16 (V)) ergibt sich nichts anderes. Dort lag eine Regelungslücke vor, weil die streitgegenständlichen Kosten bei wortlautgetreuer Anwendung nicht mehr durch den Erweiterungsfaktor und noch nicht über das Instrument der Investitionsmaßnahme erfasst wurden. 100

II. Es ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags für den nach Maßgabe von § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 6 GasNEV zu ermittelnden Eigenkapitalzinssatz die für die 3. Regulierungsperiode festgelegten Zinssätze in Ansatz gebracht hat (so im Ergebnis auch OLG Naumburg, Beschluss vom 05.10.2018, 7 Kart 1/17, und OLG Schleswig, Beschluss vom 15.11.2018, 53 Kart 7/17, jeweils noch unveröffentlicht). 101

1. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich aus § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV nicht, dass die Bundesnetzagentur die durch Beschluss vom 31.10.2011 (BK4-11-304) festgelegten Zinssätze anzuwenden hat. 102

Nach § 10a Abs. 7 S. 1 ARegV bestimmt sich der anzuwendende kalkulatorische Zinssatz als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem Eigenkapitalzinssatz und kalkulatorischem Fremdkapitalzinssatz. § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV sieht vor, dass „die nach § 7 Abs. 6 GasNEV im Basisjahr geltenden kalkulatorischen Eigenkapitalzinssätze für Neuanlagen anzusetzen“ sind. Die Anpassung der Erlösbergrenzen aufgrund eines zum 30.06.2017 beantragten 103

Kapitalkostenaufschlags erfolgt gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV zum 01.01.2018. Ausgehend von dem Jahr 2018 als dem ersten Jahr der 3. Regulierungsperiode bildet das Kalenderjahr 2015 gemäß § 6 Abs. 1 S. 3, 4 ARegV das maßgebliche Basisjahr im Gasbereich.

104

Zwar legt der Wortlaut der Vorschrift nahe, dass der **im** Basisjahr 2015 geltende, d.h. der durch Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011 für die 2. Regulierungsperiode festgelegte Eigenkapitalzinssatz maßgeblich ist. Eine am Zweck der Regelung sowie an dem zu Tage getretenen Willen des Verordnungsgebers orientierte Auslegung gelangt indes zu dem Ergebnis, dass der für die dem Basisjahr zugehörige Regulierungsperiode geltende Zinssatz anzuwenden ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Vorschrift trotz ihres insoweit missverständlichen und verkürzten Wortlauts das Basisjahr in seiner kostenfixierenden Funktion für die anstehende Regulierungsperiode und nicht als Kalenderjahr der vorangegangenen Regulierungsperiode in Bezug nimmt, ergeben sich zunächst aus dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags. Dieser soll eine zeitnahe Berücksichtigung der Kosten von nach dem Basisjahr vorgenommenen Investitionen ermöglichen, um die Bedingungen für Investitionen in die Netzinfrastruktur zu verbessern. Die Anwendung der im Basisjahr geltenden Zinssätze hätte zur Folge, dass bei der Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags eine Anpassung an die Eigenkapitalzinssätze der neuen Regulierungsperiode unterbliebe und deshalb für Investitionen nach dem Basisjahr, die über den Kapitalkostenaufschlag in der Erlösobergrenze eines konkreten Jahres abgebildet werden, andere Zinssätze gelten würden als für Investitionen, die vor dem Basisjahr vorgenommen wurden und in der Erlösobergrenze bereits berücksichtigt sind. Der Zielsetzung einer zeitnahen Erlöswirksamkeit entspricht es jedoch, dass für die Ermittlung der Aufschläge auf die Erlösobergrenze der gleiche aktualisierte Zinssatz herangezogen wird wie für ihre Berechnung auf der Grundlage des Basisjahres. Auch mit dem beabsichtigten Gleichlauf von Kapitalkostenabzug und Kapitalkostenaufschlag steht eine unterschiedliche Verzinsung von Kosten für Investitionen innerhalb einer Regulierungsperiode nicht in Einklang.

