

---

**Datum:** 12.06.2019  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Kart 165/17 (V)  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2019:0612.3KART165.17V.00

---

**Leitsätze:**

§ 10a ARegV

1. Kapitalkosten von Anlagegütern, die von einem Dienstleister aktiviert wurden, sind bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV nicht zu berücksichtigen.

2. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur, im Rahmen des § 10a Abs. 6 ARegV als Jahresanfangsbestand der Restwerte der für das Antragsjahr zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse den vollen Wert der zu erwartenden Zugänge anzusetzen, ist rechtmäßig.

---

**Tenor:**

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 24.11.2017 (BK9-16/8189-K17) in Gestalt des Änderungsbescheids vom 06.02.2019 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der verbundenen Beschwerdeverfahren einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens VI-3 Kart 165/17 (V) wird bis zum 21.03.2019 auf ..., sodann auf ... Euro festgesetzt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens VI-3 Kart 728/19 (V) wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

- 
- A.** 1
- 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 sowie der Kapitalkosten von Anlagegütern, die von dem mit ihr verbundenen Dienstleister aktiviert wurden. 2
- Den Jahresanfangsbestand der für das Jahr 2018 zu erwartenden Zugänge von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen setzte sie dabei mit Null an. Mit dem Antrag berechnete die Beschwerdeführerin den Kapitalkostenaufschlag unter Ansatz eines höheren als dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssatzes. Die beantragte Anpassung belief sich insgesamt auf ... Euro. 3
- Nach Anhörung der Beschwerdeführerin zu den von der Beschlusskammer als anerkennungsfähig angesehenen Werten gab die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 24.11.2017 dem Antrag auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze für das Jahr 2018 nur teilweise statt und bewilligte eine Erhöhung der Erlösobergrenze um ... Euro unter Einbeziehung der Kapitalkosten der Beschwerdeführerin des Jahres 2018 sowie der beantragten Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters. 4
- Die darüber hinaus beantragte Berücksichtigung von Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 lehnte die Bundesnetzagentur ab. Ferner erhöhte sie den Jahresanfangsbestand der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse. Bei der Ermittlung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis ermittelte sie zum 01.01.2018 einen Jahresanfangsbestand der Restwerte der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse von insgesamt ... Euro, der sich aus den Restwerten der in 2016 bzw. 2017 zugegangenen Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse in Höhe von ... Euro bzw. ... Euro sowie dem Restwert der für 2018 erwarteten Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse in Höhe von ... Euro zusammensetzt. Letzterer Betrag entspricht dem vollen Wert der für 2018 von der Beschwerdeführerin zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse. Als Jahresendbestand setzte sie für die für 2018 erwarteten Netzkostenanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse einen Betrag in Höhe von ... Euro an, indem sie den Jahresanfangsbestand um einen jährlichen Auflösungsbetrag in Höhe von 1/20 reduzierte. 5
- Zudem brachte sie 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. Gegen den Beschluss vom 05.10.2016 haben zahlreiche Netzbetreiber, unter anderem die Beschwerdeführerin, Beschwerde eingelegt. In der mündlichen Verhandlung am 08.05.2019 hat die Bundesnetzagentur 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. 6

- Gegen den Beschluss vom 24.11.2017 legte die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde ein (Az. VI-3 Kart 165/17 (V)). 7
- Mit Schreiben vom 25.10.2018 teilte die Bundesnetzagentur mit, dass der Beschluss vom 24.11.2017 zurückgenommen werden solle, da fälschlicherweise die beantragten Kapitalkosten des Dienstleisters in den genehmigten Kapitalkostenaufschlag eingeflossen seien. Nachdem die Beschwerdeführerin hierzu angehört worden war, hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 06.02.2019 unter Rücknahme des Beschlusses vom 24.11.2017 erneut über den Antrag der Beschwerdeführerin entschieden und eine Anpassung der Erlösobergrenzen in Höhe von nur noch ... Euro genehmigt. Dabei hat sie über die in dem ursprünglichen Beschluss hinausgehenden Kürzungen nunmehr auch die Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters nicht anerkannt. Darauf beruhen die im Vergleich zu dem ursprünglichen Bescheid weitergehenden Kürzungen. 8
- Gegen den Beschluss vom 06.02.2019 legte die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde ein (Az. VI-3 Kart 165/17 (V)). Mit Beschluss vom 21.03.2019 hat der Senat die Beschwerdeverfahren verbunden. 9
- Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Bundesnetzagentur die Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. 10
- Aus dem Wortlaut des § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV ergebe sich eindeutig, dass alle Kapitalkosten nach dem Basisjahr 2015 im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden müssten. Auch aus dem Wortlaut der Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 7 S. 5 ARegV folge nichts Anderes. Danach könne der Antrag zwar erst zum 30.06.2017 gestellt werden, damit sei es aber nicht zugleich ausgeschlossen, den Antrag für alle nach § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV berücksichtigungsfähigen Kapitalkosten zu stellen. 11
- Dem Sinn und Zweck des § 10a ARegV könne ohne eine Berücksichtigung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 nicht gesetzeskonform entsprochen werden. Mit der Verordnungsänderung habe der Verordnungsgeber das Ziel verfolgt, eine Refinanzierung von betriebsnotwendigen Investitionen nach dem Basisjahr ohne Zeitverzug zu ermöglichen. Dies setze voraus, dass alle mit den Investitionen verbundenen Kapitalkosten zeitgleich über die angepassten Erlösobergrenzen refinanziert würden, was durch das angegriffene Vorgehen der Bundesnetzagentur nicht gewährleistet werde. Selbst wenn die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 am Ende der kalkulatorischen Nutzungsdauer noch nachgeholt würden, führe dies bei langlebigen Wirtschaftsgütern - wie etwa Rohrleitungen mit kalkulatorischen Nutzungsdauern von bis zu 65 Jahren - zu einem erheblichen Zeitverzug der Refinanzierung. Gerade in den Zeiten der so genannten Energiewende und angesichts des dringend benötigten Netzausbaus sei es aber notwendig, umfassende Investitionen in die Verteilernetze zu sichern. Bei Investitionen nach dem Basisjahr werde der vom Verordnungsgeber gewollte Zweck daher nur erreicht, wenn nicht erst die ab dem ersten Jahr der 3. Regulierungsperiode anfallenden Kapitalkosten aus Investitionen, sondern auch die in den Vorjahren angefallenen Kapitalkosten berücksichtigt würden, da nur so eine zeitgleiche Refinanzierung gesichert werde. Der Systemwechsel müsse nahtlos erfolgen. Es dürfe nicht zu einer Lücke zwischen dem Basisjahr und dem Beginn der 3. Regulierungsperiode kommen. 12
- Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur setze die zeitliche Zäsur durch den Systemwechsel nicht erst mit dem Beginn der 3. Regulierungsperiode ein. Der Systemwechsel sei vielmehr schon zuvor erfolgt. Zur Gewährleistung eines nahtlosen Systemwechsels und zur Kompensation der Finanzeinbußen habe sich der 13

Verordnungsgeber entschieden, gemäß § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV den positiven Sockeleffekt übergangsweise beizubehalten. Eine Unterscheidung zwischen der Regulierungsperiode im Gas- und im Strombereich habe der Verordnungsgeber insoweit nicht vorgenommen. Die 3. Regulierungsperiode Strom beginne zum 01.01.2019. Bei Erlass der Übergangsvorschrift im Jahr 2016 sei die Aktivierung einer Kapitalanlage im Basisjahr somit noch möglich gewesen. Im Gasbereich hingegen habe die 3. Regulierungsperiode bereits zum 01.01.2018 begonnen, so dass die Möglichkeit zur Aktivierung einer Kapitalanlage bereits zum Ende des Basisjahres am 31.12.2015 geendet habe. Kapitalanlagen im Gasbereich, die zwischen dem 01.01.2016 bis zum 01.01.2018 aktiviert worden seien, fielen folglich nicht in den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 5 ARegV. Dementsprechend könne es für diese Investitionen keinen Sockeleffekt geben, der den Systemwechsel zum Kapitalkostenabgleich kompensieren könne. Vielmehr unterfielen derartige Investitionen ab der 4. Regulierungsperiode vollständig dem Kapitalkostenabzug. Da der Verordnungsgeber den zeitlichen Versatz zwischen Investitionen und Anerkennung habe minimieren wollen, sei es nicht nachvollziehbar, warum Investitionen der Jahre 2016 und 2017 den Auswirkungen des Kapitalkostenabzugs unterfallen sollten, nicht aber in der 3. Regulierungsperiode einen vollständigen Kapitalkostenaufschlag erhalten sollten.

