
Datum: 12.05.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 837/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0512.3KART837.19.00

Leitsätze:

Die standardisierte Vorgehensweise der Bundesnetzagentur war geeignet, eine hinreichende Plausibilisierung der von den Netzbetreibern zur Ermittlung der Effizienzwerte übermittelten Daten zu erreichen. Die den Netzbetreibern von der Bundesnetzagentur gesetzten Fristen zur Vorlage bzw. Überprüfung von Daten für die Ermittlung des Effizienzwertes haben präkludierende Wirkung. Bei der Entscheidung über eine rückwirkende Verlängerung der Frist, im Streitfall die Berücksichtigung der nachträglichen Korrektur einer schuldhaft fehlerhaften Datenmeldung des Netzbetreiber für die Ermittlung des individuellen Effizienzwertes, kann die Bundesnetzagentur zu deren Nachteil maßgeblich auf die den Netzbetreibern bekannte Bedeutung der Datenqualität und das Interesse an der Einheitlichkeit der Datengrundlage abstellen. Dass die Beschwerdeführerin bei Versagung der Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes knapp 24 % ihrer Eigenkapitalverzinsung nicht realisieren kann, rechtfertigt nicht die Annahme einer unzumutbaren Härte.

Tenor:

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22.08.2019 (BK8-17/3007-11) wird unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten tragen die Beschwerdeführerin zu $\frac{3}{4}$ und die Bundesnetzagentur zu $\frac{1}{4}$.

Der Beschwerdewert wird bis zum 27.11.2020 auf ... Euro und ab dem 28.11.2020 auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin betreibt unter anderem ein Elektrizitätsverteilernetz, an das ... Entnahmestellen auf Niederspannungs-, Mittelspannungs- und Hochspannungsebene angeschlossen sind. Die Netzanlagen hat sie von der ... AG (nachfolgend: Verpächterin) gepachtet.

3

Durch den angefochtenen Beschluss vom 22.08.2019 (Az.: BK8-17/3055-11) hat die Bundesnetzagentur die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode Strom (2019 bis 2023) festgelegt. Dabei hat sie Fremdkapitalzinsen der Verpächterin in Höhe von ... Euro gekürzt, von denen ... Euro zwischen den Parteien zunächst streitig gewesen sind. Hierbei handelt es sich um Zinsen aus einem Darlehen gegenüber Kreditinstituten, konkret gegenüber der ... Bank in Höhe von insgesamt ... Euro, von denen die Bundesnetzagentur nur ... Euro anerkannt hat (Beschluss, Anlage 2, Pos. 1.3.3. im BAB). Zur Begründung der Kürzung der Fremdkapitalzinsen hat die Bundesnetzagentur die Geltendmachung überhöhter Zinssätze angeführt, wobei sie zur Plausibilisierung die von der Bundesnetzagentur veröffentlichte Jahreszinssatzreihe für Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFI's) aus dem Jahr 2015 (entsprechend der Angabe des Auszahlungsdatums in dem Erhebungsbogen) herangezogen hat, die bei 2,4 % p.a. gelegen hatte. Die Berücksichtigung des Zinssatzes aus dem Jahr 2015 beruhte auf dem Umstand, dass die Verpächterin im Erhebungsbogen unter der Rubrik „Darlehensspiegel des Jahres 2016“ den aktuellen Gläubiger der Darlehensforderung, die ... Bank, angegeben und in Spalte IX als „Auszahlungsdatum“ nicht den eigentlichen Tag der Auszahlung des Darlehens, sondern den Tag der letzten Abtretung der Darlehensforderung an die ... Bank eingetragen hatte. Tatsächlich hatte die Beschwerdeführerin das mit Wirkung zum 09.10.2015 an die ... Bank abgetretene Darlehen jedoch bereits 2008 zu einem Zinssatz von 5,27 % p.a. aufgenommen. Die von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Jahreszinssatzreihen für Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) des Jahres 2008 lagen indes bei 6,3 %. Nachdem sich im Laufe dieses Verfahrens der irrtümliche Falscheintrag – Tag der Abtretung an die ... Bank anstelle des Auszahlungsdatums – geklärt hatte, hat die Bundesnetzagentur mit ihrer Duplik den Zinssatz von 5,27 % p.a. unstreitig gestellt und eine Neuberechnung angekündigt.

4

Im Rahmen der Berechnung der Kapitalkosten im Ausgangsniveau hat die Bundesnetzagentur den Jahresanfangsbestand der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse mit ihrem vollen Wert angesetzt. Zur Begründung ihres Vorgehens hat die Bundesnetzagentur auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 10.11.2015, Az.: EnVR 43/14 zu unterjährig aktivierten Neuanlagen verwiesen und ausgeführt, die Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse im Jahresanfangsbestand entspreche der

5

Behandlung von korrespondierenden Anschaffungs- und Herstellungskosten auf der Aktivseite, weshalb die Rechtsprechung auf Baukostenzuschüsse übertragbar sei.

Zudem hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Kapitalkostenabzugs Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die in dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 entstanden sind, für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf den kalkulatorischen Restwert des Basisjahrs fixiert. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sachlich handele es sich hierbei um Kapitalkostenbestandteile. Es entspreche Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die Kapitalkosteneffekte von Neuinvestitionen vollumfänglich vom Kapitalkostenabzug auszunehmen. Eine Ungleichbehandlung positiver und negativer Kostenbestandteile sei ökonomisch nicht begründbar. 6

Seit der Novellierung der Anreizregulierungsverordnung im Jahr 2016 (2. Verordnung zur Änderung der ARegV mit Wirkung zum 17.09.2016 (BGBl. I, 2147)) gilt der sogenannte Kapitalkostenabgleich, der durch die Beseitigung der bisherigen systemimmanenten negativen wie positiven Sockeleffekte eine Abkehr von dem basisjahrorientierten Budgetansatz darstellt. Zur Erleichterung des Systemübergangs vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich für Investitionen aus den ersten beiden Regulierungsperioden hat der Verordnungsgeber die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV eingefügt. In der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 296/16, S. 49) heißt es hierzu: 7

„Absatz 5 enthält eine Übergangsregelung für die vorübergehende Beibehaltung des bisherigen positiven Sockeleffekts für Investitionen in die Strom- bzw. Gasverteilernetze. Grundsätzlich ist die Refinanzierung dieser Investitionen über die Erlösobergrenzenbudgets und deren Anpassungen der ersten beiden Regulierungsperioden sowie die künftige Anerkennung der Kapitalkosten gesichert, sodass 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 Interessen der Netzkunden dar. [...] 8

Zur Berechnung des Sockels nach § 34 Absatz 5 werden die Kapitalkosten für Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis einschließlich 31. Dezember 2016 erstmals aktiviert wurden, für die Dauer der dritten Regulierungsperiode nicht nach § 6 Absatz 3 nachgefahren. Das Absinken der Restbuchwerte und damit auch das Absinken der Kapitalkosten werden bei diesen Anlagegütern ausschließlich für die dritte Regulierungsperiode nicht berücksichtigt. Die Regelung gilt ausschließlich für die in Absatz 5 bezeichneten Sachanlagegüter und lediglich für die Dauer der dritten Regulierungsperiode.“ 9

Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die ein Netzbetreiber im Zeitraum ab dem 01.01. des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze folgt, oder bis zum 31.12. des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, erhalten hat oder voraussichtlich erhalten wird, können seit dieser Novellierung jahresscharf über § 10a Abs. 6 ARegV in der kalkulatorischen Verzinsungsbasis für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden. Eine entsprechende Regelung für eine Berücksichtigung der abschmelzenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Rahmen des Kapitalkostenabzugs fehlte in dem Entwurf der Bundesregierung zur Novellierung der ARegV 2016 zunächst. Auf Initiative des Bundesrats wurde sodann § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt. Zur Begründung heißt es (BR-Drs. 296/16 10

(Beschl.), S. 2):

„In die Ermittlung des Kapitalkostenabzuges müssen neben den Veränderungen der Vermögenswerte auch die sich gleichermaßen ändernden Verbindlichkeiten eingehen. Mit der Erweiterung von § 6 Absatz 3 Satz 4 ARegV soll insbesondere eine Grundlage dafür geschaffen werden, dass insoweit Baukostenzuschüsse Berücksichtigung finden. Diese werden über 20 Jahre ertragswirksam aufgelöst und entsprechend kostenmindernd in der Erlösobergrenze berücksichtigt. Würden also die Rückgänge der Baukostenzuschüsse für den Anlagenbestand aus dem letzten Basisjahr nicht im Rahmen des Kapitalkostenabzuges berücksichtigt, würden die Erlöse zu stark abgesenkt.“ 11

Die Berücksichtigung des jährlichen Rückgangs der Baukostenzuschüsse im Kapitalkostenabzug wäre auch konsistent zu der Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags. Nach § 10a Absatz 6 ARegV sind beim Kapitalkostenzuschlag die jährlichen Restwerte der Baukostenzuschüsse als Abzugskapital anzusetzen.“ 12

In der Erlösobergrenze findet der Kapitalkostenabzug über die vorübergehend nicht beeinflussbaren bzw. beeinflussbaren Kostenanteile Berücksichtigung, indem gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 ARegV als vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten des jeweiligen Jahres der Regulierungsperiode die mit dem nach § 15 ARegV ermittelten bereinigten Effizienzwert multiplizierten Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile des Ausgangsniveaus und nach Abzug des Kapitalkostenabzugs der jeweiligen Regulierungsperiode und bei den beeinflussbaren Kostenanteilen noch nach Abzug der vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile gelten. 13

Bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs im Rahmen des § 6 Abs. 3 ARegV hat die Beschlusskammer einen Kapitalabzug bei der Beschwerdeführerin nicht vorgenommen, weil sich bei ihr rechnerisch ein negativer Kapitalkostenabzug ergeben hat. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass ein negativer Kapitalkostenabzug wie ein Zuschlag wirken und somit sowohl dem Verordnungswortlaut „Kapitalkostenabzug“ als auch dem Sinn und Zweck der Regelung widersprechen würde. In Folge dessen hat sie den negativen Kapitalkostenabzug auf 0 festgesetzt und damit die negativen Kapitalkosten des Ausgangsniveaus für die vier Jahre der Regulierungsperiode „eingefroren“, so dass diese unverändert fortgeführt werden. Nur für die Verpächterin hat sie einen positiven Kapitalkostenabzug in den Jahren der Regulierungsperiode 2019 bis 2023 ermittelt. 14

Im Rahmen der Datenerhebung für den Effizienzvergleich meldete die Beschwerdeführerin für den Strukturparameter der installierten dezentralen Erzeugungsleistung den Wert von ... MW (Stand 31. Dezember 2016). Dieser Wert entsprach der bis einschließlich Ende 2015 installierten KWK-Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene. Unberücksichtigt blieb dabei die elektrische Leistung (... MW) des am 22.01.2016 neu in Betrieb genommenen Kraftwerksblocks F „...“. Die Beschwerdeführerin korrigierte ihre Angaben zur installierten dezentralen Erzeugungsleistung mit E-Mail vom 20.02.2019 und erneut mit E-Mail vom 11.03.2019 und bat darum, eine Erzeugungsleistung von ... MW in die Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung umzuordnen und die Erzeugungsleistung um eine elektrische Leistung von ... MW in der Hochspannungsebene zu erhöhen, wodurch sich der Leistungswert von ... kW auf ... kW erhöhte. Unter Berücksichtigung der zutreffenden Angaben wäre der Effizienzwert der Beschwerdeführerin auf 100 % gestiegen. Die Bundesnetzagentur hat jedoch nur die ursprünglich gemeldeten falschen Daten berücksichtigt und den Effizienzwert deshalb auf 96,75 % festgesetzt. 15

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22.08.2019.

Sie ist der Auffassung, die Falschangabe zu den Fremdkapitalzinsen – Datum der Abtretung an die ... Bank an Stelle des Datums der Auszahlung des Darlehens – habe offenbar auf einem durch die standardisierten Vorgaben in dem Erhebungsbogen ausgelösten Missverständnis beruht. Selbst wenn man den Begriff „Auszahlungsdatum“ in der Eingabemaske sicherlich auch anders verstehen könne, sei dieses Verständnis jedenfalls nicht eindeutig. Der Bundesnetzagentur hätte aufgrund der weiteren Angaben und des Vergleichs mit dem Darlehen in Nr. 4 des Erhebungsbogens auch klar sein müssen, dass der streitgegenständliche Darlehensvertrag nicht erst 2015 abgeschlossen worden sei. 17

Rechtsfehlerhaft habe die Bundesnetzagentur ferner unterjährig vereinnahmte Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Anfangsbestand in voller Höhe und nicht mit null in Ansatz gebracht. Ihr Vorgehen werde weder durch den Wortlaut von § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV, noch von § 6 Abs. 5 S. 3 und 4 StromNEV oder von § 9 StromNEV gestützt. Eine am Wortlaut des § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV – Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand – orientierte Auslegung spreche dafür, im Jahresanfangsbestand nur solche Vermögenswerte zu berücksichtigen, die bereits am Anfang des betreffenden Jahres vorhanden gewesen seien. Der Jahresanfangsbestand für die im Basisjahr an die Beschwerdeführerin gezahlten Baukostenzuschüsse betrage somit null. Etwas anderes folge auch nicht aus § 6 Abs. 5 S. 3 und 4 StromNEV. Die Anwendung der in § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 StromNEV enthaltenen Zugangsfiktion zum 1. Januar sei auf die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen beschränkt. Auch eine analoge Anwendung käme nicht in Betracht, da es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit an einer Vergleichbarkeit fehle. Der Investitionskostenzuschuss an einen Netzbetreiber könne einem Anlagegut im Sinne des § 6 StromNEV nicht gleich gestellt werden. § 9 StromNEV ordne vielmehr für Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge eine eigene Regelung mit einer abweichenden Auflösungslogik an, die die Abschreibungslogik in § 6 StromNEV ersetze. § 9 Abs. 2 StromNEV regele lediglich eine lineare, anschlussindividuelle Auflösung der Baukostenzuschüsse. Damit scheide eine pauschale Auflösung der unterjährig vereinnahmten Baukostenzuschüsse ab dem 01.01. aus. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur lasse sich auch mit der Systematik der StromNEV und ARegV nicht vereinbaren. Anders als bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Vermögens würden die für das Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 StromNEV maßgebenden Werte unmittelbar der handelsrechtlichen Bilanz des Netzbetreibers entnommen. Die Bestimmung des Jahresanfangsbestands nach § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV habe daher auch nicht nach denselben materiell-rechtlichen Grundsätzen wie in § 7 Abs. 1 StromNEV zu erfolgen. Daher sei auch der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verfehlt. Während bei einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung eine auf das ganze Jahr bezogene Betrachtung der Abschreibungen über den gesamten Abschreibungszeitraum hinweg gesehen zum Ansatz einer geringeren Eigenkapitalbasis führe, wenn nicht im Gegenzug die vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten berücksichtigt würden, bestehe eine entsprechende Verknüpfung zwischen den kalkulatorischen Abschreibungen in § 6 StromNEV und dem Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 StromNEV nicht. Der systematische Zusammenhang zwischen § 6 und § 7 Abs. 1 StromNEV bestehe gerade, weil sowohl die Abschreibungen als auch das betriebsnotwendige Eigenkapital kalkulatorisch ermittelt werden müssten, wohingegen beim Abzugskapital die Bilanzwerte zu übernehmen seien. Zudem erfolge die Auflösung der Baukostenzuschüsse in einem eigenen System. Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse würden in einem eigenen, von der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 StromNEV bzw. der 18

kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 StromNEV losgelöstem Regelungssystem grundsätzlich der Gewinn- und Verlustrechnung entnommen und nicht anhand der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer nach Anlage 1 zur StromNEV, sondern nach § 9 Abs. 2 S. 2 StromNEV linear über 20 Jahre aufgelöst, d.h. sie unterlägen einer anderen Abschreibungslogik. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur sei zudem nicht mit Sinn und Zweck von § 21 Abs. 1 EnWG und seiner Konkretisierung in § 7 StromNEV vereinbar, da sie nicht die tatsächliche Finanzierungsstruktur abbilde, sondern eine pauschale ganzjährige Finanzierung unterstelle, die dann die Verzinsung des eingesetzten Kapitals rechtswidrig schmälere. Dass der Verordnungsgeber durch Verwaltungsänderung vom 06.11.2007 nur in § 7 Abs. 1 StromNEV, nicht aber in § 7 Abs. 2 StromNEV das Wort „betriebsnotwendig“ ergänzt habe, lege nahe, dass er nur insoweit eine Korrelation zu § 6 StromNEV, der ebenfalls auf die betriebsnotwendigen Anlagegüter abstelle, angenommen habe. Die erst mit der Verwaltungsänderung vom 09.07.2010 eingeführte Fiktion des § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 StromNEV sei bewusst auf kalkulatorische Abschreibungen begrenzt worden. Eine entsprechende Anpassung des § 7 Abs. 2 StromNEV bzw. § 9 Abs. 2 StromNEV sei unterblieben, was zeige, dass der Verordnungsgeber die Fiktion zum 01.01. bewusst auf kalkulatorische Abschreibungen habe begrenzen wollen. Die erforderliche doppelt analoge Anwendung der Zugangsfiktion des § 6 Abs. 5 S. 3 und S. 4 StromNEV komme auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Frage, da es sich um eine belastende Regelung handle. Außerdem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke, was die dargelegten Verwaltungsänderungen in den Jahren 2007 und 2010 zeigten. Auch liege keine gleichwertige Interessenlage vor. Es müsse daher bei dem Grundsatz bleiben, dass bei der Bestimmung des Abzugskapitals die Bilanzwerte aus Jahresanfangsbestand und Jahresendbestand zu übernehmen seien.