105

Dass die Anwendung des Eigenkapitalzinssatzes der dem Basisjahr zugehörigen Regulierungsperiode auch dem Willen des Verordnungsgebers entspricht, ergibt sich aus der geplanten redaktionellen Änderung des § 10a Abs. 7 S. 2 und 3 ARegV dahingehend, dass in § 10a Abs. 7 S. 2 und 3 ARegV jeweils die Wörter „im Basisjahr“ durch die Wendung „für die jeweilige Regulierungsperiode“ ersetzt werden sollen. Nach der Begründung des Bundesrates handelt es sich insoweit um eine „redaktionelle Klarstellung, da die Zinssätze nicht für das Basisjahr, sondern für die jeweilige Regulierungsperiode gelten“. Dass eine spätere klarstellende redaktionelle Änderung bzw. die Korrektur eines Redaktionsversehens bei der Ermittlung des einer Regelung zugrunde liegenden Willens des Verordnungsgebers berücksichtigt werden dürfen, hat der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 14.08.2008 (KVR 39/07), 03.03.2009 (EnVR 79/07), 18.10.2011 (EnVR 13/10) und 31.01.2012 (EnVR 10/10 und 31/10) zum Ausdruck gebracht.

106

2. Eine abschließende Entscheidung über den in Ansatz zu bringenden Eigenkapitalzinssatz ist nicht möglich. Eine Vielzahl von Netzbetreibern, darunter die Beschwerdeführerin, hat gegen den Beschluss vom 05.10.2016 (BK4-16-61), durch den die Bundesnetzagentur den Eigenkapitalzinssatz für die 3. Regulierungsperiode auf 6,91 % festgesetzt hatte, Beschwerde eingelegt. Soweit der erkennende Senat in einzelnen Musterverfahren durch Beschlüsse vom 22.03.2018 die Festlegung aufgehoben hat, ist über die dagegen erhobene Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof noch nicht entschieden worden. Die Bundesnetzagentur hat für den Fall einer rechtskräftigen Aufhebung oder Anpassung des Beschlusses vom 05.10.2016 eine Anpassungszusage erteilt.

III. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer lediglich 40 Prozent der kalkulatorischen Verzinsungsbasis für die Eigenkapitalverzinsung angesetzt hat, mithin das die Eigenkapitalquote von 40 Prozent übersteigende Eigenkapital der Beschwerdeführerin bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer unberücksichtigt bleibt. 107

1. Die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur entspricht dem eindeutigen Wortlaut des § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV. 108

1.1. Nach § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV ist für die Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer das Produkt aus der mit 40 Prozent gewichteten kalkulatorischen Verzinsungsbasis nach § 10a Abs. 5 und 6 ARegV und dem kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz gemäß § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV heranzuziehen. 109

1.2. Eine Auslegung des § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Auslegung einer Norm ist bereits unzulässig, wenn der Wortlaut der Vorschrift überdehnt wird, dieser den möglichen Sinngehalt der gesetzlichen Aussage vorgibt und damit zugleich die Grenze der Auslegung markiert (BVerwG, Urteil vom 28.06.2018, 2 C 14/17, Rn. 21; Senat, Beschluss vom 26.04.2017, VI-3 Kart 215/15 (V), Rn. 38, zitiert nach juris; Schäfers, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, 875, m.w.N.). Die Vorgabe, dass die sich aus § 10a Abs. 5 und 6 ARegV ergebende kalkulatorische Verzinsungsbasis bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nur zu 40 Prozent anzusetzen ist, ist derart eindeutig, dass kein Raum für eine anderweitige Auslegung besteht. 110

1.3. Hiervon abgesehen sprechen systematische Erwägungen dafür, dass der Verordnungsgeber mit der streitgegenständlichen Regelung bewusst an die Regelung zur Eigenkapitalverzinsung im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags anknüpfen wollte. Nach § 10a Abs. 7 ARegV bestimmt sich der auf die nach den Absätzen 5 und 6 bestimmte kalkulatorische Verzinsungsbasis anzuwendende kalkulatorische Zinssatz als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem Eigenkapitalzinssatz und kalkulatorischem Fremdkapitalzinssatz, wobei der kalkulatorische Eigenkapitalzinssatz mit 40 Prozent und der kalkulatorische Fremdkapitalzinssatz mit 60 Prozent zu gewichten ist. Für den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz sind die nach § 7 Abs. 6 StromNEV/GasNEV im Basisjahr geltenden kalkulatorischen Eigenkapitalzinssätze für Neuanlagen anzusetzen, für den kalkulatorischen Fremdkapitalzinssatz die nach § 7 Abs. 7 StromNEV/GasNEV im Basisjahr geltenden Zinssätze (EK-II-Zinssatz). Dieser standardisierte Mischzinssatz hat nach der Verordnungsbegründung neben Vereinfachungsgründen den Vorteil, dass netzbetreiberunabhängig jede Neuinvestition gleich verzinst wird (BR-Drs. 296/16, S. 35). Die dermaßen standardisierte Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags, die ohne Ansehung der konkreten Finanzierungsstruktur vorgenommen wird, wird in dem hier streitgegenständlichen Ansatz von nur 40 Prozent der kalkulatorischen Verzinsungsbasis der Eigenkapitalverzinsung bei der Ermittlung der Gewerbesteuer fortgeführt, da auch hierbei standardisiert ein Eigenkapitalanteil von 40 Prozent unterstellt wird. 111

Ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, dass nach der Verordnungsbegründung für die Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer die Grundsätze der StromNEV/GasNEV Anwendung finden sollen (BR-Drs. 296/16, S. 34) und nach § 8 StromNEV/GasNEV im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden könne, ohne dass sich einschränkende Vorgaben im Hinblick auf die der Ermittlung des Gewerbeertrags zugrundeliegende kalkulatorische Verzinsungsbasis fänden. Der Verordnungsgeber wollte erkennbar keinen vollständigen Gleichlauf von § 10a ARegV 112

mit den Vorschriften der StromNEV/GasNEV herstellen. Er hat vielmehr in § 10a ARegV teilweise ausdrücklich Vorschriften der StromNEV/GasNEV für anwendbar erklärt, teilweise aber auch hiervon abweichende Regelungen getroffen. Dies gilt etwa für die standardisierte Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung in § 10a Abs. 7 ARegV, die ohne Ansehung der konkreten Finanzierungsstruktur einen Eigenkapitalanteil von 40 Prozent und einen Fremdkapitalanteil von 60 Prozent annimmt, und damit von der diesbezüglichen Regelung in § 7 StromNEV/GasNEV abweicht. § 7 StromNEV/GasNEV sieht in Abs. 1 S. 5 lediglich eine sog. Deckelung dahingehend vor, dass, soweit das nach S. 2 ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital einen Anteil von 40 Prozent des sich aus der Summe der Werte nach S. 1 Nr. 1-4 ergebenden betriebsnotwendigen Vermögens übersteigt, der übersteigende Anteil dieses Eigenkapitals gemäß Abs. 7 zu verzinsen ist (EK-II-Zinssatz). Netzbetreiber mit einem geringeren Eigenkapital als 40 Prozent werden mithin im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags bei der Eigenkapitalverzinsung durch den Ansatz des standardisierten Eigenkapitalanteils von 40 Prozent besser gestellt als im Rahmen der Kostenprüfung nach der StromNEV/GasNEV, bei der nur der tatsächliche Eigenkapitalanteil zugrunde gelegt wird. Nicht nur § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV gibt somit eine andere Berechnungsmethode vor als die im Rahmen der Kostenprüfung vorgesehene.

2. Die von der Bundesnetzagentur angewandte, streitgegenständliche Regelung in 10a Abs. 8 S. 1 ARegV ist rechtmäßig und damit wirksam. 113

Wird das Gericht in einem konkreten Rechtsstreit mit einer untergesetzlichen Rechtsnorm befasst und hält es diese wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht für rechtswidrig und damit nichtig, wendet es die Norm in diesem Rechtsstreit nicht an (st. Rspr., BVerfG, Beschluss vom 21.04.2015, 2 BvR 1322/12 u.a., Rn. 93; BGH, Urteil vom 04.11.2015, VIII ZR 217/14, Rn. 22, jeweils zitiert nach juris). Formelle Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit bestehen indes nicht. Die Vorschrift verstößt auch materiell nicht gegen höherrangiges Recht. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte, allein in Betracht kommende Verstoß gegen § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG liegt nicht vor. 114

2.1. Nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG, der gemäß § 21a Abs. 4 S. 5 EnWG für die Kapitalkosten als beeinflussbare Kostenanteile Anwendung findet, werden die Entgelte unter Berücksichtigung einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet. Eine angemessene Verzinsung bedeutet, dass die Kapitalgeber für das eingesetzte Kapital eine Rendite erhalten, die sie veranlasst, das Kapital in dem Unternehmen zu belassen und Anreize für weitere Investitionen in das Unternehmen und die Netzinfrastruktur setzt (i.E. Senat, Beschluss vom 22.03.2018, VI-3 Kart 148/16 (V), Rn. 57, zitiert nach juris). 115

