

**VI-3 Kart 118/14 (V)**



Verkündet am 11.11.2015

# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## BESCHLUSS

### In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 26. August 2015

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

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 12.05.2014 wird der Beschluss der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 10.04.2014, BK9-11/8013, aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zu 60 % und die Bundesnetzagentur zu 40 %.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird

bis zum 26.08.2015 auf ... Euro,  
sodann auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### Gründe:

#### A.

Die Betroffene, die ... durch Abspaltung von der ehemaligen B. AG entstanden und heute eine Konzerngesellschaft der C. S. A. (...) ist, betreibt ein Gasverteilernetz ....

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 10.04.2014 legte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode (2013 bis 2017) niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung für Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr 2010 aktiviert wurden, setzte sie den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens im Rahmen der Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV unter Berufung auf den Grundsatz der Bilanzidentität gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB mit Null an.

Den von der Betroffenen hinsichtlich des Umlaufvermögens angesetzten Wert in Höhe von ... EUR kürzte die Bundesnetzagentur um ... EUR auf ... EUR mit der Begründung, dass die Differenz nicht betriebsnotwendig sei. Die von der Betroffenen im Hinblick auf das Regulierungskonto gebildete Rückstellung in Höhe von ... EUR bewertete die Bundesnetzagentur als Abzugskapital.

Hinsichtlich der anerkennungsfähigen Dienstleistungsentgelte, die die Betroffene an ihre Dienstleisterin D. bezahlt, nahm die Bundesnetzagentur eine Kürzung in Höhe von ... EUR vor.

Des Weiteren setzte sie den Saldo des Regulierungskontos der Jahre 2009-2011 auf insgesamt ... EUR fest, woraus sich jährliche Zuschläge auf die Erlösobergrenze in der zweiten Regulierungsperiode zwischen ... EUR (2013) und ... EUR (2017) ergeben. Bei der Ermittlung des Saldos lehnte die Bundesnetzagentur Kostenanpassungen zum 1. Januar 2010 sowie zum 1. Januar 2011 im Hinblick auf Positionen ab, die sie mit dem die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode festsetzenden Beschluss vom 22.12.2008 als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannt hatte. Von der Betroffenen geltend gemachte Kostensteigerungen i.H.v. ... EUR akzeptierte die Bundesnetzagentur nur i.H.v. ... EUR und reduzierte insofern die Erlösobergrenze für 2010 auf den Wert des Basisjahres für folgende Kostenpositionen:

Kostenposition	Abweichung in Euro
Sachleistungen	...
Altersvorsorgeaufwendungen	...
Berufsgenossenschaft	...
Telefon Kostenerstattung	...

Zugleich erhöhte die Bundesnetzagentur die angepasste Erlösobergrenze um den Wert aus dem Basisjahr 2006 für mehrere kleinere Einzelpositionen um insgesamt ... EUR. Im Ergebnis weicht die Erlösobergrenze für das Kalenderjahr 2010 um ... EUR von den von der Betroffenen geltend gemachten Anpassungen ab. Für das Kalenderjahr 2011 führt das entsprechende Vorgehen der Bundesnetzagentur zu einer Differenz in Höhe von ... EUR zu Lasten der Betroffenen. Der Saldo des Regulierungskontos fällt insgesamt um ... EUR niedriger aus.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde.

Die Rechtswidrigkeit der Festlegung der Erlösobergrenzen folge bereits daraus, dass die Bundesnetzagentur – entgegen der Vorgaben des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV – im Rahmen der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei Neuanlagen im ersten Jahr ihrer Aktivierung den Jahresanfangsbestand mit Null und nicht entsprechend § 6 Abs. 5 Sätze 3, 4 GasNEV in Höhe der Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz gebracht habe. Auch der erkennende Senat gehe von der Rechtswidrigkeit dieser Vorgehensweise aus.