Auch aus den Materialien zur ARegV-Novelle lasse sich nicht herleiten, dass ein Kapitalkostenaufschlag ausschließlich für Kapitalkosten ab dem Jahr 2018 beantragt werden könne. Insbesondere aus der Entwurfsbegründung zu der Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV könne nicht gefolgert werden, dass dem Verordnungsgeber die Problematik der Investitionen nach dem Basisjahr 2015 bekannt gewesen sei. Vielmehr habe der Verordnungsgeber den Systemübergang grundsätzlich erleichtern wollen, wobei der Fokus hier bei möglichen individuellen Härtefällen aufgrund des Kapitalkostenabzugs gelegen habe. 14

Eine einmalige Nachholung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 entspreche zudem der Systematik des Kapitalkostenaufschlags. Darüber hinaus müssten die Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag im Sinne des EnWG ausgelegt werden. Der Verpflichtung zur Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG könne sie nur nachkommen, wenn sie kontinuierlich in ihre Netze investiere. Es stehe ihr nicht frei, in einzelnen Jahren, für die nach Auffassung der Bundesnetzagentur kein Kapitalrückfluss erfolgen solle, nicht zu investieren. Darüber hinaus seien in ihrem Fall die personellen Ressourcen so effizient bemessen, dass eine kontinuierliche Reinvestitionstätigkeit zwingend erforderlich sei. Ersatzinvestitionen könnten nicht einfach in einzelnen Jahren gänzlich entfallen. Demnach müssten auch die Investitionen in den Jahren 2016 und 2017 von Anfang an und ohne Zeitverzug refinanzierbar sein. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach der Verordnungsgeber zum Ausgleich eventueller Renditeeinbußen eine Beibehaltung des positiven Sockeleffekts in der 3. Regulierungsperiode vorgesehen habe, habe der Verordnungsgeber die Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV gerade nicht mit Blick auf die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 eingeführt. Diese Jahre würden im Gasbereich nicht von der Übergangsvorschrift erfasst. 15

Ferner habe die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft die Anerkennung von Kapitalkosten von Anlagegütern abgelehnt, die nicht von der Beschwerdeführerin selbst, sondern von dem mit ihr verbundenen Dienstleister aktiviert worden seien. 16

Der Wortlaut des § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV schließe die Anerkennung von Kapitalkosten des Dienstleisters nicht ausdrücklich aus. Daher müssten alle anfallenden Kapitalkosten, die sich bei dem Netzbetreiber auswirkten, auch für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags 17

berücksichtigt werden. Zudem seien nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift alle Investitionen zu berücksichtigen, gleich ob diese von dem Netzbetreiber selbst oder von einem verbundenen Dienstleister getätigt würden. Eine Ungleichbehandlung von Kapitalkosten aus Investitionen solle ausscheiden. Dafür spreche auch, dass nach dem expliziten Willen des Ordnungsgebers in den Anwendungsbereich des Kapitalkostenabgleichs auch die Kosten eines beauftragten und verbundenen Dienstleisters mit einzubeziehen seien.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur seien die Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters nicht über das Dienstleistungsentgelt vollumfänglich abgegolten. Die Bundesnetzagentur übersehe, dass die Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters in den Dienstleistungsentgelten nur auf dem Stand des Basisjahres enthalten seien. Die weitere Entwicklung der Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters nach dem Basisjahr durch weiter getätigte Investitionen könne hingegen nur über den Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt werden. 18

Die Pflicht zur Anerkennung von Kapitalkosten des Anlagevermögens des Dienstleisters ergebe sich auch aus dem systematischen Zusammenhang mit § 4 Abs. 5a GasNEV. Nach dieser Vorschrift seien Kapitalkosten des verbundenen Dienstleisters berücksichtigungsfähige Kapitalkosten des Netzbetreibers. § 4 Abs. 5a GasNEV regle die Angemessenheit der geltend gemachten Kosten des Dienstleisters. Diese sollten wie eigene Kosten geltend gemacht werden können. Damit müssten nicht nur die Kapitalkosten des Netzbetreibers selbst, sondern die wie eigene Kosten zu behandelnden Kapitalkosten des Dienstleisters berücksichtigt werden, da die Regelung anderenfalls leerlaufen würde. Dem Netzbetreiber stehe es frei, die technische Ausführung seines Netzbetriebes einem 3. zu überlassen, er unterwerfe die Dienstleistungsvertragskosten damit aber der Kostenregulierung und dem Effizienzvergleich gemäß § 21 Abs. 2 EnWG. Im Umkehrschluss müssten solche Kosten auch vollumfänglich in den weiteren Instrumenten der Kostenregulierung berücksichtigt werden. 19

Schließlich habe die Bundesnetzagentur zu Unrecht als Jahresanfangsbestand der Restwerte der für 2018 erwarteten Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse den vollen Wert der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2018 zu erwartenden Zugänge von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen angesetzt. 20

§ 10a Abs. 6 ARegV sei keine Fiktion zur Bestimmung des Jahresanfangsbestandes auf den vollen Wert der Zugänge im Zugangsjahr zu entnehmen. Die wortlautorientierte Auslegung spreche vielmehr dafür, im Jahresanfangsbestand allein die bereits zum Ende des vergangenen Jahres zugegangenen Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse zu berücksichtigen. Auch widerspreche der Ansatz des vollen Werts dem Sinn und Zweck des § 10a Abs. 6 ARegV, der sicherstellen solle, dass Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse angemessen in der Verzinsungsbasis berücksichtigt würden und eine Doppelanerkennung oder ein doppelter Abzug vermieden werde. Bei der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur komme es über den gesamten Auflösungszeitraum hinweg zu einem widerrechtlich erhöhten Abzug. Hiervon abgesehen wäre anzunehmen, dass der Ordnungsgeber eine solche Zugangsfiktion in § 10a Abs. 6 ARegV geregelt hätte, zumal bei der Novellierung der Anreizregulierung darüber diskutiert worden sei, wie Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse beim Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt werden müssten. 21

Auch unter Hinweis auf § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GasNEV lasse sich die Berücksichtigung unterjährig vereinnahmter Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im 22

Jahresanfangsbestand nicht rechtfertigen. Die in § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 GasNEV enthaltene Zugangsfiktion zum 1. Januar sei unmittelbar allein auf die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen anwendbar. Auch eine analoge Anwendung käme nicht in Betracht, da es an dem hierfür nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderlichen systematischen Zusammenhang zwischen den Vorschriften fehle. Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse würden in einem eigenen, von der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 GasNEV bzw. der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 GasNEV losgelösten Regelungssystem kalkulatorisch bewertet und nicht anhand der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer, sondern nach § 9 Abs. 2 S. 2 GasNEV linear über 20 Jahre aufgelöst, d.h. unterlägen einer anderen Abschreibungslogik. Sie würden auch grundsätzlich den Gewinn- und Verlustrechnungen entnommen und nicht wie die kalkulatorischen Abschreibungen nach dem eigenständigen System des § 6 Abs. 1 S. 1 GasNEV kalkulatorisch ermittelt. Für die nicht aufgelösten Baukostenzuschüsse seien für die Zukunft gemäß § 250 Abs. 2 HGB negative Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden; nur insoweit könnten sie auch Eingang in die streitige Verzinsungsbasis nach § 10 Abs. 5, Abs. 6 ARegV bzw. § 7 GasNEV finden, was der Bundesgerichtshof für das Abzugskapital bereits ausdrücklich entschieden habe. Eine Rechtsgrundlage für ihr Vorgehen habe die Bundesnetzagentur nicht benennen können. Sie ergebe sich insbesondere nicht aus § 9 Abs. 2 GasNEV, der nicht vorsehe, dass Auflösungsbeträge jahresbezogen ermittelt werden müssten. § 9 Abs. 2 GasNEV ordne vielmehr an, dass die Baukostenzuschüsse anschlussindividuell aufzulösen seien, so dass eine pauschale Auflösung ab dem 1. Januar der unterjährig erhaltenen Baukostenzuschüsse für alle Anschlüsse ausscheide.