2.2. Die Regelung in § 10 Abs. 8 ARegV führt zwar dazu, dass Netzbetreiber mit einem höheren Eigenkapitalanteil als 40 Prozent auf die gewährten Zinsen in Höhe des Fremdkapitalzinssatzes nach § 7 Abs. 7 StromNEV/GasNEV (EK-II-Zinssatz) den Gewerbesteuerabzug und damit eine geschmälerte Eigenkapitalverzinsung hinnehmen müssen, denn Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer ist die Eigenkapitalverzinsung als Gewerbeertrag. Der Eigenkapitalzinssatz bestimmt sich über den Verweis in § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV auch bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer beim Kapitalkostenaufschlag nach § 7 Abs. 7 StromNEV/GasNEV. Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung stellt dabei die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftssteuer dar (siehe Begründung zur StromNEV vom 14.04.2005, BR-Drs. 245/05, S. 36; Senat, Beschluss vom 23.09.2015, VI-3 Kart 149/14 (V), Rn. 53, Beschluss v. 22.03.2018, VI-3 Kart 319/16 (V), Rn. 172, jeweils zitiert nach juris; 116

Mohr in BerlK-EnR, Band 4, 4. Aufl., § 8 StromNEV, Rn. 6). Die Gewerbesteuer ist deshalb noch als selbständige Kostenposition anzusetzen, um dem Netzbetreiber die Eigenkapitalverzinsung zu erhalten (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 44 m.w.N., zitiert nach juris). Eine Beschränkung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis auf einen Anteil von 40 Prozent führt mithin bei Netzbetreibern mit einem höheren Eigenkapitalanteil als 40 Prozent, die auch für diesen höheren Anteil gewerbesteuerpflichtig sind, dazu, dass die Eigenkapitalverzinsung geschmälert wird, weil für das die 40-Prozent-Quote übersteigende Eigenkapital im Ergebnis nur eine Verzinsung vor Gewerbesteuer gewährt wird.

2.3. Aus § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG folgt indes nicht das Gebot, dass Netzbetreibern mit einem Eigenkapitalanteil von mehr als 40 Prozent die vollständige Verzinsung auch ihres diesen Anteil übersteigenden Eigenkapitals zu gewähren ist. Die Reduzierung der Verzinsungsbasis auf 40 Prozent, die zu einer kalkulatorischen Behandlung des übersteigenden Eigenkapitalanteils wie Fremdkapital führt, auf das keine Gewerbesteuer anfallen würde, ist vielmehr nicht zu beanstanden. 117

2.3.1. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass es keinen Verstoß gegen § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG darstellt, wenn der Ordnungsgeber Regelungen trifft, wonach ein überhöhtes Eigenkapital kalkulatorisch nur beschränkt wirksam wird (BGH, Beschlüsse vom 14.08.2008, u.a. KVR 34/07, Rn. 53 ff., zitiert nach juris). Durch den Ansatz kalkulatorischer Kosten werden die sich unter simulierten Wettbewerbsbedingungen bildenden Netzentgelte ermittelt. Für den Ansatz der Gewerbesteuer hat dabei nichts anderes zu gelten als für tatsächlich anfallende Kosten oder Kostenbestandteile, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würden und aus diesem Grund gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG bei der Entgeltbildung nicht berücksichtigt werden können (BGH, Beschluss vom 09.07.2013, EnVR 37/11, Rn. 11, zitiert nach juris, siehe auch Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 8 StromNEV, Rn. 2). 118

Eines der Ziele des EnWG, das durch die Regulierung erreicht werden soll, ist nach § 1 Abs. 1 EnWG die Schaffung einer preisgünstigen Energieversorgung. Zudem soll mit der Regulierung ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb bei der Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas sichergestellt werden (§ 1 Abs. 2 EnWG). Ein hoher Eigenkapitalanteil gilt indes als Indiz für unzureichenden Wettbewerb. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Gesetz- und Ordnungsgeber diesen nur für bedingt schützenswert erachtet, weil es nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheint, langfristig eine höhere Eigenkapitalquote als 40 Prozent aufzuweisen, und anzunehmen ist, dass sich ein 40 Prozent übersteigender Eigenkapitalanteil unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würde (BGH, Beschlüsse vom 14.08.2008, KVR 34/07, Rn. 54; vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 54, jeweils zitiert nach juris). 119