Darüber hinaus habe die Bundesnetzagentur auch den Kapitalkostenabzug rechtswidrig bestimmt. Die seitens der Bundesnetzagentur vorgenommene Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge aus dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2016 auf die Restwerte des Basisjahres sei rechtswidrig, da diese von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV nicht erfasst würden. Vielmehr hätte die Auflösung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabzug schon in der 3. Regulierungsperiode berücksichtigt werden müssen. 19

Die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV beziehe sich ausweislich des eindeutigen Wortlauts allein auf die in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV festgelegten, aus den Restbuchwerten des Sachanlagevermögens folgenden Kapitalkosten, für die der Kapitalkostenabzug ausgesetzt werde, und sei darüber hinaus nicht auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge auszudehnen. Die Regelung verweise zur Bestimmung der Kapitalkosten eben nicht auf §§ 5 bis 8 StromNEV. Eine Ungleichbehandlung von Aktiva und Passiva sei im vorliegenden Fall gerechtfertigt. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur gingen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ohnehin nicht untrennbar mit Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter einher. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien nämlich auch bei Netzanschlüssen in Bestandsnetze zu zahlen. 20

Auch der Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV spreche gegen die Handhabung der Bundesnetzagentur. Die Übergangsregelung sei Ausfluss des verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatzes des Vertrauensschutzes. Die Vorschrift sei ausdrücklich zugunsten der Netzbetreiber eingefügt worden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge benachteilige jedoch die Netzbetreiber, ohne dass dafür ein zweckdienlicher Grund gegeben 21

sei. Die Netzbetreiber hätten auf das vom Verordnungsgeber etablierte Regulierungssystem und damit auf die Gewährung des positiven Sockeleffekts über die 3. Regulierungsperiode hinaus vertraut. Vor diesem Hintergrund müsse die Vorschrift jedenfalls im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung teleologisch reduziert werden, da es sich anderenfalls nicht um eine verfassungsrechtlich notwendige, angemessene Kompensation für die durch den Systemwechsel bedingten Nachteile handele.

Dieses Ergebnis werde durch die Genese zu § 34 Abs. 5 ARegV bestätigt. Die Übergangsregelung sei trotz der nachträglichen Änderung des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV, bei der die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge aufgenommen worden seien, nicht angepasst worden. 22

Würden die Restwerte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge für die 3. Regulierungsperiode auf das Basisjahr fixiert, käme es zudem zu einem Fortbestand der kalkulatorischen Ungenauigkeiten hinsichtlich der jährlich über § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ARegV anzusetzenden Ablösungsbeträge. 23

Fehlerhaft führe die Bundesnetzagentur schließlich nicht die Kapitalkosten, die auf die Netzbetreiberin entfielen, fort, sondern friere die negativen Kapitalkosten aus dem Ausgangsniveau ein und setze den Kapitalkostenabzug mit null fest. Der Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV unterscheide nicht zwischen Kapitalkosten mit positivem und negativem Vorzeichen. Dem Verordnungsgeber seien die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Regulierungspraxis zur negativen Eigenkapitalverzinsung bekannt gewesen. Hätte er den Kostenabzug unter Ausschluss der negativen Eigenkapitalverzinsung und der negativen Gewerbesteuer ermittelt haben wollen, hätte er eine eingeschränkte Definition gewählt. Gleiches gelte für die fortgeführten Kapitalkosten gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV. Auch aus der Anlage 2a zu § 6 ARegV ergebe sich nichts anderes. Indem die Bundesnetzagentur nur die Kapitalkosten der Verpächter fortschreibe und die Kapitalkosten – konkret die kalkulatorischen Abschreibungen – der Netzbetreiberin einfriere, gingen deren sinkende Kapitalkosten nicht in den Kapitalkostenabzug ein. Damit komme die Bundesnetzagentur der Abschmelzungsanordnung des § 6 Abs. 3 ARegV nicht nach. Bei der Verpächterin werde hierdurch im Ergebnis zu viel kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer abgeschmolzen. Um dies zu verhindern müsse der für die Beschwerdeführerin und Netzbetreiberin ermittelte negative Kapitalkostenabzug als rechnerischer Zwischenschritt in voller Höhe in Ansatz gebracht werden. Auch beim Kapitalkostenaufschlag des Netzbetreibers setze die Beschwerdeführerin nicht die geringere negative kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und Gewerbesteuer des Basisjahres an, sondern die höhere anhand des Kapitalkostenaufschlags, indem sie den negativen Kapitalkostenaufschlag des Netzbetreibers mit dem positiven Kapitalkostenaufschlag des Verpächters addiere, wodurch sich in Summe ein positiver Kapitalkostenaufschlag ergebe (vgl. die Übersicht S. 117 der Beschwerdebeurteilung, Bl. 162 GA). Da der Kapitalkostenabzug komplementär zum Kapitalkostenaufschlag sei, müsse die Bundesnetzagentur auch die gleichen sachlichen Bewertungsmaßstäbe anwenden. 24

Die Bundesnetzagentur übersehe zudem mit ihrer Argumentation, dass die Fortführung der negativen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der negativen kalkulatorischen Gewerbesteuer nur einen Zwischenschritt darstelle. Tatsächlich werde der auf den Netzbetreiber entfallende Anteil mit den auf den Verpächter entfallenden Anteil am Kapitalkostenabzug addiert, wodurch im Ergebnis immer noch ein Abschlag auf die Erlösobergrenze erfolge. Der Ansatz des negativen Kapitalkostenabzugs beim Netzbetreiber sei nichts anderes als die konsequente Fortführung der ständigen Rechtsprechung des 25

Bundesgerichtshofs und der Regulierungspraxis zur entkonsolidierten Kostenprüfung bei Netzbetreiber und Verpächter und dem daraus folgenden Phänomen der negativen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der negativen kalkulatorischen Gewerbesteuer. Die von der Bundesnetzagentur gerügte mathematische Argumentation beruhe auf einer konsequenten Fortführung der Rechtsprechung zum negativen Eigenkapital. Ebenso wie man mit dem Begriff des „Abzugs“ üblicherweise eine Subtraktion verbinde, bedeute der Begriff des Kapitals die einem Unternehmen positiv zur Verfügung stehenden Mittel. In Kenntnis dessen habe der Bundesgerichtshof gleichwohl die Entstehung negativen Kapitals als bloßen Zwischenschritt für eine sachgerechte Ermittlung des Eigenkapitals unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 4 Abs. 5 ARegV als gerechtfertigt angesehen. Wenn sich das gesamte Eigenkapital aus der Summe des Eigenkapitals beim Pächter und des beim Verpächter zusammensetze, müsse die Berücksichtigung der Veränderung nur bei einem Summanden notwendigerweise falsch sein.

Weiterhin berücksichtige die Praxis der Bundesnetzagentur zum Kapitalkostenabzug nicht ausreichend, dass sich die Fragen eines Gestaltungsspielraums nicht stellen, wenn das negative Eigenkapital beim Netzbetreiber aus der Passivierung von Baukostenzuschüssen resultiere. 26

Die Bundesnetzagentur habe schließlich den Effizienzwert in Höhe von 96,75 % fehlerhaft bestimmt und dadurch die Erlösobergrenzen der Beschwerdeführerin zu niedrig angesetzt. Indem die Bundesnetzagentur wissentlich die Korrekturen mit E-Mails vom 20.02.2019 und 11.03.2019 und in einem telefonischen Hinweis vom 28.03.2019 unberücksichtigt gelassen habe, haben sie gegen ihre Amtsermittlungspflicht verstoßen. Zudem haben sie ihre Sorgfalt bei der notwendigen Datenprüfung vernachlässigt. Die Regulierungsbehörde sei verpflichtet, die für die Entscheidung - hier den Effizienzvergleich nach §§ 12 ff ARegV - relevanten tatsächlichen Grundlagen von Amts wegen zu ermitteln, festzustellen und zu berücksichtigen. Ihren den Umfang der Amtsermittlungspflicht konkretisierenden Mitwirkungspflichten nach §§ 27 Nr. 3, 28 ARegV sei die Beschwerdeführerin vollumfänglich nachgekommen. Die Bundesnetzagentur habe die erhobenen Daten Plausibilitätsprüfungen unterzogen. Dabei hätte ihr auffallen müssen, dass die Einspeisemengen der an das Netz der Beschwerdeführerin angeschlossenen KWK-Anlagen angestiegen seien, während gleichzeitig die Einspeiseleistung zurückgegangen sei, was einer unerklärlichen Erhöhung von ... Vollastbenutzungsstunden entspreche. Zudem stimmten die korrigierten Daten mit denjenigen auf der von der Bundesnetzagentur geführten Kraftwerksliste überein. 27

Die Korrekturen müssten auch nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie nach Ablauf der Stellungnahmefrist erfolgt seien. Sie sei zu keinem Zeitpunkt mit weiterem Sachvortrag und weiteren Datenmeldungen präkludiert gewesen. Die Bundesnetzagentur habe in ihrer Anhörung vom 03.05.2018 zwar darauf hingewiesen, dass nach Abschluss des Effizienzvergleichs kein neuer Sachvortrag mehr berücksichtigt werden könne. Es existiere jedoch keine Rechtsnorm, auf die die Bundesnetzagentur ihre Ansicht stützen könne. Frühe Anhörungen dürften nicht dazu führen, dass bestimmte Teile der Erlösobergrenzenfestlegung bereits vor der eigentlichen Festlegung als de facto festgelegt betrachtet würden. Die Fristsetzung diene allein der Bestimmung eines frühestmöglichen Entscheidungszeitpunkts. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Versäumung von Antragsfristen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zur Erteilung einer Genehmigung nach § 19 Abs. 2 StromNEV sei vorliegend nicht einschlägig. Entscheidend sei der Sachstand zum Zeitpunkt der Entscheidung gemäß § 9 VwVfG. Die endgültige Festlegung sei zudem erst sechs Monate später erfolgt, so dass die Bundesnetzagentur die Daten auch noch ohne Probleme hätte berücksichtigen können. Die eigenen Verbesserungen zur Effizienzwertberechnung habe die 28

Bundesnetzagentur zudem bereits am 21. und 25.03.2019 durchgeführt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Effizienzvergleich auch noch nicht abgeschlossen gewesen. Erst am 04.04.2019 habe Swiss Economics das endgültige Gutachten an die Bundesnetzagentur versendet und dieses in der Folgezeit auch noch korrigiert. Die korrigierte Datenmeldung hätte daher ohne Weiteres berücksichtigt werden können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hätte sie die Daten sogar noch im Laufe dieses Beschwerdeverfahrens einreichen können, ohne präkludiert zu sein.

§ 12 Abs. 1 S. 3 ARegV stehe einer erneuten Berechnung des Effizienzwertes nicht entgegen. Bereits der Wortlaut der Vorschrift sei nicht erfüllt, stehe aber auch nach Sinn und Zweck einer Neuberechnung nicht entgegen. Sie solle sicherstellen, dass der Effizienzvergleich nicht jedes Mal wiederholt werden müsse, wenn sich für ein einzelnes Unternehmen aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung Änderungen in der Kostenbasis ergäben. Diese Erwägungen griffen jedoch nicht für denjenigen Netzbetreiber, dessen Ausgangswerte zu korrigieren seien. Für diesen sei der Effizienzwert vielmehr auf der Grundlage der für alle Netzbetreiber herangezogenen Datenbasis neu zu berechnen, wenn sich herausstelle, dass bei der ursprünglichen Berechnung aufgrund eines Fehlers der Bundesnetzagentur unzutreffende Werte für die Vergleichsparameter herangezogen worden seien. 29

Die Bundesnetzagentur verstoße mit ihrem Vorgehen zudem gegen das verfassungsrechtlich garantierte Gleichbehandlungsgebot, da sie in anderen Verfahren zur Ermittlung von Effizienzwerten falsche Daten nachträglich ohne Weiteres korrigiere. 30

Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 7 VwVfG für eine rückwirkende Fristverlängerung seien jedenfalls erfüllt. Unklar sei, wieso die Bundesnetzagentur meine, Änderungen in der Datengrundlage unterhalb eines Schwellenwerts von 5 % mangels Erheblichkeit der Änderung nicht berücksichtigen zu müssen. Im Rahmen des § 31 Abs. 7 VwVfG gehe es nicht darum, einen mit dem in § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV installierten vergleichbaren Sicherheitsmechanismus einzuführen. Die Schwelle zur Unbilligkeit liege zudem niedriger. Die Bundesnetzagentur habe die erforderliche Abwägung zwischen den Folgen, die die Versagung einer Fristverlängerung für den Betroffenen habe, und den Folgen, die die Gewährung einer Fristverlängerung für die Behörde habe, nicht vorgenommen. Bei Berücksichtigung der nachgemeldeten Daten hätten sich die auf ... Euro p.a. festgesetzten Erlösobergrenzen unstreitig um ... Euro insgesamt, d.h. bezogen auf die gesamte Regulierungsperiode, erhöht. Faktisch werde daher die Eigenkapitalverzinsung und damit der ihr zugestandene Unternehmensgewinn für mehr als ein Jahr der fünfjährigen Regulierungsperiode auf null reduziert und sei damit entgegen den gesetzlichen Vorgaben nicht mehr angemessen, wettbewerbsfähig und risikoangepasst. Sie könne die ihr bescheinigte angebliche Ineffizienz auch nicht mit möglichen und zumutbaren Maßnahmen ausgleichen, da sie tatsächlich zu 100 % effizient sei. Im Vergleich hierzu seien mit einer Fristverlängerung verbundene negative Folgen für die Bundesnetzagentur weder ersichtlich noch vorgetragen. Die Neuberechnung der individuellen Effizienzvorgaben für die Beschwerdeführerin sei der Bundesnetzagentur ohne Weiteres möglich. Die Bundesnetzagentur habe auch nicht vorgetragen, dass die Fristverlängerung aus generalpräventiven Gründen abgelehnt worden sei. Anhaltspunkte, dass die Netzbetreiber bei den Datenmeldungen sorglos agierten, bestünden nicht. 31

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdepunkt zu Ziffer III (Europarechtswidrigkeit der Regelungen in § 7 Abs. 1 S. 3 und 5, Abs. 7 StromNEV) zurückgenommen und beantragt im Übrigen, 32