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur sei zudem nicht mit Sinn und Zweck von § 21 Abs. 1 EnWG vereinbar, da sie unterstelle, dass alle in einem Jahr vereinnahmten Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im gesamten Jahr zur Finanzierung zur Verfügung stünden, obwohl die Mittel erst im Laufe des Jahres zur Verfügung gestanden hätten. Dies schmälere rechtswidrig die Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Dass der Verordnungsgeber durch Verwaltungsänderung vom 06.11.2007 nur in § 7 Abs. 1 GasNEV, nicht aber in § 7 Abs. 2 GasNEV das Wort „betriebsnotwendig“ ergänzt habe, lege nahe, dass er nur insoweit eine Korrelation zu § 6 GasNEV, der ebenfalls auf die betriebsnotwendigen Anlagegüter abstelle, angenommen habe. Die erst mit dieser Verwaltungsänderung eingeführte Fiktion des § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 GasNEV sei bewusst auf kalkulatorische Abschreibungen begrenzt worden. Die erforderliche doppelt analoge Anwendung der Zugangsfiktion des § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 GasNEV komme auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Frage, da es sich um eine belastende Regelung handle. Außerdem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Schließlich sei ein analoges Vorgehen bei Kapitalkostenaufschlag und Kapitalkostenabzug vom Verordnungsgeber vorgesehen. 23

Hiervon abgesehen könne der sich rein rechnerisch bei der Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags ergebende negative Kapitalkostenaufschlag für die Beschwerdeführerin, der nur durch die Addition mit dem positiven Kapitalkostenaufschlag des Verpächters in Summe zu einem positiven Kapitalkostenaufschlag werde, nicht berücksichtigt werden. Ein negativer Kapitalkostenaufschlag, der darauf beruhe, dass sie als Pächterin über kein eigenes Sachanlagevermögen verfüge und nur bei der Verpächterin und dem verbundenen Dienstleister kalkulatorische Restwerte des Anlagevermögens vorhanden seien, während sie die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge vereinnahme, entspreche nicht dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags. 24

Die am 06.03.2019 erhobene Beschwerde gegen den am 06.02.2019 erlassenen Beschluss der Bundesnetzagentur haben die Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2019 übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Beschwerdeführerin beantragt, 26

den Beschluss vom 24.11.2017 (BK9-16/8169-K17) in Gestalt des Änderungsbeschlusses vom 06.02.2019 (BK9-16/8189-K17) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 30.06.2017 auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden. 27

Die Bundesnetzagentur beantragt, 28

die Beschwerde zurückzuweisen. 29

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. 30

Durch § 34 Abs. 6 ARegV gebe der Verordnungsgeber eindeutig vor, dass eine erstmalige Anpassung der Erlösobergrenze 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 Antragszeitpunkts, sondern Zeitpunkt und 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. 31

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 Verordnungsgeber 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 regle § 34 32

Abs. 7 S. 1 ARegV, dass die Instrumente des Erweiterungsfaktors und der Investitionsmaßnahme ab der 3. Regulierungsperiode nicht mehr anzuwenden seien. Der Verordnungsgeber 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 Verordnungsgebers 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 denen der Netzkunden herbeigeführt worden.

33

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.

34

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.

35

36

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.

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 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 Erlösbergrenzenbudgets 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 Erlösbergrenzen der 2. Regulierungsperiode geführt hätten, würden sie dennoch von dem positiven Sockeleffekt erfasst. Dieser Sockeleffekt wirke nicht investitionsscharf, sondern bezogen auf die jeweilige Regulierungsperiode.

37

Die Nichtanerkennung von Kapitalkosten von Anlagegütern, die von dem mit der Beschwerdeführerin verbundenen Dienstleister aktiviert worden seien, sei nicht zu beanstanden.

38

Der Wortlaut des § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV stütze die Auffassung der Beschwerdeführerin nicht. Es sei fernliegend, aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Ausschlusses von Kapitalkosten eines Dienstleisters auf deren Anerkennungsfähigkeit zu schließen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Dienstleistungen dritter Unternehmen dem Netzbetreiber in Rechnung gestellt würden und damit im Rahmen der Kostenprüfung keine Kapitalkosten des Netzbetreibers, sondern aufwandsgleiche Kosten darstellten.

39

Die von der Beschwerdeführerin zum Beleg des Willens des Ordnungsgebers zitierte Passage aus den Verordnungsmaterialien behandle nicht den Kapitalkostenaufschlag, sondern den Kapitalkostenabzug. Es handle sich dabei zudem nicht um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern Kapitalkosten von Verpächtern oder Dienstleistern im Kapitalkostenabzug berücksichtigungsfähig seien, sondern allein um einen knappen Hinweis. Eine explizite Äußerung des Ordnungsgebers zur Einbeziehung von Kapitalkosten des Dienstleisters (oder Verpächters) in den Kapitalkostenaufschlag fehle.

40

Systematische Erwägungen stünden einer Einbeziehung der Kapitalkosten des Dienstleisters entgegen. Grundsätzlich richteten sich die für den Kapitalkostenabgleich maßgeblichen Vorschriften ausschließlich an den Netzbetreiber, da nur dieser unmittelbarer Adressat der Entgeltregulierung sei. Kapitalkosten eines verbundenen Dienstleisters seien auch nicht nach § 4 Abs. 5a GasNEV berücksichtigungsfähige Kapitalkosten des Netzbetreibers. Die

41

Vorschrift gebe lediglich vor, nach welcher Maßgabe und in welcher Höhe Dienstleisterkosten im Rahmen der Kostenprüfung ansatzfähig seien. Damit solle die Verrechnung von überhöhten und nicht wettbewerbsadäquaten Dienstleistungsentgelten verhindert werden. Die Vergabe von Dienstleistungen solle hierdurch aber gerade nicht dem wettbewerblichen Bereich entzogen werden. Die Erhöhung von Kapitalkosten des Dienstleisters werde über das Dienstleistungsentgelt vollumfänglich abgegolten.

Schließlich sprächen Sinn und Zweck des neu eingeführten Instruments des Kapitalkostenabgleichs für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Kapitalkosten des Netzbetreibers sowie auf Kapitalkosten betriebsnotwendiger Anlagegüter eines Verpächters. Häufig befänden sich wesentliche Bestandteile des Netzes oder gar das gesamte Netz im Eigentum Dritter, die nicht der Regulierung unterfielen. Solche grundsätzlich zulässigen Gestaltungen dürften nicht dazu führen, dass die Kapitalkosten der Anlagegüter, die einen wesentlichen Bestandteil der Netzkosten ausmachten, ganz oder teilweise dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs entzogen würden. Eine langfristige Betrachtung der Entwicklung des Anlagevermögens über den Kapitalkostenabgleich erscheine in dieser Konstellation angezeigt, insbesondere deshalb, weil die Anlagegüter des Verpächters zu dem zu regulierenden natürlichen Netzmonopol gehörten. Demgegenüber dienten die Dienstleistungsverträge dem Netzbetreiber nicht zur Bereitstellung von Anlagegütern, sondern von benötigten Dienstleistungen. Über sie würden primär operative Kosten des Netzbetriebs auf einen Dritten externalisiert. Im Gegensatz zu einem Verpächter, der sein Anlagevermögen gleichsam exklusiv zur Verfügung stelle, werde ein Dienstleister häufig nicht für einen einzelnen Kunden tätig. Dies gelte insbesondere auch im Fall konzernverbundener Dienstleister. Zudem könne der Netzbetreiber seinen Dienstleister – anders als seinen Verpächter – jederzeit wechseln oder eigenes Personal mit den betreffenden Tätigkeiten betrauen. Dienstleistungen würden im Wettbewerb beschafft und seien nicht Teil des natürlichen Netzmonopols. Somit sei die Erhöhung von Kapitalkosten eines Dienstleisters über das Dienstleistungsentgelt vollumfänglich abgegolten. Eine langfristige Abbildung der Entwicklung des Anlagevermögens eines Dienstleisters in der Erlösobergrenze des Netzbetreibers erscheine nicht sachgerecht.