2.3.2. Nichts anderes folgt aus der europarechtlich unter anderem durch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG vom 13.07.2009 (ABl. L 211 S. 94) vorgegebenen Zielsetzung einer sicheren Energieversorgung. Bei diesem Ziel handelt es sich zum einen nur um eines von mehreren Einzelzielen, die keine Rangfolge aufweisen und im Falle eines Zielkonflikts in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen. Das Ziel einer sicheren Energieversorgung kann daher in einem Spannungsverhältnis zu dem Ziel der Errichtung eines wettbewerbsorientierten Gasmarktes stehen. Zum anderen ist der wettbewerbsorientierte Gasmarkt das Mittel, mit dem Gesetz- und Ordnungsgeber eine sichere Energieversorgung gewährleisten wollten. Der den 120

Maßstab für eine effiziente Betriebsführung bildende fiktive Wettbewerbsmarkt ist daher ein Markt, auf dem die Wettbewerber diejenigen Leistungen anbieten, die eine sichere Versorgung der Verbraucher mit Gas gewährleisten (i.E. BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 34/07, Rn. 57 zu der korrespondierenden Vorgabe in der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG; ABl. Nr. L 176, S. 37; vgl. auch Beschluss vom 29.04.2008, KVR 28/07, Rn. 13, zitiert nach juris).

2.3.3. Dass hierdurch die Eigenkapitalverzinsung nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist unbedenklich. Der Bundesgerichtshof hat in seinen bereits zitierten Beschlüssen vom 14.08.2018 (u.a. KVR 34/07, Rn. 82) ausgeführt, dass die Berücksichtigung des damals in § 8 S. 2 StromNEV/GasNEV vorgesehenen, durch die Umsatzsteuerreform 2008 abgeschafften Abzugs der kalkulatorischen Gewerbesteuer von sich selbst zwar dazu führe, dass die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibe. Dies sei aber als zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Kostenansatzes hinzunehmen, eine Kostenneutralität nicht herzustellen. Daran hat der Bundesgerichtshof auch in jüngerer Zeit in seinen Entscheidungen zur Bemessungsgrundlage der Eigenkapitalverzinsung, wonach eine Bereinigung derselben um die Gewerbesteuer nicht zu erfolgen hat (sog. „Vom-Hundert“-Rechnung“ anstelle der „Im-Hundert“-Rechnung), ausdrücklich festgehalten (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 46; bestätigt durch Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 58 ff., jeweils zitiert nach juris). 121

2.3.4. Schließlich liegt in der streitgegenständlichen Regelung auch kein grundrechtsrelevanter Eingriff in die Finanzausstattung der Netzbetreiber mit einem Eigenkapitalanteil von mehr als 40 Prozent. Die Eigentumsgarantie soll dem Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und schützt den konkreten Bestand an vermögensrechtlichen Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. Eine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht. Art. 14 Abs. 1 GG erfasst nur solche Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten (BVerfGE 68, 193, 222; 105, 252, 277; siehe auch BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 34/07, Rn. 58 f.), wie vorliegend die Aussicht auf eine bestimmte Eigenkapitalfinanzierung. 122

2.4. Soweit die Beschwerdeführerin die Inkonsistenz der streitgegenständlichen Regelung in § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV im Verhältnis zur korrespondierenden Regelung beim Kapitalkostenabschlag in § 6 Abs. 3 ARegV rügt, der auf die §§ 7, 8 StromNEV/GasNEV Bezug nimmt, so steht dies der Wirksamkeit von § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV schon deshalb nicht entgegen, weil es sich jeweils um gleichrangiges Recht handelt. Entsprechendes gilt für die bisherigen Instrumente des Erweiterungsfaktors (§ 10 ARegV) bzw. der Investitionsmaßnahme (§ 23 Abs. 6 und 7 ARegV), die für Verteilernetzbetreiber durch den Kapitalkostenabgleich abgelöst werden und bereits in ihrem konkreten Regelungsumfang nicht deckungsungleich sind. 123

IV. Schließlich ist der angefochtene Beschluss auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Anlagen im Bau bei der Mittelwertbildung als Jahresanfangswert den Wert Null anstelle des vollen Investitionswertes angesetzt hat. Diese Vorgehensweise steht im Einklang mit den sich aus § 10a ARegV i.V.m. § 7 GasNEV ergebenden Vorgaben zur kalkulatorischen Ermittlung der Verzinsungsbasis. 124