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16.05.2019 (BK8-17/3007-11) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.	33
Die Bundesnetzagentur beantragt,	34
die Beschwerde zurückzuweisen.	35
Die Bundesnetzagentur verteidigt den angegriffenen Beschluss und trägt ergänzend vor, sie habe aufgrund der neuen Angaben der Beschwerdeführerin zu dem Aufwand für Fremdkapitalzinsen die Ansätze im Ausgangsniveau überprüft und werde im Rahmen einer Neubescheidung nach Abschluss des Gerichtsverfahrens die Kürzung für das betreffende Darlehen „... Bank“ zurücknehmen. Da die Beschwerdeführerin fehlerhafte Angaben zum Aufnahmedatum des Darlehens gemacht und diese erst im laufenden Gerichtsverfahren korrigiert und durch Vorlage der Abtretungserklärungen belegt habe, habe sie allein den Anlass für die Beschwerde gesetzt und folglich auch die Kosten vollumfänglich zu tragen.	36
Der Ansatz des vollen Wertes unterjährig im Basisjahr 2016 vereinnahmter Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Jahresanfangsbestand sei rechtmäßig. Dies habe der Bundesgerichtshof zwar unmittelbar nur zur Bestimmung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags entschieden, dabei jedoch darauf abgestellt, dass der Ansatz des vollen Werts der Zuschüsse im Jahresanfangsbestand mit der Praxis der Regulierungsbehörde bei der Bestimmung des Abzugskapitals nach § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 StromNEV übereinstimme.	37
Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien von der Regelung des § 34 Abs. 5 ARegV erfasst. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung. Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs seien in § 6 Abs. 3 S. 2 bis 4 ARegV definiert und umfassten deshalb auch Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter resultierten. Der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV sehe lediglich eine Differenzierung in zeitlicher Hinsicht vor, nicht aber bezüglich einzelner Bestandteile der Kapitalkosten. Ohnehin gingen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge untrennbar mit Investitionen in das betriebsnotwendige Anlagevermögen einher. Der Ordnungsgeber hätte daher eine explizite Regelung vorsehen müssen, hätte er eine unveränderte Fortführung nicht gewollt.	38
Zur Kompensation etwaiger Einbußen durch den Systemwechsel vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich habe der gesamte in § 6 Abs. 3 ARegV geregelte Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs ausgesetzt werden und der Systemwechsel erst später stattfinden sollen. Aus der Verordnungsbegründung folge, dass dies nicht selektiv einzelne Elemente des Kapitalkostenabzugs umfassen sollte. Auch systematische Erwägungen unterstützten ihre Auffassung. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien sowohl beim Kapitalkostenaufschlag als auch beim Kapitalkostenabzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. So wie der Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV unterstelle, dass aus sinkenden kalkulatorischen Restbuchwerten und den hierauf entfallenden Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen zwangsläufig auch sinkende Kapitalkosten resultierten, unterstelle die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs für die 3. Regulierungsperiode konstante Restbuchwerte zu Gunsten der Netzbetreiber und konstante Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zu Gunsten der Netznutzer. Sinn und Zweck der Übergangsregelung sei die Vermeidung individueller Härten. Dem widerspräche es, die betreffenden Vermögenswerte von der Abschmelzung auszunehmen, nicht aber die	39

damit zusammenhängenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die der Finanzierung des Sachanlagevermögens dienen und damit als Passiva dem betriebsnotwendigen Vermögen als Aktiva entsprechen. Der direkte Zusammenhang der Finanzierungsinstrumente Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse mit den entsprechenden Vermögenswerten rechtfertigt eine Gleichbehandlung auch im Hinblick auf die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV. Der direkte Zusammenhang lasse sich auch dadurch belegen, dass es in der Vergangenheit handels- und steuerrechtlich zulässig gewesen sei, die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse direkt von den Investitionen abzuziehen und nur die geminderten Investitionen in der Bilanz zu berücksichtigen.

Schließlich sei es auch rechtmäßig, den aufgetretenen negativen Kapitalkostenabzug nicht zu berücksichtigen. In den Fällen, in denen sich bei einem Unternehmen z.B. wegen negativen Eigenkapitals rechnerisch ein negativer Kapitalkostenabzug ergebe, sei dieser auf null zu begrenzen. Die Berücksichtigung eines negativen Kapitalkostenabzugs widerspreche dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV. Mit der Verwendung des Begriffs „Abzug“ sei üblicherweise eine Subtraktion verbunden. Auch würde die vom Verordnungsgeber intendierte Wirkung des Kapitalkostenabgleichs ausgehebelt, wenn betriebsnotwendige Sachanlagen im Basisjahr vorhanden, diese jedoch im Rahmen der Berechnung der fortgeführten Kapitalkosten vollständig abgeschrieben seien. Dies würde nach der bloßen Berechnungslogik dazu führen, dass die Kapitalkosten des Basisjahres nunmehr vollständig als „negativer Kapitalkostenabzug“ angesetzt würden. Im Falle negativen Eigenkapitals würde die negative Eigenkapitalverzinsung vollständig durch einen „negativen Kapitalkostenabzug“ kompensiert. Der Kapitalkostenabgleich werde durch die Begriffe „Abzug“ und „Aufschlag“ geprägt. Die Beschwerdeführerin erkenne, dass Kapitalkostenaufschlag und –abzug unterschiedlichen Berechnungsweisen unterlägen, insbesondere bei der Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung: Während der Kapitalkostenabzug unmittelbar an die zu Grunde liegende kalkulatorische Bilanz anknüpfe und diese pauschal fortführe, werde beim Kapitalkostenaufschlag die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung auf Basis der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens und eines – für alle Netzbetreiber einheitlich geltenden – Mischzinssatzes aus Eigen- und Fremdkapital angewendet. Im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags wäre eine getrennte Betrachtung im Übrigen gar nicht möglich. Die Beschwerdeführerin möchte, dass sich die Folgen, die sich aus der Wahl des Pachtmodells ergäben, durch den „negativen“ Kapitalkostenabzug nivellieren. Durch ihre Vorgehensweise ergebe sich indes keine Benachteiligung für Netzbetriebe in Form der sogenannten „schlanken“ Netzgesellschaft. Das von der Beschwerdeführerin bewusst gewählte Pachtmodell führe bei ihr zu einer negativen Eigenkapitalverzinsung im Ausgangsniveau, da das Abzugskapital das Anlagevermögen übersteige. Die Beschwerdeführerin nutze den Befund der negativen Eigenkapitalverzinsung um zu begründen, dass dieser über den negativen Kapitalkostenabzug in der Regulierungsperiode zu korrigieren sei. Diese „Umwidmung“ widerspreche Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs. Üblicherweise trete der von der Beschwerdeführerin gewünschte Effekt in einem Pachtmodell nicht auf. Mangels Anlagevermögens mit sinkenden Restwerten blieben aufgrund der Berechnungssystematik des Kapitalkostenabzugs auch die übrigen Vermögens- und Kapitalkosten unverändert. Investiere der Netzbetreiber nach dem Basisjahr, erhalte er hierfür im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags die entsprechenden kalkulatorischen Kosten, die die negative Eigenkapitalverzinsung in der Gesamtschau beider Systeme korrigieren könne.

Der Festsetzung des Effizienzwertes auf 96,75 % sei rechtmäßig. Sie habe diesen ermessensfehlerfrei nicht unter Berücksichtigung der Datenkorrekturen auf 100 %

angehoben.

Sie selbst habe eine umfangreiche Datenplausibilisierung bezüglich der Vollständigkeit, der Logik der Angaben sowie der Angaben aus der Vergangenheit und entsprechender Querchecks durchgeführt. Auch der Gutachter habe verschiedene Prüfungen zur Datenvalidierung durchgeführt. Die Datenplausibilisierung sei geeignet gewesen, erkennbare Datenfehler der Netzbetreiber zu ermitteln. Eine weitergehende Prüfung der Daten auf ihre energiewirtschaftliche bzw. ingenieurwissenschaftliche Plausibilität sei ohne konkreten Anlass nicht erforderlich gewesen. Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Datenmeldung der Beschwerdeführerin hätten nicht vorgelegen. Insbesondere habe ein Abgleich mit Daten des Vorjahres keine Auffälligkeiten gezeigt. 42

Die Beschwerdeführerin sei gemäß der Festlegung Strukturdatenabfrage verpflichtet gewesen, bis 31.07.2017 korrekte Strukturdaten einzureichen. Ihr seien Datenquittungen zur Hauptdatenerhebung und ergänzenden Datenerhebung übersandt worden mit der Gelegenheit zur Prüfung und Anmeldung etwaiger Änderungen. Sie habe zudem frühzeitig gegenüber den Netzbetreibern deutlich gemacht, dass mit Übersendung der finalen Aufwands- und Strukturparameter an das Gutachterkonsortium im November 2018 keine Änderungen an den Parametern mehr berücksichtigt werden könnten. Die Beschwerdeführerin habe gleichwohl zehn korrigierte Erhebungsbögen mit veralteten Daten geliefert und diese auch noch mit E-Mail vom 04.09.2018 als richtig bestätigt. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Datenkorrektur im Zuständigkeitsbereich der Beschlusskammer 9 sei nicht mit dem nunmehr streitgegenständlichen Sachverhalt vergleichbar, da der hier zu beurteilende persönliche Datenfehler nur Auswirkungen auf die eigene Erlösobergrenze der Beschwerdeführerin habe, wohingegen in dem Fall vor der Beschlusskammer 9 der wegen unrichtiger Datenmeldung zu hohe Effizienzwert der Beschwerdeführerin bei den anderen Netzbetreibern zu einem geringeren Effizienzwert geführt habe. 43

Sie habe auch ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt, indem sie entschieden habe, dass eine Wiedereröffnung zur Korrektur der Datenlieferung gegenüber der Beschwerdeführerin nicht geboten sei. Ihre umfassenden Ermessenserwägungen habe sie im Beschluss sowie in dem als Anlage BG 1 vorgelegten Aktenvermerk festgehalten. Nach Ablauf der bereits dargelegten Verfahrensschritte und Fristen hätten die korrigierten Daten nur berücksichtigt werden müssen, wenn nach § 31 Abs. 7 S. 1 VwVfG eine Pflicht bestünde, die ursprünglich gesetzte Frist rückwirkend zu verlängern. Die Beschwerdeführerin habe eine hierfür erforderliche unbillige Härte nicht dargelegt. 44

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. 45

B. 46

Auf die Beschwerde war der angegriffene Bescheid aufzuheben und die Bundesnetzagentur im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen teilweise zur Neubescheidung zu verpflichten. 47

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG. In der Sache ist sie teilweise begründet. 48

I. Mit Erfolg kann die Beschwerdeführerin von der Bundesnetzagentur die Berücksichtigung weiterer Fremdkapitalzinsaufwendungen gegenüber der ... Bank in Höhe von ... Euro im 49

Ausgangsniveau verlangen. Die Bundesnetzagentur hat nach Vorlage entsprechender Abtretungserklärungen durch die Beschwerdeführerin die Forderung außer Streit gestellt und erklärt, im Rahmen einer Neuberechnung den tatsächlich vereinbarten Zinssatz in Höhe von 5,27 % p.a. zugrunde zu legen.

II. Der angefochtene Beschluss ist auch insoweit rechtsfehlerhaft ergangen, als die Bundesnetzagentur die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die in den Jahren 2007 bis 2016 von der Beschwerdeführerin vereinnahmt worden sind, angewandt hat. Das Absinken der Werte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ist im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV auch schon für die 3. Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Diesbezüglich hat der Senat bereits entschieden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.07.2020, VI-3 Kart 770/19 [V], Rn. 26 ff.; VI-3 Kart 783/19 [V], Rn. 33 ff.; VI-3 Kart 813/19 [V], Rn. 23 ff., juris), eine hiervon abweichende Bewertung ist nicht veranlasst. 50

1. Der Kapitalkostenabgleich umfasst zwei korrespondierende Elemente, den Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV und den Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 ARegV. 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. 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 nach den Formeln der Anlage 2a zu § 6 ARegV. 51

Nach der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ist der Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nicht auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden, anzuwenden. Danach erfolgt eine vorübergehende Beibehaltung des positiven Sockeleffekts - sog. Übergangssockel - für die 3. Regulierungsperiode. Die unter dem bisherigen Regelungssystem generierten positiven Sockelbeträge resultieren daraus, dass, sobald die Investitionskosten über die Erfassung im nächsten Basisjahr in die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperioden eingegangen waren, die mit den sinkenden Restbuchwerten einhergehenden sinkenden Kapitalkosten während einer Regulierungsperiode nicht in den Erlösobergrenzen nachvollzogen wurden. Zudem wurden für Anlagen, die in der jeweiligen Regulierungsperiode das Ende ihrer Nutzungsdauer erreichten, die Kapitalkosten in Höhe des Basisjahres sowie die letzte Abschreibung bis zum Ende der Regulierungsperiode fortgeschrieben, so dass die Netzbetreiber für Bestandsanlagen durchgehend eine Eigenkapitalverzinsung, Fremdkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der Restwerte des Basisjahres erhielten. 52

2. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs eine Fixierung der zwischen dem 01.01.2007 und 31.12.2016 vereinnahmten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge entsprechend der durch § 34 Abs. 5 ARegV geforderten unveränderten Fortführung der kalkulatorischen Restwerte der in diesem Zeitraum aktivierten Anlagegüter nicht geboten. Die in § 6 Abs. 3 S. 53

4 ARegV vorgesehene Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs wird nicht durch die Regelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ausgesetzt. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass eine Fixierung auf die Werte des Basisjahres nur für die aus Investitionen folgenden Kapitalkosten und nicht auf vereinnahmte Ertragszuschüsse zu erfolgen hat. Dafür sprechen neben dem Wortlaut und der Normhistorie insbesondere Sinn und Zweck der Vorschrift sowie systematische Erwägungen.

2.1. Nach dem Wortlaut des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV soll der Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV für die 3. Regulierungsperiode keine Anwendung finden auf Kapitalkosten aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden. 54

Der Ansicht der Bundesnetzagentur, dass sich der Aussetzungsbefehl durch die Bezugnahme auf den Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV auch auf die in Abs. 3 S. 4 ARegV aufgeführten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge erstrecke, folgt der Senat nicht. Der Verweis in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf den Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV ist erforderlich, weil Abs. 3 ein Gesamtgefüge aller für die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs erforderlichen Bestimmungen und Regelungen enthält. Da in Satz 4 des § 6 Abs. 3 ARegV mit der Bestimmung der fortgeführten Kapitalkosten ein Kernelement des Kapitalkostenabzuges geregelt ist, wäre eine Herausnahme aus dem Verweis in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV sinnerhaltend gar nicht möglich gewesen. 55

Vielmehr ist nach dem Wortlaut der Vorschrift eine Erstreckung des Aussetzungsbefehls auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge nicht geboten. Dieser betrifft allein Kapitalkosten aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden. Der Begriff der Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs ist in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV definiert. Danach sind Kapitalkosten die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge sind in der Aufzählung nach § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV nicht enthalten, sondern werden erst in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV genannt. 56

Die Kapitalkosten werden somit für den Zweck des Kapitalkostenabzugs eigenständig und nicht nach Maßgabe der §§ 5 bis 8 StromNEV bestimmt, so dass § 7 StromNEV für die Definition der Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs nicht heranzuziehen ist. Die eigenständigen Regelungen zur Bestimmung der – fortgeführten - Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenabzugs sehen in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV den Abzug von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen vor. Die im Wortlaut der Norm angelegte Differenzierung zwischen Kapitalkosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits streitet auch dagegen, letztere als „negative Kapitalkosten“ unter den einen gemeinsamen Oberbegriff der Kapitalkosten aus Investitionen zu subsumieren (a.A.: Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss v. 26.09.2019, 53 Kart 4/18 Rn. 121, juris). Damit sieht der Wortlaut der Ausnahmeregelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV eine Erstreckung oder die spiegelbildliche Anwendung der Fixierungsvorgabe auf die Ertragszuschüsse gerade nicht vor. 57

2.2. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kann auch der Normhistorie nicht entnommen werden, dass § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV eine Fixierung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen auf den Wert des Basisjahres gebietet. 58

Eine ausdrückliche Aussage zum Umgang mit Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen fehlt in den Materialien zwangsläufig bereits deswegen, weil die Verordnungsbegründung verfasst worden ist, bevor Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge nachträglich noch über § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV in den Kapitalkostenabzug aufgenommen worden sind. Schon angesichts der zeitlichen Abfolge zwischen Verordnungsbegründung und Änderung des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV vermag die Argumentation der Bundesnetzagentur nicht zu überzeugen, die sich auf die in der Verordnungsbegründung verwendete Formulierung beruft, wonach der bisherige positive Sockeleffekt beibehalten werden soll (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 49). Die mit dieser Formulierung verbundenen Vorstellungen des Ordnungsgebers bezogen sich bereits nicht auf die Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen. Der Ordnungsgeber hat Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zudem in Kenntnis der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV nachträglich in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt, ohne dass in den Materialien ein Hinweis darauf zu finden ist, dass die Berücksichtigung im Kapitalkostenabzug für die 3. Regulierungsperiode ausgesetzt sein soll. Angesichts dessen trägt die Normhistorie den Schluss auf einen entsprechenden Willen des Ordnungsgebers nicht.