42

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Dienstleistern und Verpächtern sei mit dieser Vorgehensweise nicht verbunden. Zwar stellten Kosten aus der Überlassung von Netzinfrastruktur aus Sicht des Netzbetreibers ebenfalls aufwandsgleiche Kosten dar. Der Unterschied bestehe jedoch darin, dass die Netzinfrastruktur der wesentliche Bestandteil des zu regulierenden natürlichen Netzmonopols sei. Eine Ungleichbehandlung erfolge im Übrigen auch im Rahmen der Vergleichbarkeitsrechnung nach § 14 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 ARegV. Auch hierbei würden die Kapitalkosten des Verpächters, nicht aber die Kapitalkosten des Dienstleisters berücksichtigt. Demgegenüber führe die von der Beschwerdeführerin geforderte Einbeziehung von Kapitalkosten des konzernverbundenen Dienstleisters in den Kapitalkostenaufschlag des Netzbetreibers zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Konzernverbund und konzernfremden Dienstleistern. Die Beauftragung eines konzernverbundenen Dienstleisters wäre für den Netzbetreiber aufgrund der Möglichkeit, zusätzliche Kapitalkosten in den Kapitalkostenaufschlag einzubeziehen, regelmäßig vorzugswürdig. Es sei aber kein Grund ersichtlich, warum Kapitalkosten konzernverbundener Dienstleister zu berücksichtigen sein sollten, Kapitalkosten nicht verbundener Dienstleister hingegen nicht.

43

Schließlich habe sie rechtsfehlerfrei den Jahresanfangsbestand der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse für das Jahr 2018 auf den vollen Wert der zu erwartenden Beiträge angesetzt, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zur

44

Restwertermittlung von Neuanlagen, die in dem für die Kostenprüfung maßgeblichen Basisjahr erstmals aktiviert worden seien, übertragbar sei. Zwar sei § 6 GasNEV weder direkt noch analog auf Passiva anzuwenden noch bestehe ein systematischer Zusammenhang zwischen § 7 Abs. 2 und § 6 GasNEV. Die Vergleichbarkeit der Restwertermittlung von Sachanlagevermögen einerseits und Netzanschlusskostenbeiträgen sowie Baukostenzuschüssen andererseits gebiete aber eine Durchführung der Mittelwertbildung in gleicher Weise, wie sie auch der langjährigen Regulierungspraxis entspreche. Die Vorgehensweise sei parallel, allein die Aktiv- und Passivseiten seien vertauscht. Im Zugangsjahr sei der volle Zugangswert anzusetzen, der Jahresendbestand ergebe sich aus dem um die Auflösungsbeträge verminderten Zugangswert, wobei an die Stelle der kalkulatorischen Abschreibung die lineare Auflösung über 20 Jahre trete. Die Berücksichtigung der vollen Zugangswerte im Jahresanfangsbestand gewährleiste eine vollständige Berücksichtigung der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse über die 20-jährige Auflösungsdauer, wie sie sich aus § 9 Abs. 1 S. 3 GasNEV ergebe. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin fänden Baukostenzuschüsse auch nicht allein durch handelsrechtliche passive Rechnungsabgrenzungsposten Eingang in das Abzugskapital, vielmehr sei in der aktuellen Kostenprüfung im Erhebungsbogen hierfür ein eigenes Tabellenblatt vorgesehen. Es sei widersprüchlich, dass die Beschwerdeführerin gegen die übrigen Jahresanfangs- und Jahresendbestände keine Einwendungen erhebe, also auch nicht gegen den Ansatz eines vollständigen Auflösungsbetrags von 1/20 des Zugangswertes im Zugangsjahr, gleichzeitig aber die Auflösung der Baukostenzuschüsse im ersten Jahr nicht vollständig vornehmen wolle. Auch der Einwand, die angegriffene Vorgehensweise bilde nicht die tatsächliche Finanzierungsstruktur ab und schmälere daher die Eigenkapitalverzinsung, gehe fehl. Die Anreizregulierung wie auch konkret die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung sei von zahlreichen Annahmen und Pauschalierungen geprägt. Hinsichtlich des Sachanlagevermögens führe die Zugangsfiktion zum 01.01. des Zugangsjahrs zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Kapitalbildung. Baukostenzuschüsse aber dienten gerade der Finanzierung von Sachanlagevermögen. Der Ordnungsgeber habe auch an keiner Stelle deutlich gemacht, dass er eine zeitanteilige Auflösung beabsichtige, insbesondere habe angesichts der gefestigten Regulierungspraxis, die bislang nicht in Streit gestanden habe, kein Anlass für eine Klarstellung bestanden.

Die Berücksichtigung des in einem Zwischenschritt auftretenden negativen Kapitalkostenaufschlags sei ebenfalls nicht zu beanstanden, da die Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags für den Netzbetreiber und den Verpächter – wie auch die Netzkostenermittlung – getrennt erfolge und anderenfalls die Kapitalkosten überhöht zum Vorteil von Netzbetreibern, die sich für das Verpachtungsmodell entschieden hätten, abgebildet würden. Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, sei, wenn die kalkulatorische Verzinsungsbasis aufgrund der Pacht des Netzes niedriger sei als die davon abzuziehenden Positionen, für die kalkulatorische Verzinsung deshalb ein negativer Wert anzusetzen. Dies gelte auch im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags. 45

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 46

**B.** 47

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Der Antrag, die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des angegriffenen Beschlusses zur Neubescheidung zu verpflichten, ist zulässig, aber unbegründet. 48

- 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. 49
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. 50
- 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 Anlagegüter 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. 51
- 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. 52
- 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. 53

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.

54

**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).

55

**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 Anlagegüter entstehen“.

56

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 Anlagegüter bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags zugrunde zu legen sind. Danach sind Anlagegüter 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 Anlagegüter, die in dem in § 10 Abs. 2 ARegV vorgegebenen Zeitraum aktiviert worden sind.

57

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.

58

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 grundsätzlich der jährlich neu für ein Jahr zu beantragende Aufschlag auch nur die in der

59

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.

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

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.):

„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)

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 Verwaltungsänderung 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:

„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.

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.“

(Hervorhebungen durch den Senat)

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.

68

**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.

69

**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.

70

**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.

71

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

72

Monopolkommission Nr. 77 „Energie 2017: Gezielt vorgehen, Stückwerk vermeiden“, Rn. 366, 367).

**2.3.2.1.** Gemäß § 34 Abs. 7 ARegV sind ab der 3. Regulierungsperiode weder das Instrument des Erweiterungsfaktors noch das der Investitionsmaßnahme anwendbar. 73

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. 74

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 Anlagegüter 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. 75

**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. 76

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, 77

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. 78

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. 79

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: 80

„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 81

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 Anlagegüter in der 3. Regulierungsperiode beschränkt.

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.

**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.

**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):

„... 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.“

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.