Ferner habe die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft den angesetzten bilanziellen Wert des Umlaufvermögens auf den Betrag von ... EUR gekürzt. Bereits aufgrund des erheblichen Abzugskapitals in Höhe von ... EUR sei ein deutlich höheres Umlaufvermögen betriebsnotwendig. Zwischen dem betriebsnotwendigen Umlaufvermögen und dem Abzugskapital bestehe ein innerer Zusammenhang, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dazu führe, dass bei einem hohen Abzugskapital ein höheres Umlaufvermögen betriebsnotwendig werden könne, denn letzteres diene dazu, die mit dem Abzugskapital verbundenen Verpflichtungen zu erfüllen. Schon auf den ersten Blick liege ein grobes Missverhältnis zwischen Umlaufvermögen und Abzugskapital vor. Zu den das Abzugskapital bildenden unverzinslichen, kurzfristig zu tilgenden Verbindlichkeiten zähle insbesondere die Verpflichtung

gegenüber den Gesellschaftern auf Auszahlung der ihnen zustehenden Rendite. In den letzten vier Jahren habe sie dafür jährliche Ausschüttungen i.H.v. durchschnittlich ... EUR erbracht. Es sei betriebswirtschaftlich nicht zu beanstanden, wenn sie hierfür keine kostenverursachenden Kredite aufnehme, sondern die Auszahlung aus dem Umlaufvermögen vornehme. Eine weitere Erhöhung sei auch im Hinblick auf die im Abzugskapital enthaltenen Steuerrückstellungen und sonstige kurzfristige Rückstellungen sowie die bestehenden Pensionslasten erforderlich. Für die Pensionsverpflichtungen seien auf der Passivseite der Bilanz Rückstellungen zu bilden, für die entsprechendes Vermögen auf der Aktivseite bilanziert werden müsse. Sie könne nicht einfach liquide Mittel an die Gesellschafter ausschütten, sondern müsse diese vorhalten, da anderenfalls die Bilanz nicht ausgeglichen wäre.

Die Betriebsnotwendigkeit weiteren Umlaufvermögens ergebe sich zudem vor dem Hintergrund ihres umfangreichen, von der Bundesnetzagentur bereits vollständig genehmigten Investitionsprogramms, in dessen Rahmen sie bis zum Jahre 2032 mehr als ... EUR in ihr Netz investieren werde. Soweit die Investitionen nicht durch die aus den kalkulatorischen Abschreibungen zurückfließenden Beträge aufgebracht werden könnten, dürften sie im Umfang der zulässigen Eigenkapitalquote vollständig aus Eigenmitteln gedeckt werden, so dass entsprechende Mittel im Umlaufvermögen vorzuhalten seien. Die vor dem Hintergrund des langfristigen Investitionsprogramms erstellte Finanzierungsplanung betrachte sowohl die kalkulatorische als auch die handelsrechtliche Sicht und diene einer nachhaltigen und kostengünstigen Finanzierung. Eine Kürzung des Umlaufvermögens führe kurzfristig zu einem schnelleren Fremdfinanzierungsbedarf, dessen Kosten in der Regel zwar niedriger seien als die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung. Langfristig betrachtet führe eine zu niedrige Eigenkapitalquote jedoch zu einer ineffizienten, weil teureren Finanzierung.

Jedenfalls in Höhe der regelmäßig vorzunehmenden monatlichen Auszahlungen in Höhe von durchschnittlich ... EUR sei Umlaufvermögen als betriebsnotwendig anzuerkennen, um ihr die Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen zu ermöglichen. Des Weiteren erforderten auch die mittels der Cash Flow-Ermittlungen dargestellten Liquiditätsbestände der Jahre 2010 und 2011 eine Erhöhung des Umlaufvermögens. Der Liquiditätsbestand habe sich im Basisjahr 2010 um ... EUR, im Folgejahr 2011 um ... EUR verringert. Diese zusätzliche Liquidität sei bereits im Jahr 2010 vorzuhalten gewesen, um die Verbindlichkeiten des Jahres 2011 erfüllen zu können. Zusätzlich zu diesem Verbrauch an liquiden Mitteln seien Vorräte und Forderungen in Höhe

von ... EUR im Umlaufvermögen zu berücksichtigen.

Zudem sei die abweichend von der bisherigen Handhabung der Bundesnetzagentur vorgenommene pauschale Kürzung des Umlaufvermögens auf rund 1/12 der anerkannten Netzkosten gemessen an den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gerechtfertigt.

Darüber hinaus habe die Bundesnetzagentur die im Hinblick auf das Regulierungskonto gebildete Rückstellung in Höhe von ... EUR zu Unrecht als Abzugskapital angesehen. Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 GasNEV sei Abzugskapital nur das zinslos zur Verfügung stehende Kapital. Dies treffe auf Mehrerlöse, die auf dem Regulierungskonto zu verbuchen und in den anschließenden Regulierungsperioden mindernd in Ansatz zu bringen seien, nicht zu. Derartige Mehrerlöse seien gemäß § 5 Abs. 2 ARegV in Höhe des im jeweiligen Kalenderjahr durchschnittlich gebundenen Betrages zu verzinsen. Die Berücksichtigung dieser Rückstellung im Abzugskapital führe zudem auch zu offensichtlich unsachgemäßen Ergebnissen, da die Bundesnetzagentur kein Umlaufvermögen in gleicher Höhe anerkenne, so dass der Betroffenen die Verzinsung des Betrages für das Regulierungskonto doppelt abgezogen werde.