Unabhängig davon kann dieser Formulierung auch in der Sache nicht entnommen werden, dass der Aussetzungsbefehl des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge anzuwenden ist. Der Hinweis auf die vorübergehende Beibehaltung des „bisherigen positiven Sockeleffekts“ verdeutlicht, dass das vorherige Instrumentarium zum Vorteil der Netzbetreiber über den Systemwechsel hinaus Anwendung findet, indem die vorteilhaft wirkende Fixierung der Restwerte von Investitionsgütern im Basisjahr für die gesamte Dauer der Regulierungsperiode auch in der 3. Regulierungsperiode – teilweise – beibehalten wird. Aus der Formulierung ergibt sich indes keine Vorgabe zur Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen. 60

Zudem heißt es in der Verordnungsbegründung ausdrücklich, das Absinken der Restbuchwerte und damit auch das Absinken der Kapitalkosten werde bei den betreffenden Anlagegütern für die 3. Regulierungsperiode nicht berücksichtigt (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 49), während der – offensichtliche – Umstand des Absinkens der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge in dieser Aufzählung nicht adressiert wird. 61

2.3. Eine Fixierung der in dem maßgeblichen Zeitraum vereinnahmten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge auf den Wert des Basisjahres lässt sich nicht aus systematischen Erwägungen ableiten und steht auch nicht im Einklang mit dem Sinn und Zweck des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV. 62

2.3.1. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmeregelung für den ansonsten ab der 3. Regulierungsperiode stattfindenden Kapitalkostenabzug, die zu Gunsten der Netzbetreiber eingefügt worden ist. Durch die zeitweilige Aussetzung des Kapitalkostenabzugs soll ein „Übergangssockel“ gebildet werden, der dazu dienen soll, nicht näher bestimmte, individuelle Härtefälle einzelner Verteilernetzbetreiber infolge des Systemwechsels abzumildern. Den Netzbetreibern soll durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs ein Budget verschafft werden, dass zum Ausgleich individueller Lasten, die sich als Folge des Systemwechsels einstellen können, beiträgt (vgl. Senat, Beschluss v. 07.03.2019, VI-3 Kart 121/17 [V], Rn. 40 ff.; Beschluss v. 12.06.2019, VI 3 Kart 165/17 [V], Rn. 78 ff., juris). Die Ausnahmeregelung ist als pauschaler Härtefallausgleich (vgl. in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, VI-5 49/18 [V], BeckRS 2019, 4565, Rn. 39) konzipiert, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welcher Höhe der einzelne Netzbetreiber nachteilige Auswirkungen infolge des Systemwechsels 63

erfährt und ohne den Anspruch, diese Härten vollständig auszugleichen. Indem nur im Hinblick auf Kapitalkosten von Investitionen in Anlagegüter, die in einem begrenzten Zeitraum erstmals aktiviert wurden, das tatsächliche Absinken der Restwerte für die Dauer der 3. Regulierungsperiode unberücksichtigt bleibt, erfolgt keine exakte Erfassung und Abgeltung sämtlicher Nachteile des Systemwechsels, sondern eine zeitlich begrenzte Bevorteilung, die etwaige Nachteile mildert. Da die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs allein den Zweck eines Härtefallausgleichs in dem beschriebenen pauschalen Sinn verfolgt, hängen der Anwendungsbereich und die Reichweite der Aussetzungsanordnung nicht von der Binnensystematik des Kapitalkostenabgleichs ab, sondern werden allein durch diesen Zweck determiniert. Angesichts der Funktion des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, für einen Übergangszeitraum individuelle Härten abzumildern, sind Anwendungsfragen nicht danach zu beantworten, ob eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit der Systematik und dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs erfolgt. Zur Erreichung des mit der Übergangsregelung verfolgten Zwecks ist es somit auch nicht geboten, den gesamten Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs auszusetzen, um eine selektive Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits zu vermeiden.

Die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die für die Dauer der 3. Regulierungsperiode mittels der periodenübergreifenden Fortführung des Sockeleffekts insoweit ein Nebeneinander des Instrumentariums der ersten beiden Regulierungsperioden und des neu eingeführten Kapitalkostenabgleichs anordnet, stellt damit im Hinblick auf die Behandlung von Kapitalkosten eine bewusste Abkehr von der periodenbezogenen Abgrenzung und damit einen Systembruch dar. Angesichts dessen sind Anwendung und Umsetzung dieser Vorschrift gerade nicht an die grundsätzliche Wirkungsweise des neuen Instrumentariums anzupassen. Eine unterschiedliche Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits stellt demnach keine mit Blick auf den Mechanismus des Kapitalkostenabzugs zu vermeidende selektive Ungleichbehandlung dar, sondern folgt aus der Natur des Systembruchs, der nur für Kapitalkosten aus Investitionen ein übergangswises Nebeneinander des Sockeleffekts und des Kapitalkostenabzugs vorsieht.

64

2.3.2. Die Bundesnetzagentur stützt die Erstreckung der in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV vorgesehenen Aussetzung des Kapitalkostenabzugs auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge und damit deren Fixierung auf die Werte des Basisjahres demgegenüber darauf, dass Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln seien. Eine Berücksichtigung des Absinkens von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs hält sie nur für gerechtfertigt, wenn auch sinkende Restbuchwerte im Kapitalkostenabzug berücksichtigt würden. Damit knüpft die Bundesnetzagentur die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs an dessen grundsätzlichen Mechanismus. Ihr Vorgehen basiert auf dem Bestreben, die Ausnahmeregelung systemkonform mit der Wirkungsweise des Kapitalkostenabzugs und des Kapitalkostenabgleichs zu gestalten. Dieses Verständnis steht indes ausweislich der voranstehenden Ausführungen weder mit dem Charakter der Übergangsregelung, die einen Systembruch anordnet, noch mit der Funktion der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs als Härtefallausgleich in Einklang. Der Härtefallausgleich erfordert es nicht, dass der begünstigende Übergangsockel konform zu dem grundsätzlich vorgesehenen Mechanismus des Kapitalkostenabzugs gebildet wird. Vielmehr sollen etwaige Nachteile aufgrund des Systemwechsels durch eine bewusst unscharfe und pauschale Vorgehensweise abgemildert werden.

65

Dieser Konzeption der Regelung und insbesondere der intendierten Begünstigungswirkung entspricht es vielmehr, das Absinken der Restwerte im Kapitalkostenabzug bereits in der 3. Regulierungsperiode zu erfassen, obwohl die sinkenden Restbuchwerte nicht berücksichtigt werden. Die von der Bundesnetzagentur beabsichtigte Gleichbehandlung hat jeweils gegenteilige Effekte zur Folge: Während die Fixierung der Restbuchwerte auf den Wert des Basisjahres zum Übergangssockel beiträgt und sich günstig auf die Erlössituation auswirkt, führt die Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zu einem höheren Kapitalkostenabzug und damit zu einem belastenden Effekt. Diese Gegenläufigkeit widerspricht der mit der Schaffung des Übergangssockels durch Aussetzung des Kapitalkostenabzugs verfolgten Absicht, den Netzbetreibern einen Vorteil zu verschaffen. Im Rahmen eines übergangsweise angeordneten Härtefallausgleich bedarf es einer Gleichbehandlung aus systematischen Gründen, die sich in Bezug auf den verfolgten Zweck gegenteilig auswirkt, anders als bei der Standardanwendung des Kapitalkostenabzugs nach Auslaufen der Übergangsregelung nicht.

66

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sind Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge auch nicht wegen des systematischen Zusammenhangs zwischen Kapitalkostenaufschlag und -abzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. Ausweislich der voranstehenden Erwägungen ist der systematische Zusammenhang zwischen Kapitalkostenaufschlag und Kapitalkostenabzug für das Verständnis des Anwendungsbereichs der Übergangsregelung nicht maßgeblich. Darüber hinaus sind Baukostenzuschüsse nicht auf konkrete Investitionen bezogen und können pauschal berechnet werden (§ 11 Abs. 2 S. 3 NDAV). Ein unmittelbarer Zusammenhang mit konkreten Investitionen und Aktivierungsjahren besteht damit nicht. Auch Netzanschlusskostenbeiträge können gemäß § 9 Abs. 1 NDAV pauschal auf der Grundlage der durchschnittlich für vergleichbare Fälle entstehenden Kosten berechnet werden, so dass eine direkte Zuordnung zu bestimmten Investitionen erschwert wird. Zwar stehen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als kostenmindernde Erlöse mit dem Netzausbau und mit Investitionen in einem sachlichen Zusammenhang. Dies rechtfertigt es aber im Rahmen der ausnahmsweisen, zeitweiligen und pauschal begünstigend wirkenden Aussetzung des Kapitalkostenabzugs nicht, das Absinken der entsprechenden Werte deswegen außer Betracht zu lassen, weil auch das Absinken der Kapitalkosten aus Investitionen nicht nachgefahren wird.

67

Die Anwendung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge kann schließlich auch nicht auf einen erforderlichen zeitlichen Gleichlauf der Wertansätze von Aktiva und Passiva gestützt werden. Bei der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs entspricht eine Ungleichbehandlung von Vermögenswerten einerseits und Baukostenzuschüssen sowie Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits dem dargestellten Charakter und Zweck der Übergangsregelung als pauschaler Härtefallabgeltung, die als Ausnahmeregelung in Wirkung und Konzeption von der Systematik des Kapitalkostenabgleichs losgelöst ist.

68

III. Mit Erfolg begehrt die Beschwerdeführerin zudem die Berücksichtigung eines rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 ARegV, soweit dieser auf der Passivierung von Baukostenzuschüssen beruht. Unter Fortführung der bisher zum negativen Kapitalkostenabzug ergangenen Rechtsprechung des Senats ist im Rahmen des negativen Kapitalkostenabzugs zwischen Baukostenzuschüssen und dem übrigen Abzugskapital gemäß 7 Abs. 2 StromNEV zu differenzieren.

69

70

Dass die Bundesnetzagentur bei einem Unternehmen, bei dem sich rechnerisch ein negativer Kapitalkostenabzug ergibt, keinen Kapitalkostenabzug vornimmt, sondern die negativen Kapitalkosten aus dem Ausgangsniveau für die gesamte 3. Regulierungsperiode einfriert und den Kapitalkostenabzug für das Jahr der jeweiligen Regulierungsperiode auf null setzt, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden (nachfolgend zu 1.). Etwas anderes gilt allerdings, soweit hiervon auch das Einfrieren der auf die Restbuchwerte der Anlagen entfallenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge umfasst ist. Diese im Laufe der Regulierungsperiode sinkenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse sind stets bei der Bestimmung des jährlichen Kapitalkostenabzugs zu berücksichtigen, auch wenn sich in der Folge beim Pächter rechnerisch ein negativer Kapitalkostenabzug ergibt (nachfolgend zu 2.)

1. Ausweislich Abs. 1 der Anlage 2a zu § 6 ARegV ermittelt sich der Kapitalkostenabzug eines Jahres der jeweiligen Regulierungsperiode anhand der Formel 71

$$KKA_{b_t} = KK_0 - KK_t. \quad 72$$

Rechnerisch kann ein negativer Wert für KKA_{b_t} insbesondere dann entstehen, wenn die Ermittlung der Kapitalkosten auf der Grundlage des Bestands betriebsnotwendiger Anlagegüter des Ausgangsniveaus im Basisjahr (KK_0) einen negativen Wert ergibt, der durch die Subtraktion der Kapitalkosten des fortgeführten Bestands betriebsnotwendiger Anlagegüter des Ausgangsniveaus im jeweiligen Jahr t der Regulierungsperiode (KK_t) nicht über null steigt oder dann, wenn der ermittelte Wert von KK_t größer ist als der ermittelte Wert von KK_0 . Ersteres kann bei Unternehmen eintreten, bei denen das Abzugskapital höher ist als das Sachanlagevermögen, was bei sogenannten „schlanken Netzgesellschaften“ im Rahmen eines Pachtmodells, die nur über ein geringes oder gar kein Anlagevermögen verfügen, möglich ist. Letzteres kann bei einem Unternehmen aufgrund der Anwendung der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV auftreten. Dass die Bundesnetzagentur den rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenabzug in den genannten Fällen auf den Wert Null begrenzt, steht grundsätzlich mit dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV, der systematischen Einbindung des Kapitalkostenabzugs in den Kapitalkostenabgleich sowie mit dem Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 ARegV im Einklang, und zwar auch dann, wenn ein negativer Kapitalkostenabzug nur als rechnerischer Zwischenschritt bei einer der Gesellschaften des Pachtverhältnisses entsteht. 73

1.1. Rechtsfehlerfrei setzt die Bundesnetzagentur bei „schlanken Netzgesellschaften“, die zwar im Basisjahr über Anlagevermögen verfügen, bei denen sich bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs aber ein negativer Wert errechnet, da das Abzugskapital größer ist als das Sachanlagevermögen, den Kapitalkostenabzug auf null. 74

1.1.1. Im Pachtmodell besteht die Besonderheit, dass das Abzugskapital das berücksichtigungsfähige Eigenkapital regelmäßig übersteigt, weil der Netzbetreiber nur über geringes oder gar kein betriebsnotwendiges Anlagevermögen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 StromNEV verfügt und nur betriebsnotwendiges Finanzanlage- und Umlaufvermögen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV ansetzen kann. Als rechnerischer Zwischenschritt ergibt sich unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 4 Abs. 5 StromNEV negatives Eigenkapital, da das gesamte Abzugskapital in Ansatz zu bringen ist, damit sich kein – im Vergleich zum Netzeigentümer – höheres Netzentgelt errechnet (vgl. BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 44 f.; Beschluss v. 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 32 ff. (55), juris). 75

Der Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 ARegV berücksichtigt die während einer Regulierungsperiode reduzierten Restbuchwerte des Sachanlagevermögens und der daraus 76

folgenden Abschreibungen (BR-Drs. 296/16, Beschluss v. 02.06.2016, S. 33). Es kann rein logisch daher auch nur dort ein Kapitalkostenabzug erfolgen, wo im Basisjahr oder in den Folgejahren Restbuchwerte und damit Anlagevermögen vorhanden sind. Da es bei einem Netzbetreiber ohne Anlagevermögen im Basisjahr keine sinkenden Restbuchwerte gibt, bleiben aufgrund der Berechnungssystematik des Kapitalkostenabzugs auch die übrigen Vermögens- und Kapitalpositionen wie das Abzugskapital unverändert. Der Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 ARegV nimmt den Wert Null an und die negative Eigenkapitalverzinsung behält ihre Wirkung.