87

**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.

88

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, verkennt, 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

89

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. 90

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. 91

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 92

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. 93

**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. 94

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. 95

**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 96

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). 97

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 Ordnungsgeber 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. 98

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. 99

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. 101

**3.1.** Sowohl für Ersatzinvestitionen als auch für erweiterungsfähige 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. 102

**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. 103

**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. 104

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 Kapitalkostenaufschlag 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. 109

**II.** Die Bundesnetzagentur hat die Kapitalkosten von Anlagegütern, die nicht von der der Beschwerdeführerin, sondern von einem Dienstleister aktiviert wurden, im Rahmen der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags zu Recht nicht berücksichtigt. Die Auslegung des § 10a ARegV ergibt, dass zwar Kapitalkosten eines Verpächters, nicht jedoch Kapitalkosten des Dienstleisters in Ansatz zu bringen sind. 110

**1.** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV eher für eine Beschränkung auf die Kapitalkosten des Netzbetreibers. § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV lautet: „Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenaufschlags nach Satz 1 sind die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwandes für Fremdkapitalzinsen.“ Da es bei der Regelung um die dem Netzbetreiber anzuerkennenden Kapitalkosten geht, wäre zu erwarten gewesen, dass ansatzfähige Kapitalkosten, die nicht unmittelbar beim Netzbetreiber selbst entstehen, ausdrücklich genannt würden, soweit diese ebenfalls ansatzfähig sein sollten. 111

**2.** Hierfür spricht im Übrigen auch die Verordnungsbegründung zu § 10a ARegV (BR-Drs 296/16, Seite 34). Im 3. Absatz der Begründung heißt es: „Der Kapitalkostenaufschlag setzt sich zusammen aus den Kosten des Netzbetreibers für die kalkulatorische Abschreibung, die kalkulatorische Verzinsung und die kalkulatorische Gewerbesteuer.“ Die Begründung verweist somit ausdrücklich auf Kosten des Netzbetreibers. Für die Einbeziehung von Kosten 3.r Unternehmen findet sich hingegen kein Anhaltspunkt.

Dem steht auch die von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Passage der Verordnungsbegründung (BR-Drs 296/16, Seite 34, 1. Abs.) nicht entgegen, wonach der Kapitalkostenaufschlag dazu dient, Kapitalkosten, die nach dem Basisjahr getätigt werden und daher nicht in die Festlegung der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode eingeflossen sind (Neuinvestitionen), ohne Zeitverzug und ohne Unterscheidung zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen in der Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Denn ausgehend von der zunächst zitierten Erläuterung zu den ansetzbaren Kapitalkosten sind grundsätzlich nur Kapitalkosten von Investitionen des Netzbetreibers zu berücksichtigen und nicht – wie die Beschwerdeführerin meint – Kapitalkosten aller Investitionen, gleich ob diese von dem Netzbetreiber selbst oder von einem verbundenen Dienstleister getätigt werden.

113

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht aus der Verordnungsbegründung zu Anlage 2a zu § 6 ARegV (BR-Drs. 296/16, Seite 50). Danach dient die neu eingeführte Anlage zur Berechnung des Kapitalkostenabzugs, wobei der Kapitalkostenabzug aus der Differenz der Kapitalkosten im Basisjahr und der fortgeführten Kapitalkosten im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode besteht. Die Ermittlung der fortgeführten Kapitalkosten im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode soll auf der Grundlage des fortgeführten Bestands an betriebsnotwendigen Anlagegütern des Ausgangsniveaus erfolgen, insoweit heißt es ausdrücklich:

114

„Dies gilt auch für Kapitalkosten der Kostenbestandteile nach § 4 Abs. 5 und 5a der Stromnetzentgeltverordnung bzw. § 4 Abs. 5 und 5a der Gasnetzentgeltverordnung.“

115

Letztgenannte Vorschriften betreffen im Rahmen der kalkulatorischen Rechnung berücksichtigungsfähige Kosten des Verpächters bzw. Dienstleisters. Da sich die Verordnungsbegründung auf die reine Bezugnahme beschränkt und eine differenzierte Erläuterung, aus welchem Grund eine Berücksichtigung dieser Kosten sachgerecht sein sollte, an keiner Stelle, insbesondere nicht in der Begründung für den Kapitalkostenaufschlag, erfolgt, nimmt der Senat an, dass die Erstreckung auf § 4 Abs. 5a StromNEV bzw. GasNEV auf einer versehentlichen oder jedenfalls unbewussten inhaltlichen Gleichsetzung der Kapitalkosten von Verpächtern und Dienstleistern beruht.

116

**3.** Systematische Erwägungen streiten gegen die Berücksichtigungsfähigkeit der Kapitalkosten des Dienstleisters. Nach § 4 Abs. 5a S.1 GasNEV sind für den Fall, dass Unternehmen gegenüber einem Betreiber eines Gasversorgungsnetzes Dienstleistungen erbringen, die diesbezüglichen Kosten oder Kostenbestandteile nach Maßgabe der in diesem Absatz getroffenen Regelungen bei der Netzkostenermittlung zu berücksichtigen. Diese besagen aber nicht, dass Kapitalkosten des Dienstleisters im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags wie Kosten des Netzbetreibers zu behandeln sind. Vielmehr gibt § 4 Abs. 5a GasNEV vor, nach welcher Maßgabe und in welcher Höhe Dienstleisterkosten im Rahmen der Kostenprüfung ansatzfähig sind. Es soll sichergestellt werden, dass der Netzbetreiber die aus der Erbringung der Dienstleistung entstehenden Kosten maximal in der Höhe ansetzen kann, wie sie anfallen würden, wenn er die jeweiligen Leistungen selbst erbringen würde. Dies hat auch der Bundesgerichtshof für die Regelung des § 4 Abs. 5 GasNEV, die Verpachtungsfälle betrifft, bestätigt (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR

117

57/15, Rn. 34 juris, SWL-Verteilungsnetzgesellschaft). Er hat ausgeführt, nach § 4 Abs. 5 GasNEV dürfe ein Netzbetreiber für die Überlassung von Anlagegütern durch 3. höchstens diejenigen Kosten ansetzen, die anfielen, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Damit solle verhindert werden, dass insbesondere innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen. Nach § 4 Abs. 5 GasNEV könne sich aus den Kosten des Netzeigentümers zwar eine Obergrenze für die berücksichtigungsfähigen Kosten auf Seiten des Netzbetreibers ergeben. Den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Berechnung bildeten dennoch die Kosten des Netzbetreibers. Diese seien nur um diejenigen Bestandteile zu bereinigen, die nicht anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre. Diese Bereinigung stelle lediglich eine punktuelle Korrektur dar und ändert nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten sind (BGH, a.a.O., Rn. 45, juris). Gleiches gilt für Dienstleistungsentgelte im Rahmen von Dienstleistungsverträgen konzernverbundener Dienstleister nach § 4 Abs. 5a GasNEV. Das Prüfergebnis des Dienstleisters – unter Beachtung der Obergrenze des § 4 Abs. 5a GasNEV - stellt im Ausgangsniveau des Netzbetreibers eine aufwandsgleiche Kostenposition dar. Kapitalkosten des Dienstleisters werden folglich auch im Rahmen des § 4 Abs. 5a GasNEV nicht wie Kapitalkosten des Netzbetreibers behandelt.