1. Ausgangspunkt für die Berechnung der Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags sind die Anschaffungs- und Herstellungskosten der 125

betriebsnotwendigen Anlagengüter i.S.d. § 10a Abs. 2 ARegV. Zu diesen zählen neben Alt- und Neuanlagen, Grundstücken und Anzahlungen auch Anlagen im Bau, da es allein auf die - für diese anzunehmende - Betriebsnotwendigkeit des Vermögensbestandteils ankommt (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 33 ff, zitiert nach juris; siehe auch Behringer in: BerlK-EnR, a.a.O., § 10a ARegV, Rn. 32; Scholtka/Otto in: BerlK-EnR, a.a.O., §§ 4-10 GasNEV, Rn. 47; Schütte/Schütz in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 7 StromNEV, Rn. 49). Nach § 10a Abs. 5 ARegV bestimmt sich die kalkulatorische Verzinsungsbasis, die nach Abs. 4 ein Faktor bei der Bestimmung der kalkulatorischen Verzinsung ist, auf Grundlage der übermittelten Anschaffungs- und Herstellungskosten nach Abs. 2 und den sich hieraus ergebenden kalkulatorischen Restwerten bewertet zu Anschaffungs- und Herstellungskosten nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 StromNEV/GasNEV. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 StromNEV/GasNEV ist jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen.

2. Der Ansatz eines Jahresanfangsbestandes von Null im Rahmen der Mittelwertbildung 126
begegnet keinen Bedenken.

2.1. § 7 Abs. 1 Nr. 4 GasNEV lässt sich keine zwingende Vorgabe dahingehend entnehmen, 127
ob und mit welchem Wert ein Anlagegut im Jahresanfangsbestand einzustellen ist. Eine am Wortlaut orientierte Auslegung spricht allerdings dafür, im Anfangsbestand nur solche Vermögensgüter zu berücksichtigen, die bereits am Anfang des betreffenden Jahres vorhanden waren (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 43/14, Rn. 12, zitiert nach juris), was bei unterjährig getätigten Investitionen in Anlagen im Bau gerade nicht der Fall ist.

2.2. Es liegen keine Gründe vor, die es aus der maßgeblichen kalkulatorischen Sichtweise 128
(vgl. BGH a.a.O., Rn. 13) erfordern, hiervon abweichend den vollen Investitionswert im Jahresanfangsbestand anzusetzen. Die von der Beschwerdeführerin herangezogene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mittelwertbildung bei Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, ist auf Anlagen im Bau gerade nicht übertragbar.

2.2.1. Der Bundesgerichtshof hat durch Beschluss vom 10.11.2015 (EnVR 42/14, Rn. 19, 24 129
ff., zitiert nach juris) entschieden, dass bei der Bildung des Mittelwertes zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 GasNEV für Neuanlagen, die im Laufe des Geschäftsjahres angeschafft oder fertiggestellt wurden, im Anfangsbestand dieses Jahres der volle Betrag der maßgeblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen sei. § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV, wonach jeweils ein Zugang des Anlagegutes zum 1. Januar des Anschaffungsjahres zugrunde zu legen ist, sei entsprechend heranzuziehen, um zu gewährleisten, dass das eingesetzte Eigenkapital trotz der auf ganze Geschäftsjahre bezogenen Betrachtung in vollem Umfang berücksichtigt bleibe. Eine auf ganze Jahre bezogene Betrachtung der Abschreibungen über den gesamten Abschreibungszeitraum hinweg führe zum Ansatz einer geringeren Eigenkapitalbasis, wenn nicht im Gegenzug die vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Anfangsbestand des ersten Jahres berücksichtigt würden. Durch die Fiktion eines Zugangs zum 1. Januar werde der Beginn des Abschreibungszeitraums um einige Monate vorverlegt. Im Vergleich zu einer monatscharfen Betrachtung habe dies zur Folge, dass im Jahr der Anschaffung höhere Abschreibungen anfielen, die Abschreibungsmöglichkeit im letzten Jahr hingegen entfalle. Die Höhe der Abschreibungen in den dazwischen liegenden Jahren, der Gesamtbetrag der Abschreibungen und die Länge des Abschreibungszeitraums blieben unverändert. Hinsichtlich der Verzinsung des Eigenkapitals führe die auf ganze Jahre bezogene Betrachtung hingegen dazu, dass der im Jahresendbestand - und damit im Anfangsbestand des jeweils darauffolgenden Jahres - anzusetzende Wert, der in die Basis für die Verzinsung einfließt, über den gesamten Abschreibungszeitraum hinweg geringer ausfalle als bei einer