Zutreffend hat die Bundesnetzagentur entschieden, dass diese Wirkung auch dann eintritt, wenn der Netzbetreiber zwar über Anlagevermögen im Basisjahr verfügt, dieses aber so gering ist, dass das Abzugskapital dies übersteigt und sich auch hier ein negatives Eigenkapital für das Basisjahr errechnet. Da in diesem Fall der Netzbetreiber im Basisjahr über Anlagevermögen mit sinkenden Restbuchwerten verfügt, kann – anders als wenn kein Anlagevermögen vorhanden ist – nicht von vornherein ein Kapitalkostenabzug mit dem Wert Null angesetzt werden. Würde jedoch der sich rechnerisch ergebende negative Kapitalkostenabzug nicht auf den Wert Null begrenzt, hätte dies zur Folge, dass bei einer vollständigen Abschreibung des Sachanlagevermögens zu Beginn der Regulierungsperiode im Wege des Kapitalkostenabzugs ein Aufschlag auf die Kosten in Höhe der negativen Eigenkapitalverzinsung erfolgen würde. Die Wirkung der negativen Eigenkapitalverzinsung würde auf diese Weise neutralisiert, obgleich wie im erstgenannten Fall das Abzugskapital so hoch ist, dass sich ein negatives Eigenkapital errechnet. Die Anrechnung des gesamten Abzugskapitals soll gewährleisten, dass die ansetzbaren Kosten verringert werden, damit im Vergleich zum Netzeigentümer kein höheres Netzentgelt errechnet wird, weil dies einen Verstoß gegen § 4 Abs. 5 StromNEV darstellen würde (vgl. BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 44, juris). Da es damit von einer unternehmerischen Entscheidung – dem Vorhandensein geringen Anlagevermögens mit sinkendem Restbuchwert im Basisjahr – abhängt, ob die negative Eigenkapitalverzinsung ihre Wirkung behält, bestünde bei der begehrten Vorgehensweise die Gefahr, Fehlanreize zu schaffen, die zu einer Ungleichbehandlung beider Pachtmodelle und zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen würden.

1.1.2. Die geforderte Berücksichtigung des rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenabzugs würde für Unternehmen mit negativem Eigenkapital je nach konkreter Ausgestaltung des Pachtmodells nicht nur zu sachlich nicht begründbaren unterschiedlichen Folgen beim Kapitalkostenabzug führen, sondern steht auch nicht im Einklang mit dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV, der Systematik des Kapitalkostenabgleichs sowie dem Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 ARegV.

1.1.2.1. Dass der rechnerisch ermittelte negative Kapitalkostenabzug zu einem Aufschlag auf die Kosten führt, ist schon vom Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV, der ausdrücklich vom Kapitalkostenabzug spricht, nicht gedeckt. Ohne Erfolg wendet die Beschwerdeführerin insoweit ein, ein Abzug könne auch mit einem Wert erfolgen, der ein negatives Vorzeichen habe. Dies ist aus einer rein mathematischen Perspektive zwar der Fall, entspricht aber nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Unter Abzug ist danach eine Verringerung der Kapitalkosten zu verstehen, nicht eine wertmäßige Erhöhung.

1.1.2.2. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, im Rahmen des Kapitalkostenabzugs keinen Aufschlag zu berücksichtigen, sondern den Wert eines negativen Kapitalkostenabzugs auf null zu begrenzen, entspricht der Systematik des Kapitalkostenabgleichs als eines Zusammenspiels von zwei Instrumentarien, die gegenläufige Effekte adressieren. Die

Veränderung der fortgeführten Kapitalkosten soll seit der Novellierung der ARegV 2016 von der Veränderung des Sachanlagevermögens abhängig sein. Dessen Verringerung bzw. Abnutzung führt zu einem sinkenden Verlauf der Kapitalkosten in der Regulierungsperiode bzw. zu einem ansteigenden Kapitalkostenabzug. Investitionen nach dem Basisjahr haben indessen über § 10a ARegV im Wege des Kapitalkostenaufschlags einen erhöhenden Einfluss auf die Kosten. Dieser gegenläufig angelegten Systematik und der vom Verordnungsgeber intendierten Wirkung des Kapitalkostenabgleichs liefe es zuwider, wenn es im Rahmen des § 6 Abs. 3 ARegV infolge einer rein mathematischen Betrachtung durch den Abzug eines negativen Wertes zu einem Zuwachs der Kosten käme. Käme es infolge der konkreten Gestaltung des Pachtmodells aufgrund des Vorhandenseins eines abgeschriebenen Anlagegutes mittels des Kapitalkostenabzugs zu einem Aufschlag auf die Erlösobergrenze, wäre die gegenläufig ausgestaltete Systematik des Kapitalkostenabgleichs gestört.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe im Falle eines rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenaufschlags i.S.d. § 10a ARegV statt eines Aufschlags einen Abzug vorgenommen, ist zutreffend, beruht aber allein auf der Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die getrennt vom übrigen Abzugskapital zu betrachten sind, wie nachfolgend unter 2. dargelegt. 81

Im Übrigen sind Kapitalkostenabzug und Kapitalkostenaufschlag zwar systematisch verbunden, aber gleichwohl eigenständige Instrumente, die mit unterschiedlichen Berechnungsmethoden, insbesondere bei der Eigenkapitalverzinsung, ausgestaltet worden sind. Die Eigenkapitalverzinsung im Rahmen des Kapitalkostenabzugs knüpft unmittelbar an die zugrunde liegende kalkulatorische Bilanz und damit an die unterschiedlichen Gegebenheiten beim Netzbetreiber und Verpächter an. Ausgangspunkt für die Berechnung sämtlicher Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags sind demgegenüber die Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter. Die kalkulatorische, im Einzelnen in § 10a Abs. 4-7 ARegV geregelte Verzinsung bestimmt sich als Produkt aus einer kalkulatorischen Verzinsungsbasis und einem kalkulatorischen Zinssatz, der sich als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem Eigenkapitalzinssatz mit einer Gewichtung von 40 % und kalkulatorischem Fremdkapitalzinssatz mit einer Gewichtung von 60 % errechnet. Beim Kapitalkostenaufschlag führt folglich – anders als beim Kapitalkostenabzug - das Pachtmodell und damit die getrennte Betrachtung von Netzbetreiber und Verpächter zu keinem anderen Ergebnis als die einheitliche Betrachtung. Ein methodischer Gleichlauf bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags und Kapitalkostenabzugs ist – wie der Senat bereits zur Frage der Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands entschieden hat – und aus den vorangehenden Ausführungen folgt, vom Verordnungsgeber nicht uneingeschränkt gewollt (vgl. Senat, Beschluss v. 18.11.2020, VI-3 Kart 843/19 [V], juris). 82

1.1.2.3. Die Beschränkung eines rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenabzugs auf den Wert Null entspricht auch dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV, da andernfalls trotz sinkender Restbuchwerte ein künstlich geschaffener Aufwuchs der Kapitalkosten angenommen würde. 83

Mit dem Kapitalkostenabzug sowie dem Kapitalkostenaufschlag wird das Ziel verfolgt, die tatsächlich anfallenden Kapitalkosten im Laufe der Regulierungsperiode ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze abzubilden. Grundgedanke ist beim Kapitalkostenabzug, dass aus sinkenden Restbuchwerten sinkende - nicht steigende - Kapitalkosten resultieren. Restbuchwerte können nicht unter null fallen; ist der Wert Null erreicht, werden entsprechend 84

auch keine Kapitalkosten mehr berücksichtigt (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 33). Dem Ziel, die tatsächliche Kostenentwicklung nachzufahren, liefe es indes zuwider, durch den Abzug eines rechnerisch ermittelten negativen Wertes einen Kostenanstieg in der Erlösobergrenze abzubilden, ohne dass ein Zuwachs beim Sachanlagevermögen erfolgt ist. Ein Nachfahren der Kapitalkosten unterbleibt nämlich nur und auch erst dann, wenn andernfalls ein künstlicher Anstieg der Kosten trotz sinkender Restbuchwerte angenommen werden müsste und ein Nachfahren mangels sinkender Kosten nicht mehr möglich ist. Die Fixierung der Kosten ab dieser Grenze auf die Kosten des Basisjahres ist in diesen Fällen gerechtfertigt, da nach der ratio des Kapitalkostenabzugs die Kosten allenfalls unverändert bleiben, aber nicht ansteigen sollen.

1.2. Durch die Beschränkung des negativen Kapitalkostenabzugs auf den Wert Null kommt es auch nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung von Pachtmodellen. Die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu einem Netzbetreiber mit Sachanlagevermögen besteht unabhängig davon, ob kein oder – wie im vorliegenden Fall – nur geringes Sachanlagevermögen beim Pächter im Basisjahr vorhanden ist, und ist darauf zurückzuführen, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07 Rn. 42 ff. (44); Beschluss v. 25.04.2017, EnVR 57/15 Rn. 36, juris) beim Pächter das gesamte Abzugskapital in Ansatz zu bringen ist, wodurch ein negatives Eigenkapital ermittelt wird. 85

Die damit seitens des Bundesgerichtshofs in Kauf genommene „Ungleichbehandlung“ ist nicht im Wege des Kapitalkostenabzugs durch den Ansatz eines negativen Abzugswertes auszugleichen. Sie ist dem Pachtmodell infolge der Zulassung negativen Eigenkapitals immanent und entsteht nicht erst durch die Nichtberücksichtigung eines negativen Kapitalkostenabzugs. 86

Ein Vergleich ist damit nicht zwischen dem Pachtmodell mit geringem und dem Netzbetreiber mit Sachanlagevermögen vorzunehmen, sondern maßgeblich ist, ob innerhalb der unterschiedlich ausgestalteten Pachtmodelle infolge der Nichtzulassung eines negativen Kapitalkostenabzugs eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung eintritt. Dies ist indes nicht der Fall, da der Kapitalkostenabzug ebenfalls mit null angesetzt wird, wenn in einem Netzbetrieb kein Sachanlagevermögen im Basisjahr vorhanden ist. Auch dieser Netzbetreiber wird im Übrigen in gleicher Weise anders behandelt als ein Netzbetreiber, der Eigentümer des Netzes ist. 87

2. In Ergänzung der bisherigen Rechtsprechung hält der Senat es für rechtlich geboten, die beim Netzbetreiber passivierten, im Laufe der Regulierungsperiode sinkenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge anders als das übrige Abzugskapital zu behandeln und auch dann abzuschmelzen, wenn hierdurch ein negativer Kapitalkostenabzug entsteht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verpächter über kein oder nur über geringes Anlagevermögen verfügt. 88

2.1. Gestützt wird diese Ansicht zunächst durch den Wortlaut des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV, wonach die fortgeführten Kapitalkosten unter Berücksichtigung der im Zeitablauf sinkenden kalkulatorischen Restbuchwerte der betriebsnotwendigen Anlagegüter des Ausgangsniveaus nach § 6 Absatz 1 und 2 ARegV sowie der im Zeitablauf sinkenden Werte der hierauf entfallenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse ermittelt werden. Indem die Regelung die im Zeitablauf sinkenden Werte der auf die betriebsnotwendigen Anlagegüter entfallenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge neben den übrigen fortgeführten Kapitalkosten ausdrücklich erwähnt, gibt sie eine konkrete Abschmelzungsanordnung hinsichtlich der Baukostenzuschüsse und 89

Netzanschlusskostenbeiträge vor.

2.2. Ein systematischer Vergleich zum Kapitalkostenaufschlag spricht ebenfalls gegen ein Einfrieren auch der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Fall eines negativen Kapitalkostenabzugswerts. Gemäß § 10a Abs. 4 ARegV fließen auch beim Kapitalkostenaufschlag die Restwerte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge in die Verzinsungsbasis ein. Allein diese Einbeziehung führt dazu, dass sich beim Netzbetreiber, der über kein Anlagevermögen verfügt, ein negativer Kapitalkostenaufschlag errechnet. Im Kapitalkostenaufschlag werden die Kapitalkosten für die betriebsnotwendigen Anlagegüter fortgeschrieben, die in dem Jahr nach dem Basisjahr angeschafft werden. Die Kosten, die sich aus der Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwandes für Fremdkapitalzinsen errechnen, werden – anders als beim Kapitalkostenabzug – bezogen auf ein oder mehrere spezifische Anlagegüter beschränkt und nicht bezogen auf das gesamte Vermögen ermittelt. Investiert im Rahmen eines Pachtmodells der Verpächter in ein oder mehrere Anlagegüter, fallen beim Pächter folglich weder Abschreibungen noch Fremdkapitalzinsen bezogen auf dieses Anlagegut an. Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung errechnet sich auf Grundlage der übermittelten Anschaffungs- und Herstellungskosten der nach dem Basisjahr aktivierten Anlagegüter und den sich hieraus ergebenden Restwerten bewertet zu Anschaffungs- und Herstellungskosten unter Berücksichtigung der Restwerte der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse nach § 7 Abs. 2 StromNEV, vgl. § 10a Abs. 5 und 6 ARegV. Da die Kosten für die aktivierten Anlagegüter beim Pächter, der nicht über Anlagevermögen verfügt, regelmäßig bei null liegen, gehen allein die beim Pächter gebuchten und in Abzug zu bringenden Netzanschlusskostenbeiträge als negativer Wert in die Eigenkapitalverzinsung ein. Wenn die Bundesnetzagentur im Kapitalkostenaufschlag die negative Eigenkapitalverzinsung des Pächters nicht auf null begrenzt, sondern in voller Höhe mit der positiven Eigenkapitalverzinsung des Verpächters saldiert, dient dies allein der in § 10a Abs. 6 ARegV angeordneten Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge. Es ist daher systematisch konsequent, auch im Rahmen des Kapitalkostenabzugs zumindest die im Abzugskapital des Pächters entstandenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als negative Kapitalkosten in Ansatz zu bringen und von den positiven Kapitalkosten des Verpächters zu subtrahieren.

90

2.3. Schließlich spricht auch die Verordnungsbegründung dafür, Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabzug des Pächters zu berücksichtigen und insoweit den negativen Kapitalkostenabzug nicht auf null zu begrenzen. Der Verordnungsgeber führt in der Begründung aus: „Mit der Erweiterung von § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV soll insbesondere eine Grundlage dafür geschaffen werden, dass Baukostenzuschüsse Berücksichtigung finden. [...] Würden die Rückgänge der Baukostenzuschüsse für den Anlagebestand aus dem letzten Basisjahr nicht im Rahmen des Kapitalkostenabzugs berücksichtigt, würden die Erlöse zu stark abgesenkt“ (BR-Drs. 296/16, S. 2). Der Verordnungsgeber hat danach das Abschmelzen der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ausdrücklich vorgesehen. Dieser Anordnung läuft die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Berechnung jedenfalls insoweit entgegen, als auch die Restwerte der Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse eingefroren und der Kapitalkostenabzug für den Pächter auf null gesetzt wird.

91

Bei Abschmelzen nur der beim Pächter verbuchten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge besteht auch keine erkennbare Gefahr von groben Fehlanreizen oder Missbrauch, sondern wird im Gegenteil eine Gleichstellung innerhalb der

92

Pachtmodelle gewährleistet. Wie die Bundesnetzagentur in der Verhandlung eines parallel gelagerten Beschwerdeverfahrens ausgeführt hat, vereinnahmen in einigen Pachtverhältnissen bereits die Verpächter über einen konstruierten Schuldbeitritt die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge mit der Folge, dass diese beim Verpächter in Ansatz gebracht werden. Eine Gleichbehandlung lässt sich unabhängig von der Frage, wer die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge vereinnahmt, nur herbeiführen, wenn jedenfalls diese beiden Positionen des Abzugskapitals berücksichtigt und nachgefahren werden. Zwar wird hierdurch ein Teil des negativen Eigenkapitals beim Netzbetreiber und Pächter abgeschmolzen. Dieser Vorgang ist jedoch zur Berücksichtigung der auf die betriebsnotwendigen Anlagegüter entfallenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge entsprechend der Anordnung in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV geboten.