**4.** Die von der Bundesnetzagentur gewählte Vorgehensweise, Kapitalkosten des Dienstleisters nicht im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags zu berücksichtigen, entspricht schließlich dem Sinn und Zweck des Instruments des Kapitalkostenabgleichs. 118

Dieser dient dazu, Neuinvestitionen in das Anlagevermögen ohne Zeitverzug und ohne Unterscheidung zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen in der jeweiligen kalenderjährlichen Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Dies gilt zunächst für das Anlagevermögen des Netzbetreibers. Allerdings ist zu bedenken, dass bei der sog. „schlanken Netzgesellschaft“ das Netz, das den wesentlichen Bestandteil des betriebsnotwendigen Anlagevermögens darstellt, im Eigentum des Verpächters steht, der als Drittunternehmen nicht der Regulierung unterfällt. Das Netz ist untrennbar mit dem zu regulierenden natürlichen Netzmonopol des Netzbetreibers verbunden. Zu Recht geht die Bundesnetzagentur insofern davon aus, dass die rechtlich zulässige Gestaltung der „schlanken Netzgesellschaft“ nicht dazu führen darf, dass die Kapitalkosten der Anlagegüter des Verpächters, die einen erheblichen Teil der Netzkosten ausmachen, ganz oder teilweise dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs entzogen werden. Denn dies würde eine erhebliche Schlechterstellung „schlanker Netzgesellschaften“ gegenüber großen Netzgesellschaften, bei denen das Netz im Eigentum des Netzbetreibers steht, darstellen. Dies gilt unabhängig davon, dass die Verpachtungskosten in die kalkulatorische Rechnung nicht als Kapitalkosten, sondern als aufwandsgleiche Kostenposition einfließen. 119

Anders zu beurteilen ist das Anlagevermögen des Dienstleisters. Dieser ist über Dienstleistungsverträge mit dem Netzbetreiber verbunden, deren wesentlicher Bestandteil nicht die Zurverfügungstellung der betriebsnotwendigen Anlagen, sondern die Zurverfügungstellung von Dienstleistungen ist. Eine zwingende Verbindung zwischen dem Anlagevermögen des Dienstleisters und dem Netzbetrieb besteht nicht, vielmehr dürfte dieses in der überwiegenden Zahl der Fälle austauschbar sein. Dienstleistungen, die - vom Netzbetreiber selbst durchgeführt - in erster Linie operative Kosten darstellen würden, werden auf dritte Unternehmen verlagert. Die Einordnung als operative Kosten bleibt dabei bestehen. Zwar wirken sich auch Kapitalkosten eines dritten Dienstleisters beim Netzbetreiber aus. Im Wesentlichen werden die Dienstleistungskosten jedoch durch operative Kosten des Dienstleisters bestimmt. 120

Zudem ist davon auszugehen, dass Dienstleister ihre Kapitalkosten und in gewissen Umfang auch zukünftige Erhöhungen der Kapitalkosten in ihre Dienstleistungsentgelte eingepreist haben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Dienstleistungsaufwand des Basisjahrs für die gesamte Regulierungsperiode fortgeschrieben wird. Denn dies entspricht der bewusst vom Ordnungsgeber vorgenommenen Pauschalierung, die für die aufwandsgleichen Kosten grundsätzlich fortbesteht. Danach sollen Kostenerhöhungen, aber auch Kostensenkungen innerhalb der Regulierungsperiode für die kalkulatorische Rechnung grundsätzlich außer Betracht bleiben. 121

Eine Berücksichtigung von Anlagevermögen des Dienstleisters, die langfristig angelegt wäre, würde auch dem Wettbewerbsgedanken und damit dem in § 21 a Abs. 1 EnWG angelegten Effizienzziel widersprechen. Danach soll der Netzbetreiber aufgrund der Gegebenheiten des Marktes unter Effizienzgesichtspunkten entscheiden, ob er eine bestimmte Dienstleistung selbst erbringt oder diese auf ein drittes Unternehmen auslagert. Auch die Auswahl unter verschiedenen geeigneten Drittunternehmen hat unter Effizienzgesichtspunkten zu erfolgen. 122

Gegen die Berücksichtigung von Kapitalkosten des Dienstleisters spricht schließlich, dass dies voraussichtlich zu einer schwer überschaubaren Erweiterung berücksichtigungsfähiger Kapitalkosten und erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen würde. Zunächst stellt sich die Frage, ob von einer solchen Auslegung nur die Kapitalkosten konzernverbundener Dienstleister betroffen wären oder unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten dann nicht auch die Kapitalkosten von nicht mit dem Netzbetreiber konzernverbundenen Dienstleistern erfasst werden müssten. Ansonsten würde für den Netzbetreiber der Fehlanreiz geschaffen, konzernverbundene Unternehmen mit Dienstleistungen zu beauftragen, auch wenn diese von einem Drittunternehmen günstiger angeboten werden. Zudem greifen viele Netzbetreiber nicht nur auf einen Dienstleister, sondern in sehr unterschiedlichem Umfang auf mehrere Dienstleister zurück. Daran knüpft die Frage an, ob auch Kapitalkosten von Dienstleistern, die nur in geringem Umfang für den Netzbetreiber tätig sind, berücksichtigungsfähig sein sollen. Auch haben die beauftragten Dienstleister mehrheitlich mehrere Auftraggeber, so dass es bei der Zuordnung der Höhe der zu berücksichtigenden Kapitalkosten zu einem Auftraggeber voraussichtlich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten gäbe. 123

**III.** Auch das Vorgehen der Bundesnetzagentur, als Jahresanfangsbestand der Restwerte der für 2018 erwarteten Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse den vollen Wert der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2018 zu erwartenden Zugänge anzusetzen, ist nicht zu beanstanden. 124

**1.** Nach § 10a Abs. 5 ARegV bestimmt sich die kalkulatorische Basis für die in den Kapitalkostenaufschlag einzubeziehende Verzinsung 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. Des Weiteren sind gemäß § 10a Abs. 6 ARegV für die Bestimmung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis - als Abzugsposition von den sich nach § 10a Abs. 5 ARegV ergebenden Restwerten - die Restwerte der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse nach § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 StromNEV/GasNEV zu berücksichtigen (S. 1), wobei jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangsbestand und Jahresendbestand anzusetzen ist (S. 2). Bis einschließlich des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres, im Streitfall also für die Jahre 2016 und 2017, ist auf den tatsächlichen Bestand an Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen abzustellen, im Übrigen bis einschließlich des Kalenderjahres, für das die Anpassung der 125

Erlösobergrenze erfolgt, auf den zu erwartenden Bestand an Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen (S. 3). Dies betrifft im Streitfall das Jahr 2018. § 7 Abs. 2 Nr. 4 StromNEV/GasNEV sieht vor, dass beim Abzugskapital jeweils der Jahresanfangs- und Jahresendbestand der erhaltenen Baukostenzuschüsse einschließlich passivierter Leistungen der Anschlussnehmer zur Erstattung von Netzanschlusskosten anzusetzen ist.

**2.** Es steht im Einklang mit diesen verordnungsrechtlichen Vorgaben, dass die Bundesnetzagentur zum 01.01.2018 einen Jahresanfangsbestand der Restwerte der für 2018 zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse von ... Euro, d.h. in voller Höhe der zu erwartenden Zugänge, angesetzt hat. 126

**2.1.** Weder dem Wortlaut des § 10a Abs. 6 S. 2 ARegV noch dem des § 7 Abs. 2 Nr. 4 GasNEV lässt sich eine zwingende Vorgabe dahingehend entnehmen, ob und mit welchem Wert ein Anlagegut im Jahresanfangsbestand einzustellen ist. Eine allein am Wortlaut orientierte Auslegung spricht zwar 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, juris). Zwingende Schlussfolgerungen lassen sich hieraus jedoch nicht ziehen (BGH a.a.O., Rn. 13). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Begriff des Jahresanfangsbestandes in den genannten Vorschriften mithin einer Auslegung zugänglich, so dass insbesondere systematische oder teleologische Erwägungen ein anderes Verständnis rechtfertigen können als das durch den Wortlaut naheliegende. 127

**2.2.** Systematische Erwägungen sprechen dafür, den vollen Wert der zu erwartenden Zugänge von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen im Jahresanfangsbestand anzusetzen. 128

**2.2.1.** Zwar folgt dies nicht bereits aus einer unmittelbaren Übertragung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV auf die Mittelwertbildung bei im Basisjahr aktivierten Neuanlagen. § 6 Abs. 5 S. 4 GasNEV sieht vor, dass bei der kalkulatorischen Abschreibung eines Anlagegutes jeweils ein Zugang desselben zum 1. Januar des Anschaffungsjahres zugrunde zu legen ist. 129