Die Rechtswidrigkeit der Festsetzung der Erlösobergrenzen folge des Weiteren daraus, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ermittlung des Saldos auf dem Regulierungskonto für die Jahre 2010 und 2011 Kosten nicht mehr als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannt habe, die sie im Rahmen der Festsetzung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode noch als solche eingeordnet habe. Hierzu sei sie bereits deswegen nicht berechtigt gewesen, weil die Zuordnung der entsprechenden Kostenpositionen zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten bestandskräftig geworden sei. Des Weiteren handele es sich auch ganz überwiegend um dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Der Begriff der „betrieblichen Vereinbarung“ gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV erfasse entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht nur schriftliche Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 77 Abs. 2 BetrVG, sondern jede betriebliche Vereinbarung und damit auch Gesamtzusagen und Einheitsregelungen.

Soweit die Beschwerde sich ursprünglich auch gegen die Kürzung des Dienstleistungsentgeltes richtete, verfolgt die Betroffene diesen Beschwerdepunkt nicht weiter.

Die Betroffene beantragt,

den Beschluss BK9-11-8013 der Beschlusskammer 9 der

Bundesnetzagentur vom 10.04.2014 aufzuheben und die Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode mit Wirkung zum 01.01.2013 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzulegen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Der Beschluss sei rechtmäßig und verletze die Betroffene nicht in ihren Rechten.

Der Ansatz eines Jahresanfangsbestandes von Null für im Basisjahr 2010 angeschaffte Neuanlagen bei der Mittelwertbildung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV sei nicht zu beanstanden. Die gegenteilige Auffassung der Betroffenen stehe im Widerspruch zu § 7 GasNEV und sei auch mit dem Sinn und Zweck von § 6 Abs. 5 GasNEV unvereinbar. Gegen die Auffassung der Betroffenen, eine unterjährig angeschaffte bzw. aktivierte Neuanlage bereits zum Jahresanfang mit dem vollen Anschaffungspreis zu berücksichtigen, spreche bereits der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV.

Unter dem dort verwendeten und nicht näher definierten Begriff „Jahresanfangsbestand“ sei der Wertansatz des Jahresendbestandes des vorhergehenden Geschäftsjahres zu verstehen, da Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB übereinstimmen müssten. Die handelsrechtlichen Grundsätze seien gemäß § 6 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 2 GasNEV auch im Rahmen der kalkulatorischen Kostenkalkulation des § 7 GasNEV zu berücksichtigen. Aus § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten. Dort sei gerade nicht von „Jahresanfangsbestand“, sondern von einem „Zugang“ zum 1. Januar eines Jahres die Rede. Die Fiktion des vollständigen Anlagenzugangs zum 1. Januar des Aktivierungsjahres als Jahresanfangsbestand überdehne den Wortlaut von § 7 Abs.1 Satz 2 Nr. 3, Satz 4 GasNEV, der von „kalkulatorischen Restwerten“ und nicht vom „Vollwert“ der Anschaffungs- und Herstellungskosten ausgehe.

Auch systematische Zusammenhänge sprächen gegen den Ansatz der Betroffenen.

§ 7 Abs. 1 GasNEV stehe in unmittelbarem Zusammenhang zu § 7 Abs. 2 GasNEV. Die Ermittlung der Wertansätze nach Absatz 1 und Absatz 2 habe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einheitlich zu erfolgen. Dies entspreche auch der Intention des Ordnungsgebers bei Einfügung der Mittelwertbildung in § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV. Damit sei ein Rückgriff auf § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV zur Bestimmung des Jahresanfangsbestands ausgeschlossen, da dies ersichtlich zu uneinheitlichen Wertansätzen führe.