3. Soweit die Bundesnetzagentur nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 27.05.2021 zum negativen Kapitalkostenabzug Stellung nimmt, handelt es sich um nicht nachgelassenes Vorbringen. Dieses gibt weder Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung noch für eine rechtliche Neubewertung in der Sache. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur ein erhöhtes Missbrauchspotential durch die Berücksichtigung von beim Pächter passivierten Baukostenzuschüssen im Kapitalkostenabzug nicht nachvollziehbar dargetan. 93

IV. Nicht zu beanstanden ist indessen das Vorgehen der Bundesnetzagentur, bei der Mittelwertbildung im Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV unterjährig vereinnahmte Baukostenzuschüsse bereits im Jahresanfangsbestand mit ihrem vollen Wert anzusetzen. 94

1. Die Regulierungsbehörde ermittelt das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 (§§ 4 bis 11) der StromNEV. Nach § 7 Abs. 1 StromNEV bestimmt sich die in die Netzkostenberechnung einzubeziehende kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung auf Grundlage der Summe aus den kalkulatorischen Restwerten des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Alt- und Neuanlagen entsprechend der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der StromNEV im Einzelnen genannten Bewertungen, sowie der Bilanzwerte der betriebsnotwendigen Finanzanlagen und des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens unter Abzug des Steueranteils der Sonderposten mit Rücklagenanteil und unter Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals. Nach § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV ist für die Verzinsung des Eigenkapitals jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen. Auch für die Ermittlung des Abzugskapitals und damit für die in § 7 Abs. 2 Nr. 4 StromNEV genannten Baukostenzuschüsse ist gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 StromNEV jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen. 95

2. Es steht im Einklang mit diesen verordnungsrechtlichen Vorgaben, dass die Bundesnetzagentur die Baukostenzuschüsse, die unterjährig im Basisjahr vereinnahmt worden sind, im Rahmen der Mittelwertbildung mit ihrem vollen Wert angesetzt hat. 96

2.1. Zwar ergibt sich aus § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV, auf den § 6 ARegV zur Ermittlung des Ausgangsniveaus verweist, nicht, wie Baukostenzuschüsse, die den Netzbetreibern erst im Laufe des Basisjahres zufließen, bei der Mittelwertbildung aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand zu berücksichtigen sind. Für die Anordnung der Bildung eines Mittelwertes in § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV, die der Regelung in § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV entspricht, hat der Bundesgerichtshof jedoch bereits mit Beschluss vom 10.11.2015 entschieden, dass bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die Eigenkapitalverzinsung keine Bindung an 97

die Werte der Handelsbilanz und den Grundsatz der Identität von Jahresend- und Jahresanfangsbestand besteht, auch wenn der Wortlaut der Norm nur eine Berücksichtigung am Jahresanfang bereits vorhandener Vermögenswerte nahelegen mag. Maßgeblich ist danach allein die kalkulatorische Sicht (EnVR 42/14, Rn. 12, 13, juris), so dass der Begriff des Jahresanfangsbestandes in den genannten Vorschriften einer Auslegung zugänglich ist und insbesondere systematische oder teleologische Erwägungen ein anderes Verständnis rechtfertigen können als das durch den Wortlaut naheliegende. Diese Auslegungsgrundsätze rechtfertigen es, die in § 6 Abs. 5 S. 4 StromNEV für die Ermittlung kalkulatorischer Abschreibungen angeordnete Zugangsfiktion des Anlageguts zum 01.01. aufgrund des systematischen Zusammenhangs zwischen § 6 und § 7 Abs. 1 StromNEV auch bei der Ermittlung des Jahresanfangsbestands gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist danach unterjährig zugeflossenes Vermögen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 StromNEV mit dem vollen Wert im Jahresanfangsbestand anzusetzen (BGH a.a.O, Rn. 24 ff, juris).

In Weiterführung dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof auch für den Kapitalkostenaufschlag und die hier bei der Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung gemäß § 10a Abs. 2 S. 6 ARegV zu berücksichtigenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Rahmen der Mittelwertbildung den Ansatz des vollen Wertes im Jahresanfangsbestand bestätigt (BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 59/19). Die dieser Rechtsprechung zum Kapitalkostenaufschlag zugrunde liegenden Erwägungen können ohne Weiteres auf die Mittelwertbildung der im Basisjahr zugegangenen Baukostenzuschüsse übertragen werden.

98

Der Verordnungsgeber hat sowohl bei den zu berücksichtigenden Baukostenzuschüssen im Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV als auch beim Anlagevermögen gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV eine Mittelwertbildung zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand angeordnet. Diese bewusste Parallelität legt ein identisches Verständnis des Begriffs des Jahresanfangsbestands nahe (BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 59/19, Rn. 75, juris). Mit dieser Auslegung wird zudem ein grundsätzlich gewollter Gleichlauf bei der Behandlung von Aktiva und Passiva herbeigeführt (BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 59/19, Rn. 76, mit Verweis auf BGH, Beschluss v. 23.06.2009, EnVR 76/07, Rn. 13, juris). 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 (vgl. Senat, Beschluss v. 12.06.2019, VI-3 Kart 165/17 [V], Rn. 135, juris). Auch wenn die Auflösungsdauer der Zuschüsse und die Abschreibungszeiten der Anlagegüter nicht deckungsgleich sind, ändert dies nichts daran, dass der Verordnungsgeber die Bewertung des Anlagevermögens und die Gegenrechnung von Zuschüssen bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsungsbasis für das Ausgangsniveau im Basisjahr verknüpft hat (BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 59/19, Rn. 76, juris).

99

Dieser Auslegung des „Jahresanfangsbestandes“ steht, worauf der Bundesgerichtshof ebenfalls verwiesen hat, auch nicht entgegen, dass eine § 6 Abs. 5 S. 4 StromNEV entsprechende, eine Zugangsfiktion zum 01.01. anordnende Regelung für Baukostenzuschüsse fehlt und ein systematischer Zusammenhang zwischen § 6 StromNEV und § 9 StromNEV nicht besteht. Er begründet dies unter anderem damit, dass die in § 9 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 StromNEV angeordnete jährliche lineare Auflösung der

100

Baukostenzuschüsse über einen Zeitraum von 20 Jahren für eine nicht nur anteilige, sondern volle Berücksichtigung des jährlichen Auflösungsbetrages im Zuflussjahr spreche und folgerichtig auch die tatsächlich erst im Jahresverlauf zugeflossenen Baukostenzuschüsse im Jahresanfangsbestand voll anzusetzen seien. Nur so könne ein Gleichlauf der Bewertungsmaßstäbe für das Anlagevermögen und die dessen Finanzierung dienenden Baukostenzuschüsse erreicht werden. Ebenso wie bei den Anlagegütern komme es auch bei den Zuschüssen nur zu einer zeitlichen Verlagerung ihrer Berücksichtigung, nicht aber zu einer betragsmäßigen Abweichung in ihrer Gesamthöhe. Der Verordnungsgeber habe die jahresweise Betrachtung in § 6 Abs. 5 Satz 3 und 4 StromNEV ferner damit begründet, dass eine auf unterjährige Zeiträume abstellende Ermittlung kalkulatorischer Abschreibungen der Handhabbarkeit und Prüfbarkeit der Kostenrechnung widerspreche (BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 10). Für die Auflösung von Zuschüssen gilt nichts anderes (BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 59/19, Rn. 81, juris).

Die streitgegenständliche Berücksichtigung der vollen im Zugangsjahr erwarteten Zugänge an Baukostenzuschüssen im Jahresanfangsbestand des Basisjahres steht zugleich im Einklang mit Sinn und Zweck der Regelung in 6 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 StromNEV. 101

Die Baukostenzuschüsse dienen der Finanzierung des Anlagevermögens und werden daher gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die Verzinsung des Eigenkapitals in Abzug gebracht. Es liegt daher auf der Hand, nicht nur den Anschaffungszeitpunkt für das Anlagegut vorzulegen, sondern auch den Anschaffungszeitpunkt der Baukostenzuschüsse, die der Finanzierung des Anlageguts dienen. Eine bloße Vorverlegung des Anschaffungszeitpunkts des Anlageguts würde zu einer überhöhten, pauschalierten Eigenkapitalverzinsung führen. 102

Der Einwand, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kapitalkostenaufschlag und der hierbei vorzunehmenden Mittelwertbildung sei bereits deshalb nicht übertragbar, weil der Bundesgerichtshof seine Rechtsauffassung in systematischer Hinsicht auf § 10a Abs. 6 ARegV und die dort angeordnete Berücksichtigung der bis zum 31.12. des Jahres zugegangenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge beschränkt hat, in dem der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, vermag nicht zu überzeugen. Auch § 7 Abs. 2 S. 2 StromNEV erfasst die neu im Basisjahr zugegangenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge. Einer ausdrücklichen Anordnung bedurfte es, anders als im Rahmen des § 10a ARegV nicht, denn zu erwartende Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge gibt es bei der Ermittlung der Kosten des zum Betrachtungszeitpunkt bereits abgeschlossenen Basisjahres nicht. Im Übrigen wird der Kapitalkostenaufschlag auf Antrag nur für ein Jahr ermittelt, so dass der Antrag mehrmals in einer Regulierungsperiode gestellt werden kann. Auch dies erklärt, warum der Erhalt der zu berücksichtigenden Baukostenzuschüsse in § 10a Abs. 6 ARegV zeitlich ausdrücklich eingegrenzt ist. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof, wie zuvor dargelegt, seine Auffassung nicht nur unter Verweis auf § 10a Abs. 6 ARegV begründet, sondern mit einem systematischen Gleichlauf von Aktiva und Passiva und dem Sinn und Zweck der Regelung, Anlagevermögen und Zuschüsse beim Jahresanfangsbestand gleich zu behandeln. Diese Grundsätze sind auf die Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Rahmen des Ausgangsniveaus gemäß § 6 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 in § 7 Abs. 4 S. 2 StromNEV übertragbar. 103

V. Die Bundesnetzagentur hat schließlich auch den individuellen Effizienzwert der Beschwerdeführerin rechtsfehlerfrei ermittelt. Es ist nicht zu beanstanden, dass sie hierbei als 104

Strukturparameter der installierten dezentralen Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene den von der Beschwerdeführerin im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens gemeldeten Wert angesetzt hat, auch wenn dieser unstreitig eine zu geringe Erzeugungsleistung von KWK-Erzeugungsanlagen in der Hochspannungsebene angibt, da die Erzeugungsleistung des Kraftwerksblocks F „...“ unberücksichtigt geblieben ist. Die Bundesnetzagentur war nicht verpflichtet, die mit E-Mails der Beschwerdeführerin vom 20.02.2019 und 11.03.2019 vorgenommenen Korrekturen des Strukturparameters zu berücksichtigen und die Berechnung des individuellen Effizienzwertes der Beschwerdeführerin anhand des objektiv zutreffenden Strukturparameters vorzunehmen.

1. Die Bundesnetzagentur hat zunächst nicht dadurch ihre Amtsermittlungspflicht verletzt, dass sie nicht bereits im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens anlässlich der Plausibilisierung der von den Netzbetreibern eingereichten Daten die Fehlerhaftigkeit der Datenmeldung der Beschwerdeführerin betreffend die installierte dezentrale Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene festgestellt und auf eine Korrektur hingewirkt hat. Die Bundesnetzagentur hat den Sachverhalt vielmehr vollständig ermittelt, da ihre standardisierte Vorgehensweise geeignet war, eine hinreichende Plausibilisierung der von den Netzbetreibern aufgrund der Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Ermittlung der Effizienzwerte nach §§ 12 bis 14 ARegV für die 3. Regulierungsperiode (Az. BK8-17/0002-A) übermittelten Daten zu erreichen. Zudem war der von der Beschwerdeführerin ursprünglich gemeldete unrichtige Wert des Strukturparameters unauffällig. 105

1.1. Zu einer eigenständigen Ermittlung der streitgegenständlichen Daten war die Bundesnetzagentur nicht verpflichtet. Nach § 27 Abs. 1 ARegV ermittelt die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach Teil 2 und 3 notwendigen Tatsachen. Hierzu erhebt sie gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV bei den Netzbetreibern die notwendigen Daten unter anderem zur Ermittlung der Effizienzwerte nach den §§ 12 bis 14 ARegV, wobei die Netzbetreiber insoweit zur Auskunft verpflichtet sind. Die Mitwirkungslast begrenzt die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde. Diese braucht entscheidungserhebliche Tatsachen nicht zu ermitteln, die der Betroffene ihr zu unterbreiten hat (BGH, Beschluss v. 28.06.2011, EnVR 48/10 Rn. 86 - EnBW Regional; Beschluss v. 09.10.2012, EnVR 86/10, Rn. 27 - Stadtwerke Rostock). Eine detaillierte Überprüfung der von jedem beteiligten Unternehmen übermittelten Daten steht mit dem Regelungskonzept der ARegV nicht im Einklang; Anlass zur näheren Überprüfung der Angaben besteht deshalb nur, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Richtigkeit der übermittelten Daten begründen (BGH, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 84 f., juris – Stadtwerke Konstanz). 106

1.2. Ihrer hiernach bestehenden Verpflichtung zur Plausibilisierung der von den Netzbetreibern gemeldeten Daten ist die Beschwerdeführerin nachgekommen. 107

1.2.1. Das standardmäßige Vorgehen der Bundesnetzagentur bei der Plausibilisierung mehrerer Hundert Datenpunkte von über 200 Netzbetreibern umfasste insgesamt 625 Prüfungspunkte nach den Prüfungsschritten Sichtungsprüfung, manuelle Prüfung (z.B. ob amtliche Gemeindeschlüssel zu den angegebenen Spannungsebenen passen oder die Zahl der Anschlusspunkte über Null ist), Historienprüfung durch einen Vergleich mit vorherigen Versionen des Erhebungsbogens, Vollständigkeitsprüfung, Logikprüfung (z.B. ob errechnete Benutzungsstunden bei installierter Erzeugungsleistung und Einspeisung zwischen 0 und 8760 liegen), Vergleich mit Altdaten bzw. Daten aus anderen Verfahren, soweit diese vergleichbar vorliegen, sowie sog. Querchecks, die hauptsächlich auf Logikprüfungen und der 108

Bildung von Kennzahlen beruhen, anhand derer plausible technische Bandbreiten überprüft werden können. Der Gutachter hat ebenfalls eine Datenvalidierung vorgenommen, wie im Einzelnen aus Bl. 1014 ff. des Verwaltungsvorgangs „Effizienzvergleich Strom 3. Regulierungsperiode“ ersichtlich ist, etwa die Untersuchung verschiedener Merkmale auf auffällige Werte mittels Streudiagrammen und eine Wertebereichsprüfung verschiedener aggregierter und disaggregierter Kennzahlen.