Der Bundesgerichtshof hat durch Beschluss vom 10.11.2015 (EnVR 43/14) 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 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. 130

Diese besondere systematische Verknüpfung zwischen der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 Abs. 5 GasNEV für das Sachanlagevermögen und der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung besteht – wovon auch die Bundesnetzagentur ausgeht - im Hinblick auf Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse indes nicht. 131

Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse werden gerade nicht nach Maßgabe des § 6 GasNEV abgeschrieben, sondern unterliegen einem eigenständigen 132

Auflösungsregime. An die Stelle der kalkulatorischen Abschreibung tritt die lineare Auflösung über 20 Jahre gemäß bzw. entsprechend § 9 GasNEV (Behringer in: BerlK-EnR, Band 3, 4. Aufl., § 10a ARegV, Rn. 39). § 9 GasNZEV ist über den Verweis auf § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GasNEV anwendbar und findet auch auf die infolge eines redaktionellen Versehens nicht ausdrücklich dort aufgeführten Netzanschlusskostenbeiträge entsprechend Anwendung (Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 9 StromNEV/GasNEV, Rn. 12; Mohr in: BerlK-EnR, a.a.O., § 9 StromNEV, Rn. 10 m.w.N.). Ein weiterer Unterschied zwischen § 7 Abs. 2 und § 6 GasNEV liegt darin, dass die Höhe des Abzugs nach § 9 Abs. 2 GasNEV grundsätzlich der Tätigkeits-Gewinn- und-Verlustrechnung entnommen wird (Scholtka/Otto in: BerlK-EnR, a.a.O., §§ 4-10 GasNEV, Rn. 70; Mohr in: BerlK-EnR, a.a.O., § 9 StromNEV, Rn. 1; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 StromNEV/GasNEV, Rn. 72) und nicht - wie in § 6 Abs. 1 GasNEV für die Anschaffungs- und Herstellungskosten vorgesehen - kalkulatorisch ermittelt wird (vgl. hierzu auch Senat, Beschluss vom 11.09.2013, VI-3 Kart 198/12, Rn. 46, juris).

**2.2.2.** Unter Berücksichtigung der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Mittelwertbildung bei Neuanlagen ist es jedoch im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang zwischen § 10a Abs. 5 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 3 GasNEV einerseits und § 10a Abs. 6 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 2 S 2 Nr. 4 GasNEV andererseits sachangemessen, auch bei den Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen als Abzugskapital den Jahresanfangsbestand im Zugangsjahr auf den vollen Wert festzulegen. 133

**2.2.2.1.** Die Fiktion eines Zugangs zum 1. Januar bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten i.S.d. § 7 Abs. 1 GasNEV führt dazu, dass der Netzbetreiber die Verzinsung für ein ganzes Jahr erhält, obwohl er die Neuanlage möglicherweise erst unterjährig tatsächlich aktiviert hat. Durch den Gleichlauf der Verzinsung mit der Abschreibung des Anlagengutes ist dabei sichergestellt, dass der Netzbetreiber die Verzinsung nicht über die tatsächliche Kapitalbindung hinaus erhält. Denn hinsichtlich der Abschreibungen ergeben sich durch die auf ganze Jahre bezogene Betrachtung nur zeitliche, nicht aber betragsmäßige Abweichungen. Im Vergleich zu einer monats-scharfen Abrechnung hat diese Betrachtung zur Folge, dass im Jahr der Anschaffung höhere Abschreibungen anfallen, die Abschreibungsmöglichkeit im letzten Jahr hingegen entfällt. Die Höhe der Abschreibungen in den dazwischen liegenden Jahren, der Gesamtbetrag der Abschreibungen und die Länge des Abschreibungszeitraums bleiben hingegen unverändert (BGH a.a.O., Rn. 18, 27, juris). Vorteile für den Netzbetreiber könne allenfalls dadurch entstehen, dass die gesamte Jahresscheibe bereits im Anschaffungsjahr abgeschrieben wird. 134

**2.2.2.2.** Diese Erwägungen gelten sinngemäß auch für das Abzugskapital, hier die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse. Der Ansatz des vollen Wertes der zu erwartenden Zugänge im Jahresanfangsbestand des Zugangsjahres führt zu einer fiktiven Annahme eines Zugangszeitpunkts zum 1. Januar. Damit wird unterstellt, dass die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse bereits zum Jahresbeginn vollständig zur Finanzierung des Sachanlagevermögens zur Verfügung gestanden haben, obgleich ein Zugang möglicherweise erst unterjährig zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt ist. Da aber gleichzeitig mit dem Zugangsjahr eine lineare Auflösung über 20 Jahre - bereits um 1/20 im Zugangsjahr - beginnt, erfolgt lediglich eine zeitliche, nicht aber eine betragsmäßige Abweichung. 135

**2.2.2.3.** Die durch die beanstandete Vorgehensweise der Bundesnetzagentur begründete zeitliche Abweichung gewährleistet in der Gesamtbetrachtung des Kapitalkostenaufschlags eine angemessene Eigenkapitalverzinsung. 136

Die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse dienen der Finanzierung des Sachanlagevermögens und entsprechen damit als Passiva dem betriebsnotwendigen Vermögen als Aktiva. Es ist deshalb sachgerecht, wenn etwaigen Vorteilen, die den Netzbetreibern durch die aufgezeigte zeitliche Vorverlagerung der Abschreibungen auf das Sachanlagevermögen entstehen, etwaige Nachteile durch eine zeitliche Vorverlagerung des Zugangszeitpunktes der deren Finanzierung dienenden Mittel auf den Jahresanfangsbestand gegenüberstehen. Dieser Gleichlauf im Hinblick auf den Investitionszeitpunkt stellt sicher, dass die Netzbetreiber nicht einseitig von der gesetzessystematisch erforderlichen Vorverlagerung des Investitionszeitpunktes profitieren. So geht auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Wertansätze von Aktiva in § 7 Abs. 1 GasNEV und Passiva in § 7 Abs. 2 GasNEV grundsätzlich denselben zeitlichen Vorgaben zu unterwerfen sind, da nur dann die Verzinsung angemessen im Sinne des § 21 Abs. 1 EnWG ist (BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, Rn. 13, juris; Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 43/14, Rn. 34, juris). Die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass beide Regelungssysteme völlig unabhängig voneinander seien und ein Gleichlauf nur innerhalb der Systeme erfolgen müsse, ist damit ersichtlich nicht vereinbar.

137

Dass sich ein vollständiger zeitlicher Gleichlauf zwischen Aktiva und Passiva wegen der bereits aufgezeigten Unterschiede bei der Abschreibungs- bzw. Auflösungsdauer der Restwerte und deren unterschiedlicher Ermittlungsmethode, die vom Ordnungsgeber so vorgegeben sind, nicht erreichen lässt, ist insoweit unschädlich. Denn die Herstellung eines zeitlichen Gleichlaufs im Zeitpunkt der Investition lässt die Regelungen zur Dauer der Abschreibung bzw. Auflösung unberührt. Insbesondere führt der Ansatz eines Jahresanfangsbestands der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im Zugangsjahr von Null nicht zu einer nicht mit den Vorgaben des § 9 GasNEV unvereinbaren Auflösung der Kapitalzugänge. Die lineare Auflösung über 20 Jahresscheiben ist gewährleistet, wenn gemäß der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur der volle Zugangswert im Jahresanfangsbestand des Zugangsjahres angesetzt wird und dann zur Ermittlung des Jahresendbestandes um 1/20 reduziert wird. Bei Fortsetzung dieser Vorgehensweise erfolgt eine vollständige Auflösung mit Beendigung des 20. Jahres, und zwar gleichförmig jeweils um 1/20 jährlich.