Die Fiktion des vollständigen Anlagenzugangs zum Beginn des Aktivierungsjahres der Anlage sei mit dem Sinn und Zweck von § 7 GasNEV, eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Sinne von § 21 Abs. 2 EnWG zu gewährleisten, nicht vereinbar. Die Sichtweise der Betroffenen führe zu einer unsachgemäßen Erhöhung der Verzinsungsbasis und damit zu einer unangemessenen Doppelverzinsung. Das Ergebnis einer systematischen Überverzinsung durch die seitens der Betroffenen geforderte Vorgehensweise werde durch die von ihr gebildeten Beispielfälle belegt, zu deren Einzelheiten auf die Beschwerdeerwiderung der Bundesnetzagentur vom 19.03.2015 verwiesen wird. Erst das Vorgehen der Bundesnetzagentur gewährleiste eine angemessene Verzinsung des von der Betroffenen eingesetzten Kapitals, weil im Rahmen der Eigenkapitalermittlung der Jahresanfangsbestand des Eigenkapitals bei der Mittelwertbildung in voller Höhe in einzelnen Bilanzpositionen Berücksichtigung finde. Die Betroffene habe auch nicht dargelegt, inwiefern sie durch die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur beschwert sei. Die Betroffene habe insgesamt ... EUR investiert. Dem hätten allein ... EUR anerkanntes Umlaufvermögen, ... EUR Rückflüsse aus Abschreibungen sowie € ... Rückflüsse aus der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung gegenüber gestanden. Anlass zu der Annahme, dass in dem Jahresanfangsbestand die für die Finanzierung der Neuanlagen benötigten Beträge nicht enthalten sein könnten, bestehe nicht im Ansatz.

Die vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens auf 1/12 der anererkennungsfähigen Netzkosten sei nicht zu beanstanden. Die Betroffene habe den ihr obliegenden Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens nicht erbracht. Aus der mit dem nachgelassenen Schriftsatz überreichten Gegenüberstellung der Ein- und Auszahlungen ergebe sich, dass die Einzahlungen ausreichen, um die für die Auszahlungen benötigte Liquidität bereitzustellen, so dass die durchschnittlichen Auszahlungen in Höhe von monatlich rund ... EUR ein höheres als das anerkannte

Umlaufvermögen nicht erfordere. Auch die Ermittlung des Cash Flow für die Jahre 2010 und 2011 führe nicht zum Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens. So sei der operative Cash Flow ausreichend, die Ersatzinvestitionen sowie die ausgeschüttete Dividende zu bezahlen. Investitionen, die über den jährlichen Ersatz hinausgingen, seien durch langfristiges Kapital zu bedienen. Auch benötige die Betroffene nicht additiv die Liquidität zweier Jahre als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen.

Die Betroffene gehe fehlerhaft davon aus, dass die Positionen des Abzugskapitals die Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen in entsprechender Höhe begründeten.

Die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens sei auch im Hinblick auf die nunmehr in Abkehr von der früheren Verwaltungspraxis gewählte Obergrenze von 1/12 rechtsfehlerfrei erfolgt. Nach den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung habe der Netzbetreiber das angesetzte Umlaufvermögen vom ersten Euro an nachzuweisen. Die Bundesnetzagentur habe die Nachweispflicht durch die Anerkennung einer Obergrenze von 1/12 eines Jahresumsatzes, bei dessen Bewertung auf die berücksichtigungsfähigen kalkulatorischen Netzkosten abzustellen sei, erleichtert. Ihr sei es freigestellt, Obergrenzen zu bilden, bis zu denen sie das angesetzte Umlaufvermögen trotz fehlender Nachweise der Betriebsnotwendigkeit als anerkennungsfähig erachte.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen seien Rückstellungen, die aufgrund eines negativen Regulierungskontosaldos gebildet würden, bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung im Abzugskapital zu berücksichtigen. Faktisch liege eine Mittelstundung durch die Netzkunden mit der Verpflichtung des Netzbetreibers zur zukünftigen Entgeltabsenkung vor. Wirtschaftlich betrachtet handele es sich hierbei um Fremdkapital des Netzbetreibers. Rückstellungen, die sich aus einem negativen Regulierungskontosaldo ergäben, seien dem Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 GasNEV zuzurechnen. Die Vorgehensweise stehe im Einklang mit den Vorgaben der GasNEV und werde insbesondere durch den eindeutigen Wortlaut des § 7 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 GasNEV, der Rückstellungen ausdrücklich nenne, gestützt. Zudem entspreche die Berücksichtigung dieser Rückstellungsbestände auch dem Sinn und Zweck des Systems der Anreizregulierung. Eine Nichtberücksichtigung der Rückstellungen für das Regulierungskonto bei den Rückstellungsbeständen der Be-



troffenen führe zu einer doppelten Verzinsung der entsprechenden Beträge zu Lasten der Netzkunden, denn die mit den Rückstellungsbeständen gebuchten Zinsen würden als Netzkosten anerkannt, damit diese ein Gegengewicht zum berücksichtigten Rückstellungsbestand bildeten.