1.2.2. Diese Vorgehensweise war geeignet, jedenfalls erkennbar unplausible Daten der betroffenen Netzbetreiber zu identifizieren. Weitere standardisierte Schritte zur Plausibilitätsprüfung musste die Bundesnetzagentur nicht vorsehen. Insbesondere war eine allgemeine ergänzende Prüfung der erhobenen Daten auf ihre energiewirtschaftliche bzw. ingenieurwissenschaftliche Plausibilität ohne konkreten Anlass nicht erforderlich, wie vom Senat bereits mit Beschluss vom 26.02.2020 (VI-3 Kart 75/17 [V], BeckRS 2020, 5386, Rn. 79 ff.) im Einzelnen ausgeführt. Die dortigen Ausführungen zur Plausibilisierung der für die Ermittlung des Qualitätselements eingereichten Daten der Netzbetreiber sind auf den Effizienzvergleich, in dem regelmäßig eine noch größere Anzahl von Datenkategorien und damit Einzeldaten zu erheben ist, übertragbar. 109

1.2.3. Der Bundesnetzagentur musste bei diesem Prüfprogramm die fehlerhafte Datenmeldung zur installierten dezentralen Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene nicht auffallen, so dass sie nicht zu weiteren Ermittlungen verpflichtet war. 110

Da die Kraftwerkskapazität, die bei der fehlerhaften Datenmeldung unberücksichtigt geblieben ist, erst seit dem Jahr 2016 besteht, liegt es auf der Hand, dass der Datenfehler aufgrund einer Plausibilisierung anhand von Altdaten nicht auffallen musste. 111

Der Bundesnetzagentur hätte auch nicht auffallen müssen, dass die Einspeisemengen der an das Netz der Beschwerdeführerin angeschlossenen KWK-Anlagen von ... TWh im Jahr 2011 auf ... TWh im Jahr 2016 anstiegen, während gleichzeitig die Einspeiseleistung von ...MW auf ... MW zurückging. Auffällig und damit plausibilisierungsbedürftig wäre der von der Beschwerdeführerin für die installierte dezentrale Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene gemeldete Wert allenfalls bei einer Betrachtung des Verhältnisses der Entwicklung der dezentralen Einspeisung einerseits und der dezentralen Leistung andererseits gewesen. Zu einer derartigen Plausibilisierung durch eine Analyse der Diskrepanz der historischen Entwicklung von miteinander im Zusammenhang stehenden Vergleichsparametern war die Bundesnetzagentur aber nicht verpflichtet. Sie durfte vielmehr davon ausgehen, dass allein der von ihr hinsichtlich der einzelnen Strukturparameter durchgeführte Vergleich mit den für die 2. Regulierungsperiode gemeldeten Daten des Jahres 2011 aufklärungsbedürftige Werte identifizieren würde. Zudem hat sie - von der Beschwerdeführerin unbeanstandet – vorgetragen, dass für den Effizienzvergleich der zweiten Regulierungsperiode die installierte Erzeugungsleistung und die entsprechenden Einspeisemengen ohnehin nach einer anderen Aufteilung abgefragt worden sind, die mit der Abfrage in der 3. Regulierungsperiode bei den KWK-Anlagen nicht vergleichbar war. Bezüglich der Arbeit und der Leistung waren daher nur die Abfragen der Gesamtpositionen miteinander vergleichbar, ein spezieller Abgleich nur für die KWK-Anlagen konnte nicht durchgeführt werden. Danach waren sowohl die Betrachtung der Entwicklung der Leistungswerte der gesamten installierten Erzeugungsleistung aller Erzeugungsanlagen in der Hochspannung ebenso unauffällig wie Arbeitswerte in der Ebene Hochspannung und die Volllast- bzw. Benutzungsstunden für die KWK-Anlagen. 112

Eines Abgleichs mit der Erzeugungsleistung der an das Netz der Beschwerdeführerin angeschlossenen Kraftwerke mit der von der Bundesnetzagentur geführten Kraftwerksliste, 113

die im Wesentlichen auf die entsprechenden Datenlieferungen der jeweiligen Kraftwerksbetreiber zurückgeht und die Teil des Monitorings nach § 35 EnWG ist, bedurfte es wegen des damit verbundenen, im Datenplausibilisierungsverfahren nicht zumutbaren erhöhten Verwaltungsaufwands schließlich nicht. Zudem hat die Bundesnetzagentur in ihrem Vermerk vom 29.04.2019 (Bl. 010815 des Verwaltungsvorgangs Effizienzvergleich Strom 3. Regulierungsperiode bzw. Anlage BG 1, S. 8) darauf hingewiesen, dass in der Kraftwerkliste bezüglich des konkreten Kraftwerkes aufgrund eines Eingabefehlers des Kraftwerksbetreibers der Unternehmensname des Kraftwerksbetreibers falsch geschrieben worden sei, so dass eine automatisierte Auswertung die betroffene Erzeugungsleistung möglicherweise ohnehin nicht erfasst hätte.

2. Die Nichtberücksichtigung der korrigierten, objektiv richtigen Datenmeldung bei der Berechnung des Effizienzwertes der Beschwerdeführerin stellt des Weiteren keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar. Den im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens als Vorverfahren und sodann im Effizienzvergleichsverfahren selbst gesetzten Fristen zur Datenvorlage bzw. -überprüfung kommt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin präkludierende Wirkung zu, so dass sich die Beschwerdeführerin an ihren im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens gemeldeten und erst nach Durchführung des Effizienzvergleichs korrigierten Daten festhalten lassen muss. 114

2.1. Die Bundesnetzagentur hat den Netzbetreibern zunächst durch die Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Ermittlung der Effizienzwerte nach §§ 12 bis 14 ARegV für die 3. Regulierungsperiode (Az. BK8-17/0002-A) aufgegeben, bis zum 31.07.2017 vollständige und korrekte Strukturdaten zu melden, zu denen auch die hier streitgegenständliche Angabe der installierten dezentralen Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene zählt. Allen Netzbetreibern, die am Effizienzvergleich teilgenommen haben, sind sodann im Zeitraum von Juni bis September 2018 Datenquittungen zur Hauptdatenerhebung, zur ergänzenden Datenerhebung, zu den Versorgungsgebieten der Netzbetreiber sowie zu den durch die Bundesnetzagentur errechneten gebietsstrukturellen Daten übermittelt worden. Den Netzbetreibern ist dabei jeweils unter Fristsetzung letztmalig die Möglichkeit eingeräumt worden, die gemeldeten Strukturparameter aus der entsprechenden Datenerhebung zu prüfen und gegebenenfalls Änderungsbedarf anzumelden (vgl. S. 3 f. des angefochtenen Beschlusses). Zudem hat die Bundesnetzagentur anlässlich der Anhörung zum Ausgangsniveau vom 03.05.2018 (Anlage BF 2) der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie beabsichtigte, nach der Prüfung der von den Netzbetreibern übermittelten und auf Nachfrage ergänzten Informationen mit der beigefügten Anlage „Aufwandsparameter“ in das weitere Verfahren zum Effizienzvergleich und zur Festlegung der Erlösobergrenze zu gehen, und hat der Beschwerdeführerin gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 25.05.2018 gegeben. Verbunden mit der Fristsetzung war der Hinweis, dass im Interesse eines zeit- und fristgerechten Verfahrens nach Abschluss des Effizienzvergleichs kein neuer Sachvortrag berücksichtigt werden könne. 115

2.2. Die von der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Mitwirkung an der Datenerhebung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV gesetzten Fristen haben präkludierende Wirkung. Angesichts der im Datenerhebungsverfahren gesetzten und sodann im Effizienzvergleichsverfahren verlängerten Fristen zur Meldung korrekter Daten sowie unter Berücksichtigung der in der Anhörung zum Ausgangsniveau erfolgten Ankündigung, nach Durchführung des Effizienzvergleichs keinen neuen Sachvortrag zu berücksichtigen, waren die gesetzten Fristen spätestens mit Ablauf der Stellungnahmefrist auf den Effizienzvergleich am 25.01.2019 abgelaufen. 116

2.2.1. Die Rechtsfolgen der Versäumung behördlich gesetzter Fristen i.S.d. § 31 VwVfG – und damit auch der in Rede stehenden Frist zur Übermittlung zutreffender Daten - sind nicht einheitlich und bestimmen sich durch die Art der Frist und das jeweilige materielle Sachgebiet (Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 31, Rn. 31, vgl. auch Senat, Beschluss vom 26.02.2020, VI-3 Kart 75/17 [V], BeckRS 2020, 5386, Rn. 66). Für den dauerhaften Entzug materieller Rechtspositionen als Folge des Verstreichenlassens einer von der Verwaltungsbehörde gesetzten Frist bedarf es einer materiell-rechtlichen Gesetzesgrundlage, die sich nicht bereits daraus ergibt, dass eine behördliche Verfahrenshandlung allein auf der Grundlage der in das behördliche Ermessen gestellten Befugnis zur Gestaltung des nicht geregelten Teils des Verwaltungsverfahrens ergeht (BVerwG, Urteil v. 18.09.1996, 6 C 10/95, Rn. 9, juris). Soweit vertreten wird, dass die Versäumung behördlicher Fristen grundsätzlich ohne verfahrensrechtliche Folgen bleibt, wenn die Handlung, für die die Frist gesetzt wurde, jedenfalls noch vor der abschließenden Entscheidung der Behörde in der Sache nachgeholt wird (Raumsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 21. Aufl., § 31, Rn. 21a), bezieht sich dies ersichtlich auf solche Fälle, in denen es an einer solchen besonderen materiell-rechtlichen Grundlage fehlt.

2.2.2. Die erforderliche spezialgesetzliche Grundlage liegt mit § 32 Abs. 1 Nr. 11 i.V.m. §§ 27, 28 ARegV vor. Nach § 32 Abs. 1 Nr. 11 ARegV können die Regulierungsbehörden Festlegungen zu Umfang, Zeitpunkt und Form der nach den §§ 27 und 28 ARegV zu erhebenden und mitzuteilenden Daten treffen. In Bezug genommen wird damit auch die Erhebung der notwendigen Daten zur Ermittlung der Effizienzwerte nach den §§ 12 bis 14 ARegV. 118

2.2.3. Dass den Vorgaben der Bundesnetzagentur zum Zeitpunkt der Mitteilung der für den Effizienzvergleich präkludierende Wirkung zukommt, folgt dabei aus den Besonderheiten des anreizregulatorischen Verfahrens, die für die Beurteilung der Rechtslage heranzuziehen sind (vgl. BVerwG, Urteil v. 22.01.1985, 9 C 105/84, Rn. 12, juris), ohne dass es der ausdrücklichen Anordnung der präkludierenden Wirkung in der verordnungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage selbst bedürfte. 119

Die Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen eines Elektrizitätsverteilersnetzbetreibers setzt die Durchführung eines umfassenden Effizienzvergleichs gemäß §§ 12 bis 14 ARegV zur Bestimmung der Ineffizienzen der Netzbetreiber voraus. Dabei sind in den bundesweiten Effizienzvergleich der Bundesnetzagentur als „Herzstück der Anreizregulierung“ (Hummel in: Theobald/Kühling, Energierecht, 108. EL, § 12 ARegV, Rn. 1) grundsätzlich alle Elektrizitätsverteilersnetzbetreiber einzubeziehen, soweit diese nicht am vereinfachten Verfahren teilnehmen. Das bedeutet, dass grundsätzlich alle im Bundesgebiet tätigen Elektrizitätsverteilersnetzbetreiber mit ihren Aufwands- und Vergleichsparametern einzustellen sind. Die Festlegungen zur Datenerhebung nach § 32 Abs. 1 Nr. 11 i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV haben dabei besondere Relevanz, da sie als Vorstufe zum eigentlichen Effizienzvergleich als wesentlichem Verfahren der Anreizregulierung unerlässlich sind (Henn in: BerlK-EnR, a.a.O., § 32 ARegV, Rn. 29). 120

Da die Durchführung des datengetriebenen Effizienzvergleichs aller einzubeziehenden Netzbetreiber Voraussetzung für die Ermittlung des Effizienzwertes des einzelnen Netzbetreibers ist, gebietet bereits die Natur der Sache eine Segmentierung des Verwaltungsverfahrens in einzelne, zwingend nacheinander durchzuführende Verfahrensabschnitte. Fristsetzungen, die sich auf die Mitwirkungspflichten der Netzbetreiber bei der Datenerhebung beziehen, die ihrerseits Voraussetzung für die Durchführung des 121

allgemeinen Effizienzvergleichs ist, erschöpfen sich damit nicht in einer bloßen Warnfunktion dahingehend, dass nach Ablauf der Frist mit der endgültigen Entscheidung nicht mehr zugewartet werden braucht. Solchen Fristen dürfte für das weitere Verwaltungsverfahren keine ausschließende Wirkung zukommen (für das Prozessrecht BVerwG, a.a.O., Rn. 10). Die hier streitgegenständliche Frist bestimmt indes den frühestmöglichen Zeitpunkt des Beginns des nächsten Verfahrensabschnitts, hier der Durchführung des allgemeinen Effizienzvergleichs, und strukturiert damit das Verfahren, um eine sinnvolle Durchführung des allgemeinen Effizienzvergleichs auf einer feststehenden, einheitlichen Datengrundlage trotz der zugrundeliegenden großen und von einer Vielzahl unterschiedlicher Netzbetreiber stammenden Datenmenge sicherzustellen.

Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt grundlegend von dem, der von der Beschwerdeführerin in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur verspäteten Darlegung der Kosten für eine effiziente Leistungsbereitstellung bei der Genehmigung von Entgelten für Postdienstleistungen zugrunde liegt (BVerwG, Urteil v. 29.05.2013, 6 C 10.11, juris). Nach § 22 Abs. 1 S. 1 PostG ist die Entgeltgenehmigung als Verwaltungsakt an einen in schriftlicher Form zu stellenden Antrag des regulierten Unternehmens gebunden, mit dem zusammen nach § 2 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 PEntgV alle Unterlagen und Nachweise vorzulegen sind, die die Regulierungsbehörde in die Lage versetzen, eine vollständige materielle Prüfung des beantragten Entgelts vorzunehmen. Unterlagen und Nachweise, die das regulierte Unternehmen erst nach Abgabe des Antrags einreicht, muss die Regulierungsbehörde nur berücksichtigen, wenn dadurch die Einhaltung der Frist des § 22 Abs. 2 PostG, wonach die Regulierungsbehörde über einen Genehmigungsantrag innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Antrags entscheidet, und die Wahrung der Rechte Dritter nicht gefährdet werden (BVerwG a.a.O., Rn. 22). Diese Erwägungen sind jedoch schon deshalb nicht auf den Streitfall übertragbar, weil das postrechtliche Entgeltregulierungsverfahren im Wesentlichen an den vom Antragsteller unterbreiteten Sachverhalt anknüpft und es sich gerade nicht um ein in verschiedene, sukzessive Verfahrensabschnitte strukturiertes Verfahren handelt.

122

2.4. Eine Präklusionswirkung der Fristsetzung setzt im Übrigen auch der Bundesgerichtshof voraus, der entschieden hat, dass ein Netzbetreiber die von ihm eingegebenen Daten nach Durchführung des Effizienzvergleichs nicht mehr ohne Weiteres korrigieren kann und sich vielmehr im Interesse der Einheitlichkeit der Datengrundlage an seinen eigenen Angaben grundsätzlich festhalten lassen muss (BGH, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 123, juris – Stadtwerke Konstanz).

123

3. Die Bundesnetzagentur hat die Berücksichtigung der korrigierten Angabe zur installierten dezentralen Erzeugungsleistung auf der Hochspannungsebene schließlich ermessensfehlerfrei abgelehnt.

124

3.1. Nach § 31 Abs. 7 VwVfG können die von einer Behörde gesetzten Fristen auch dann, wenn sie bereits abgelaufen sind, rückwirkend verlängert werden, insbesondere wenn es unbillig wäre, die durch den Fristablauf eingetretenen Rechtsfolgen bestehen zu lassen.

125

Die Verlängerung einer behördlich gesetzten Frist, die auch von Amts wegen erfolgen kann (Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 31, Rn. 49; Michler in BeckOK VwVfG, 51. Edition, § 31, Rn. 58; Christine Mattes in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 31, Rn. 49), steht hiernach im Ermessen der Behörde, welches sie nach § 40 VwVfG ausüben hat. Da die Vorschrift den Interessen des Fristbetroffenen zu dienen bestimmt ist, steht ihm jedenfalls ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Verlängerungsantrag zu (Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 31, Rn. 39; Christine Mattes in: NK-VwVfG, a.a.O.,

126

§ 31, Rn. 48).