138

**2.2.5.** Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur führt auch nicht zu einer Friktion zwischen Kapitalkostenaufschlag und -abschlag. Dies gilt schon deshalb, weil der Kapitalkostenabschlag nach § 6 Abs. 3 S. 5 ARegV nur für sog. Bestandsanlagen vorgenommen wird, d.h. Investitionen nach dem Basisjahr und damit auch die hierauf entfallenden Netzkostenanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse wie die hier für das Jahr 2018 zu erwartenden Kapitalzugänge schon im Ausgangspunkt nicht umfasst sind. Hiervon abgesehen ist nicht ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur bei der linearen Auflösung der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im Rahmen des Kapitalkostenabschlags anders vorgehen würde als im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags.

139

**2.3.** Die streitgegenständliche Berücksichtigung der vollen im Zugangsjahr erwarteten Zugänge an Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen im Jahresanfangsbestand steht zugleich im Einklang mit Sinn und Zweck der Regelung in § 10a Abs. 6 ARegV bzw. § 7 GasNEV.

140

Die Regelung in § 10a Abs. 6 ARegV soll nach dem Willen des Ordnungsgebers sicherstellen, dass Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse angemessen in der Verzinsungsbasis berücksichtigt und eine Doppelanerkennung oder ein doppelter Abzug vermieden werden (BR-Drs. 296/16, S. 35 f.). Auch § 7 GasNEV dient der Gewährleistung

141

einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung: Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung soll gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG sicherstellen, dass der Netzbetreiber eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielt (BR-Drs. 245/05 vom 14.04.2005, S. 35; siehe auch BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, Rn. 21, juris; Senat, Beschluss vom 11.09.2013, VI-3 Kart 198/12 (V), Rn. 50, juris). Durch die zeitliche Vorverlagerung des Zugangszeitpunkts der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse auf den Jahresanfang kommt es nicht zu einer rechtswidrigen Schmälerung der Verzinsung des eingesetzten Kapitals, da auch der Zeitpunkt des Entstehens der Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagen, die im Jahresverlauf aktiviert werden, auf den Jahresanfang vorverlagert wird. Gerade dieser zeitliche Gleichlauf stellt die angemessene Eigenkapitalverzinsung sicher.

**2.4.** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin finden sich keine Argumente in der Gesetzeshistorie, die gegen den Ansatz des vollen Wertes der zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im Jahresanfangsbestand des Zugangsjahres sprechen. Insbesondere lassen sich keine Rückschlüsse auf einen entgegenstehenden Willen des Verordnungsgeber daraus ziehen, dass durch Beschluss des Bundesrates vom 09.07.2010 zur Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts die Fiktion eines Zugangs des Anlagegutes zum 1. Januar ausdrücklich nur im Rahmen des § 6 Abs. 5 S. 4 StromNEV/GasNEV geregelt worden ist. Denn auch in § 7 Abs. 1 StromNEV/GasNEV fehlt eine ausdrückliche Anordnung dieser Fiktion, deren Übertragbarkeit indes höchstrichterlich anerkannt ist. Der Verordnungsgeber hat die diesbezügliche höchstrichterliche Rechtsprechung auch nicht zum Anlass genommen, die Fiktion in den Wortlaut des § 7 Abs. 1 StromNEV/GasNEV aufzunehmen, so dass auch ein bewusstes Absehen hiervon bei § 7 Abs. 2 StromNEV/GasNEV nicht anzunehmen ist. 142

**2.5.** Schließlich führt auch der Umstand, dass sich die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse aus den bilanziellen Abschreibungen der Gewinn- und-Verlust-Rechnungen herleiten und nicht rein kalkulatorisch bestimmt werden, nicht dazu, dass der Jahresanfangsbestand im Zugangsjahr auf Null festzusetzen ist. 143

Zwar gilt auch im Hinblick auf die Gewinn- und Verlust-Rechnung der Grundsatz der Bilanzidentität gemäß § 252 Abs. 1 HGB, wonach die Anfangsbilanz des neuen Jahres mit der Schlussbilanz des alten Jahres übereinstimmen muss. Bei einem im Jahresendbestand des Vorjahres noch nicht ausgewiesenen Kapitalzugang durch Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse wäre demgemäß auch der Jahresanfangsbestand bei strikt bilanzieller Betrachtung auf Null festzusetzen. Die bilanzrechtlichen Vorgaben werden indes durch die systematischen und teleologischen Erwägungen überlagert. Diese sind vorrangig, da sie den Besonderheiten Rechnung tragen, die sich aus dem regulatorischen Gefüge der ARegV und GasNEV ergeben. 144

Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass im Rahmen des Abzugskapitals für nicht aufgelöste Baukostenzuschüsse nach § 7 Abs. 2 StromNEV/GasNEV passive Rechnungsabgrenzungsposten nach § 250 Abs. 2 HGB zu bilden sind, während aktive Rechnungsabgrenzungsposten im Rahmen des § 7 Abs. 1 StromNEV/GasNEV nicht berücksichtigungsfähig sind. Hieraus ergibt sich lediglich, dass § 7 Abs. 2 StromNEV/GasNEV im Grundsatz eine bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde liegt. 145

**3.** Des Weiteren ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur als rechnerischen Zwischenschritt deshalb einen negativen Kapitalkostenaufschlag für die Beschwerdeführerin ermittelt, weil die Beschwerdeführerin als Pächterin über kein eigenes Sachanlagevermögen 146

verfügt und nur bei der Verpächterin und dem verbundenen Dienstleister kalkulatorische Restwerte des Anlagevermögens vorhanden sind. Diese Vorgehensweise entspricht der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach zu gewährleisten ist, dass Abzugskapital im Sinne des § 7 Abs. 2 GasNEV beim Netzbetreiber in voller Höhe angesetzt wird. Wenn das betriebsnotwendige Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV beim Netzbetreiber aufgrund der Gebrauchsüberlassung im Rahmen eines Pachtmodells niedriger ist als das Abzugskapital, ist für die kalkulatorische Verzinsung des Eigenkapitals deshalb ein negativer Wert anzusetzen (BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 40 ff., juris; bestätigt durch Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 36, juris).

**IV.** 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 unveröffentlicht). 147

**1.** Aus § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV folgt nicht, dass die Bundesnetzagentur die durch Beschluss vom 31.10.2011 (BK4-11-304) für die 2. Regulierungsperiode festgelegten Zinssätze anzuwenden hat. 148

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 Erlösobergrenzen aufgrund eines zum 30.06.2017 beantragten 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. 149

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 150

Gleichlauf von Kapitalkostenabzug und Kapitalkostenaufschlag steht eine unterschiedliche Verzinsung von Kosten für Investitionen innerhalb einer Regulierungsperiode nicht in Einklang.

Dass die Anwendung des Eigenkapitalzinssatzes der dem Basisjahr zugehörigen Regulierungsperiode auch dem Willen des Ordnungsgebers 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 Ordnungsgebers 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. 151

**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. 152

## **C.** 153

**I.** Soweit die Beschwerde auf die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung gerichtet war, beruht die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hatte, entspricht es billigem Ermessen, ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 154

Im Hinblick auf die übereinstimmend für erledigt erklärte Beschwerde vom 06.03.2019 war gemäß § 90 EnWG in Verbindung mit § 162 Abs. 2 S. 1 VwGO und § 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO nur noch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden und zwar nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes (vgl. [BGH, Beschluss vom 22.12.2009, EnVR 64/08](#); 18.10.2011, KVR 35/08). Bei Anlegung dieses Maßstabs ist es angesichts des Verfahrensausgangs in dem verbundenen Beschwerdeverfahren angemessen, der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen. 155

**II.** Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die verbundenen Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. 156

Das mit der Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 24.11.2017 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 06.02.2019 in der Sache verfolgte Rechtsschutzziel hat die Beschwerdeführerin ausgehend von dem für die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 beantragten Kapitalkostenkostenaufschlag ursprünglich mit ..., sodann mit ... Euro 157

bezieht.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts betreffend die für erledigt erklärte Beschwerde beruht auf den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten. 158

**D.** 159

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). 160

**Rechtsmittelbelehrung:** 161

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](http://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). 162

---

163