monatsscharfen Abschreibung. Die Summe dieser jährlichen Differenzbeträge belaufe sich unabhängig von der Abschreibungsdauer auf einen Gesamtbetrag, der für jeden Monat, um den der Abschreibungsbeginn vorverlegt werde, einem Zwölftel der gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten entspreche. Der Vorverlegung des Abschreibungsbeginns sei deshalb durch Ansatz der Anschaffungs- und Herstellungskosten im Anfangsbestand des ersten Jahres Rechnung zu tragen.

2.2.2. Diese Erwägungen gelten nicht für die hier streitgegenständlichen Anlagen im Bau. 130

Anlagen im Bau unterliegen nicht der Abschreibung, sondern wandeln sich bilanziell nach ihrer Fertigstellung in ein Sachanlagegut bzw. eine Neuanlage um. Es ergibt sich deshalb keine Notwendigkeit für eine Angleichung der Eigenkapitalverzinsungsbasis an die Abschreibung, da die besondere systematische Verknüpfung zwischen der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 Abs. 5 GasNEV für das Sachanlagevermögen und der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nicht besteht. Damit entfällt das vom Bundesgerichtshof für Neuanlagen festgestellte, allein auf den Vorgaben zur kalkulatorischen Abschreibung gründende Erfordernis, trotz der auf ganze Geschäftsjahre bezogenen Betrachtung das eingesetzte Eigenkapital in vollem Umfang zu berücksichtigen und insoweit ohne gravierenden Aufwand einen Gleichlauf mit der monatsscharfen Betrachtung zu erreichen. 131

2.2.3. Sonstige Gründe, die für den Ansatz eines Jahresanfangsbestandes in Höhe des vollen Investitionswertes anstelle von Null sprechen würden, liegen nicht vor. 132

Ein generelles Gebot einer möglichst genauen, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Ermittlung der relevanten Daten lässt sich entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entnehmen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner vorstehend dargestellten Entscheidung zur Mittelwertbildung bei Neuanlagen das Regelungskonzept des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV, demzufolge Änderungen des Kapitalbestands während des Geschäftsjahres nicht durch eine monats- oder gar tagesscharfe Betrachtung, sondern nur durch Bildung des Mittelwerts zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand Rechnung zu tragen ist, gerade nicht in Frage gestellt. Aus diesem Regelungskonzept ergibt sich zwangsläufig eine Ungenauigkeit, die gegenüber der monatsscharfen Abrechnung bei einer Investition in Anlagen im Bau in der ersten Jahreshälfte zu einer Schlechterstellung und bei einer Investition in Anlagen im Bau in der zweiten Jahreshälfte zu einer Besserstellung des Netzbetreibers führt. Nur so kann das Ziel einer Vereinfachung durch eine bessere Handhabbarkeit und Prüfbarkeit der Kostenrechnung erreicht werden. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof auch festgestellt, dass es kein allgemeines Verbot gibt, bei der Verzinsung des Eigenkapitals einen geringeren Wert anzusetzen als denjenigen, der sich bei einer monatsscharfen Betrachtung ergibt (BGH a.a.O., Rn. 25). 133

C. 134

I. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gemäß § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hatte, ist es sachgerecht, ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 135

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Die Beschwerdeführerin hat die sich in Bezug auf die einzelnen 136

Streitpunkte ergebenden Differenzbeträge zwischen beantragtem und festgesetztem Kapitalkostenaufschlag vorgetragen. Diese addieren sich zum festgesetzten Streitwert als ihrem wirtschaftlichen Interesse. Soweit die Bundesnetzagentur eingewandt hat, dass dieser Betrag nicht der Differenz zwischen dem beantragten und zuerkannten Kapitalkostenaufschlag insgesamt entspreche, beruht dies darauf, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag noch die Gewerbesteuerermittlung „im Hundert“ geltend gemacht hatte, diese aber im Beschwerdeverfahren nicht weiter verfolgt hat.

D. 137

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 138

Rechtsmittelbelehrung: 139

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 Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. 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). 140

141