Beruft sich eine Behörde auf die Nichteinhaltung behördlicher Fristen, hat sie im Hinblick auf die gegeneinander abzuwägenden Rechtsfolgen für den Betroffenen einerseits und für die Behörde andererseits Gesichtspunkte der Billigkeit zu beachten (BVerwG, Urteil v. 22.10.1993, 6 C 10/92, Rn. 25, juris). Da die Ermessensentscheidung für die behördlich gesetzten Fristen an die Stelle der bei gesetzlichen Fristen allein möglichen Wiedereinsetzung tritt, ist das Ermessen der Behörde bei der Entscheidung über die Fristverlängerung auf Null reduziert, wenn die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung bestehen; dann muss die Behörde die Frist verlängern, um nicht ermessensfehlerhaft zu entscheiden. Ermessensfehler liegen auch dann vor, wenn die Behörde persönliche oder sachliche Gründe, die sie zu berücksichtigen hat, nicht berücksichtigt und deswegen die Nichtverlängerung unbillig ist. Vergleichbares gilt, wenn die behördliche Berufung auf die Nichteinhaltung der Frist gegen Treu und Glauben verstößt (zu alledem Senat, Beschluss v. 06.12.2017, VI-3 Kart 89/16, Rn. 48, juris m.w.N.). Die Behörde hat in der Regel zugunsten des Betroffenen zu entscheiden, wenn keine wesentlichen Gesichtspunkte dagegen sprechen (BVerwG, a.a.O.; Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 31, Rn. 40). 127

3.2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden. 128

Eine Ermessensreduzierung auf Null zugunsten der Fristverlängerung wegen Vorliegens der Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung liegt ersichtlich nicht vor, da die Beschwerdeführerin es schuldhaft versäumt hat, der Bundesnetzagentur im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens von vornherein den objektiv richtigen Strukturparameter der installierten dezentralen Erzeugungsleistung in der Hochspannungsebene zu melden. Es ist unstreitig geblieben, dass dies allein auf einem internen Versäumnis im Hause der Beschwerdeführerin beruht. 129

Die Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur ist auch im Übrigen fehlerfrei, wobei die Ermessensausübung der Bundesnetzagentur nur zu beanstanden wäre, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (vgl. [BGH, Beschluss v. 22.07.2014, EnVR 59/12](#), Rn. 25, juris - Stromnetz Berlin GmbH). 130

3.2.1. Die Bundesnetzagentur hat in ihre Ermessensentscheidung eingestellt, was nach der Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste, wie aus ihren Ausführungen auf S. 16 f. und 19 des angefochtenen Beschlusses folgt. 131

Sie hat in ihrer Ermessensentscheidung zunächst einleitend sowohl bezogen auf die in Betracht kommenden Korrekturen am Datenbestand für die gesamthafte Modellbestimmung wie auch für die sich anschließende Berechnung von individuellen Effizienzwerten berücksichtigt, dass den Netzbetreibern im Vorfeld mit entsprechenden Mitteilungen und Datenquittungen eine hinreichende Möglichkeit gewährt worden sei, korrekte Strukturparameter zu melden bzw. etwaige Fehler zu korrigieren. Die Beschlusskammer habe davon ausgehen können, dass die Unternehmen ein Grundverständnis von den Abläufen und der Bedeutung der Datenqualität hätten. Daher seien die Netzbetreiber mit Einwendungen zu den für sie jeweils herangezogenen Vergleichsparametern jedenfalls nach dem Abschluss der Anhörung zum Effizienzvergleich ausgeschlossen. Ein Ausschluss ließe sich bereits mit 132

Ablauf der Rückmeldefristen in den entsprechenden Datenquittungen rechtfertigen. Dies sei auch vom Bundesgerichtshof bestätigt. Nach dem Beschluss v. 21.01.2014 (EnVR 12/12, Rn. 123) müssten sich Netzbetreiber im Interesse der Einheitlichkeit der Datengrundlage an ihren eigenen Angaben grundsätzlich festhalten lassen.

Nach ihren Ausführungen zur gesamten Modellbestimmung hat sie ihre Entscheidung gegen eine Anpassung des individuellen Effizienzwertes der Beschwerdeführerin unter erneuter Bezugnahme auf die zitierte Rechtsprechung weiter damit begründet, dass eine unmissverständliche Datenabfrage zu diesem Punkt vorliege, die allein aufgrund eines Büroversehens bei der Beschwerdeführerin falsch umgesetzt worden sei. Eine unzumutbare Härte liege angesichts der Korrektur des Effizienzwertes um 3,25 Prozentpunkte nicht vor, wobei sie die in der ARegV enthaltenen Sicherheitsmechanismen, die unzumutbare Effizienzvorgaben verhinderten, namentlich § 12 Abs. 3, § 15 Abs. 2, § 16 Abs. 2 und § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV, ebenso in die Betrachtung einbezogen hat wie den Umstand, dass der festgelegte Effizienzwert der Netzbetreiberin immer noch über dem Effizienzwert für das vereinfachte Verfahren in Höhe von 96,69 % liegt. 133

Dabei hat sie keine wesentlichen Gesichtspunkte übersehen. Vielmehr hat sie auch die wirtschaftlichen Auswirkungen ihrer Entscheidung auf den Effizienzwert der Beschwerdeführerin erkannt und konkret quantifiziert. 134

3.2.2. Auch eine Abwägungsfehleinschätzung liegt nicht vor. 135

3.2.2.1. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur zunächst als gegen eine Datenkorrektur bei der Ermittlung des individuellen Effizienzwertes sprechende Umstände maßgeblich auf die der Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin bekannte Bedeutung der Datenqualität und das Interesse an der Einheitlichkeit der Datengrundlage abgestellt. Die Bedeutung der von den Netzbetreibern gemeldeten Daten für die effektive und belastbare Durchführung des Effizienzvergleichs hat auch der Bundesgerichtshof in seiner ausdrücklich in Bezug genommenen Entscheidung bereits identifiziert und für so gewichtig erachtet, dass sie es regelmäßig rechtfertige, die Netzbetreiber an schuldhaft fehlerhaft gemeldeten Daten festzuhalten. Diese Erwägungen beziehen sich auf die negativen Auswirkungen, die eine Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes eines Netzbetreibers aufgrund der korrigierten Daten für die Durchführung des Effizienzvergleichs hat: Die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur der vom Netzbetreiber schuldhaft gelieferten Daten steht in Widerspruch zu der Bedeutung der Datenerhebung und dem dadurch begründeten Sorgfaltsmaßstab, den die Netzbetreiber im Datenerhebungsverfahren anzulegen haben. Wenn die Netzbetreiber davon ausgehen können, dass die Meldung einzelner falscher Daten nicht zu einer Wiederholung der gesamthaften Modellbestimmung führt, sie aber diese Fehler noch im Rahmen der individuellen Effizienzwertermittlung, wo sie sich regelmäßig in für sie selbst wirtschaftlich ungleich bedeutsamerer Weise auswirken, korrigieren können, so besteht ersichtlich ein deutlich geringerer Anreiz, bereits die für die gesamthafte Modellbestimmung übermittelten Daten sorgfältig auf ihre Richtigkeit zu prüfen. Den Überlegungen der Bundesnetzagentur sind mithin gewichtige generalpräventive Erwägungen immanent. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die ARegV keine Sanktionierung fehlerhafter Datenmeldung vorsieht. Gerade weil dies der Fall ist, besteht ein umso größeres Bedürfnis, beim Umgang mit Datenfehlern die Aufrechterhaltung der Datenqualität in den Blick zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob mangelnde Sorgfalt von Netzbetreibern bereits ein Massenphänomen ist oder sich auf die aus den geführten Beschwerdeverfahren bekannten Einzelfälle erstreckt. Denn ersteres soll gerade verhindert werden. 136

Anders als die Beschwerdeführerin meint, hat es die Bundesnetzagentur demnach nicht versäumt, für die Verweigerung der Fristverlängerung sprechende Gründe zu benennen. Ihr Interesse, von „lästigen“ Datenkorrekturen verschont zu bleiben, hat die Bundesnetzagentur gerade nicht adressiert. Sie hat vielmehr eine Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes der Beschwerdeführerin durchgeführt, d.h. den hierdurch entstehenden Mehraufwand in Kauf genommen, um die wirtschaftlichen Auswirkungen im Einzelnen benennen und in sachangemessener Weise in die Abwägung einstellen zu können.

3.2.2.2. Rechtsfehlerfrei ist die Bundesnetzagentur unter Würdigung der wirtschaftlichen Konsequenzen der Versagung einer Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes zu dem Ergebnis gekommen, dass diese keine unzumutbare Härte begründen. 138

Es begegnet keinen Bedenken, dass sie als Orientierungshilfe für den anzulegenden Maßstab auf die Sicherungsmechanismen abgestellt hat, die in der ARegV unzumutbare Effizienzvorgaben verhindern sollen. Denn diese vermitteln eine Einschätzung davon, welche „Fehlertoleranz“ der Verordnungsgeber als noch hinnehmbar ansieht. In diesem Zusammenhang ist besonders der „Sicherungsmechanismus“ (Breßlein in: BerIK-EnR, a.a.O., § 13 ARegV, Rn.7 Fn. 8) des § 15 ARegV zu berücksichtigen. Nach § 15 Abs. 1 ARegV ist der in den Effizienzvergleichen ermittelte Effizienzwert zu korrigieren, sofern der Netzbetreiber nachweist, dass eine Besonderheit seiner Versorgungsaufgabe besteht, die in den Vergleichsparametern des Effizienzvergleichs nicht hinreichend berücksichtigt wurde und im Basisjahr zu einer Erhöhung der Aufwandparameter um 5 Prozent geführt hat. § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV soll grundsätzlich nur in „wirtschaftlich bedeutsamen Einzelfällen“ zur Anwendung kommen (BR-Drs. 417/07 S. 60), wobei der Ausnahmecharakter durch den Schwellenwert von zwischenzeitlich 5 % sichergestellt wird. Bei der Übertragung der dahinterstehenden „Fehlertoleranz“ auf den Streitfall ist besonders zu berücksichtigen, dass die Abbildung von Besonderheiten der Versorgungsaufgabe einzelner Netzbetreiber bei der Auswahl der Vergleichsparameter nicht deren Einfluss unterliegt, während die Meldung des objektiv richtigen Strukturparameters im Streitfall allein in die Sphäre der Beschwerdeführerin fällt. Auch der mit dem Effizienzwert im vereinfachten Verfahren gezogene Vergleich ist sachlich angemessen und tragfähig. 139

Die Auswirkungen der Versagung der Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes auf die Eigenkapitalverzinsung der Beschwerdeführerin rechtfertigen ebenfalls die Annahme einer unzumutbaren Härte nicht. Der Ansatz eines niedrigeren individuellen Effizienzwertes infolge eines objektiv unrichtigen Strukturparameters wirkt sich stets zulasten der Eigenkapitalverzinsung aus. Eine unzumutbare Härte kann deshalb nur dann vorliegen, wenn die – absolute oder relative – Höhe der Reduktion der Eigenkapitalverzinsung den Schluss rechtfertigt, dass die Eigenkapitalverzinsung insgesamt nicht mehr angemessen, wettbewerbsfähig und risikoangepasst ist. Anhaltspunkte hierfür liegen im Streitfall nicht vor. Ausgehend von einer im angefochtenen Bescheid vorgesehenen Eigenkapitalverzinsung von ... Euro p.a., d.h. ... Euro für die gesamte Regulierungsperiode, und einer faktischen Kürzung der Erlösbergrenzen bei Versagung der Neuberechnung um ... Euro bezogen auf die gesamte Regulierungsperiode, kann die Beschwerdeführerin knapp 24 % ihrer Eigenkapitalverzinsung nicht realisieren, während ihr der deutlich überwiegende Teil der Eigenkapitalverzinsung verbleibt. 140

3.2.3. Schließlich ist auch eine Abwägungsdisproportionalität nicht zu erkennen. Wie soeben dargestellt, hat die Bundesnetzagentur die in die Interessenabwägung einzustellenden Interessen bzw. Rechtsfolgen zutreffend gewichtet. Es begegnet keinen Bedenken, wenn sie – insbesondere im Licht der Vorgaben des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 141

21.01.2014 (EnVR 12/12 – Stadtwerke Konstanz) - zu dem Ergebnis kommt, dass die Abwägung zulasten der Beschwerdeführerin ausgeht, die sich an den schuldhaft unrichtig gemeldeten Strukturparameter festhalten lassen muss.

3.3. Eine Entscheidung zugunsten der Fristverlängerung war auch nicht unter dem Gesichtspunkt der „Selbstbindung der Verwaltung“ gerechtfertigt, die im Rahmen von Ermessensentscheidungen Anwendung findet und sicherstellen soll, dass die Behörde in gleichgelagerten Sachverhalten den ihr zustehenden Ermessensspielraum in gleicher Weise ausübt (vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 40, Rn. 105 f.). 142

3.3.1. Die von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Fallbeispiele belegen nicht das Bestehen einer Verwaltungspraxis in gleichgelagerten Fällen. 143

Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, dass die Bundesnetzagentur wegen eines erst nach Meldung der Effizienzwerte an die Netzbetreiber aufgefallenen Datenfehlers eine Neuberechnung von Effizienzwerten im Rahmen des Effizienzvergleichs für die 2. Regulierungsperiode vorgenommen habe. Demgegenüber hat die Bundesnetzagentur unwidersprochen darauf hingewiesen, dass Grundlage der Neuberechnung ein eigener Berechnungsfehler der Bundesnetzagentur gewesen ist. Diese Fallkonstellation ist mit der Falschmeldung von Daten durch den Netzbetreiber ersichtlich nicht vergleichbar. 144

Die Neuberechnung des Effizienzwertes der Beschwerdeführerin anhand der korrigierten Datenmeldung war auch nicht deshalb geboten, weil die Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur auf die nach Mitteilung der Effizienzwerte erfolgte Korrekturmitteilung eines Netzbetreiber dessen zunächst zu hohen Effizienzwert neu berechnet hat. Unabhängig davon, ob diese Entscheidung für sich gesehen eine Verwaltungspraxis begründen könnte, ist der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt anders gelagert. Zum einen handelt es sich um einen Fall, in dem die Datenkorrektur den Effizienzwert verschlechtert, d.h. der Netzbetreiber bei einer Neuberechnung von seinem Säumnis bei der ursprünglichen Datenmeldung nicht profitiert. Zum anderen hätten die überhöhten Werte auch bei anderen Netzbetreiber nach dem unstrittig gebliebenen Vorbringen der Bundesnetzagentur zu erheblich geringeren Effizienzwerten geführt. Im Streitfall wären solche Auswirkungen auf andere Netzbetreiber gerade nicht erheblich gewesen. 145

Auf die Verwaltungspraxis anderer Behörden, insbesondere einzelner Landesregulierungsbehörden, kommt es im Übrigen nicht an. 146

3.3.2. Es lässt sich aber nicht nur feststellen, dass es keine Verwaltungspraxis gibt, vom Netzbetreiber ohne eigenen Verschuldensanteil der Bundesnetzagentur falsch übermittelte Strukturparameter, deren Unrichtigkeit nach Durchführung des Effizienzvergleichs offenbar geworden ist, nachträglich zu korrigieren und eine Neuberechnung des individuellen Effizienzwertes dieses Netzbetreiber durchzuführen. Vielmehr entspricht die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur im Streitfall ihrer Vorgehensweise in vergleichbaren Fällen. So hat die Bundesnetzagentur bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode in keinem Fall Korrekturen am Datenbestand für die gesamthafte Modellbestimmung oder für die daran anschließende Berechnung von individuellen Effizienzwerten berücksichtigt (S. 16 des angefochtenen Beschlusses) und damit gleichgelagerte Fälle gleich behandelt. Zudem hat die Bundesnetzagentur im Verfahren zur Festlegung des Qualitätselements, das wie das Effizienzvergleichsverfahren datengetrieben ist und auf einem Benchmarking der Netzbetreiber aufsetzt, die Datenkorrektur eines Netzbetreibers, die mehrere Monate nach Ablauf der Datenübermittlungsfrist erfolgt ist, ebenfalls unberücksichtigt gelassen (zur Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens Senat, Beschluss 147

<u>C.</u>	148
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 EnWG. Die tenorierte Kostenquote entspricht dem jeweiligen Anteil des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien unter Berücksichtigung der im Einzelnen von der Beschwerdeführerin genannten Werte der noch streitentscheidenden Beschwerdepunkte. Hinsichtlich des Beschwerdepunktes „Fremdkapitalzinsaufwand“ hat der Senat berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin zwar obsiegt hat, sie jedoch das Aufnahmedatum des Darlehens im Verwaltungsverfahren falsch angegeben, erst im Gerichtsverfahren den Vorgang unter Vorlage von Dokumenten aufgeklärt und hierdurch den insoweit fehlerhaft ergangenen Beschluss der Bundesnetzagentur veranlasst hat. Es entspricht daher der Billigkeit, der Beschwerdeführerin insoweit zumindest 50 % der Kosten aufzuerlegen.	149
Den Beschwerdewert hat der Senat gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und mit Zustimmung der Verfahrensbeteiligten bis zum 27.11.2020 auf ... Euro und ab dem 28.11.2020 auf ... Euro festgesetzt.	150
<u>D.</u>	151
Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die Streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).	152
<u>Rechtsmittelbelehrung:</u>	153
Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im	154

Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