Soweit sich die Beschwerde gegen die teilweise Umgruppierung von Kostenpositionen im Rahmen der Saldoermittlung des Regulierungskontos richte, sei sie gleichfalls unbegründet. Die Anerkennung entsprechender Kostenpositionen in der Überleitungsrechnung des Basisjahres 2006 als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten stehe einem späteren Wegfall dieser Qualifizierung im Rahmen der Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 4 Abs. 3 S. 2 ARegV i.V.m. § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV nicht entgegen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit seien die im Rahmen der Überleitungsrechnung unrichtig als dauerhaft nicht beeinflussbar bezeichneten Kosten für die Dauer der Regulierungsperiode auf diesen Betrag festgeschrieben worden.

Die Aufwendungen für Altersversorgung, Telefonkosten und Sachleistungen für Dienstfahrzeuge stellten keine dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV dar. Diese Kosten beruhten nicht auf vor dem 31.12.2008 abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen. Entgegen der Auffassung der Betroffenen fielen formlose Regelungsabreden zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber sowie Gesamtzusagen, Einheitsregelungen, betriebliche Übungen oder auch arbeitgeberseitige Regelungen nicht unter den Begriff der betrieblichen Vereinbarungen im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV. Es handele sich insoweit um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift, die nur für Kosten eingreife, die einen freiwilligen, vertraglichen und kollektiven Ursprung hätten. Im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode sei die Prüfung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten erneut durchgeführt worden. Deren Höhe sei nicht von der Bestandskraft des Festlegungsbeschlusses der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode abhängig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen

.

**B.**

Die Beschwerde ist teilweise begründet. Dies führt zur Aufhebung des Beschlusses und Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats.

**I.** Die Festlegung der Erlösbergrenzen für die zweite Regulierungsperiode ist insoweit rechtswidrig, als die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr aktiviert wurden, den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV mit Null ansetzt.

**1.** Das nach § 7 GasNEV zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital ermittelt sich nach den Vorgaben des § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV. Für Neuanlagen bestimmt § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV, dass die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen bewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten unter Abzug des Abzugskapitals und des verzinslichen Fremdkapitals in die Verzinsungsbasis einzustellen sind. Nach § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV ist jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen.

**2.** Die Vorgaben des § 7 GasNEV hat die Bundesnetzagentur zwar grundsätzlich beachtet. Zu Unrecht setzt sie jedoch den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr aktiviert wurden, bei der Mittelwertbildung mit Blick auf die Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres mit Null an. Wie der Senat bereits entscheiden hat (Beschluss vom 27.05.2015, VI-3 Kart 115/14) verstößt diese Vorgehensweise gegen die Vorgaben in § 7 Abs. 1 GasNEV und damit gleichzeitig gegen den Anspruch des Netzbetreibers nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG auf eine angemessene Verzinsung seines eingesetzten Kapitals. Denn entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur ist der Jahresanfangsbestand i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV nicht mit dem Wertansatz in der Eröffnungsbilanz und dieser über § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB mit dem Wertansatz des Jahresendbestandes des vorhergehenden Geschäftsjahres gleichzusetzen. Zwar müssen nach dem in § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB normierten Grundsatz der Bilanzidentität die Wertansätze in der Eröffnungsbilanz des Geschäftsjahres mit denen der Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres übereinstimmen. Maßgebend für die Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung sind jedoch nicht der Jahresabschluss

oder bilanzrechtliche Grundsätze, sondern allein die kalkulatorische Rechnung, die für die Eigenkapitalverzinsung nach den Vorgaben des § 7 GasNEV durchzuführen ist. Danach ist bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte einer Neuanlage der Jahresanfangsbestand im Anschaffungsjahr mit den vollen ansetzbaren Anschaffungs- und Herstellungskosten zu berücksichtigen. Dies ergibt eine Auslegung der Norm nach Systematik sowie Sinn und Zweck (so auch OLG Dresden, Beschluss vom 18.07.2014, Kart 8/13, juris Rdn. 45ff; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.05.2014, 202 EnWG 6/13, S. 11ff; Theobald/Zenke/Lange in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 17 Rdn. 124; a.A. OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14, S. 8ff. BA.; Beschluss vom 04.12.2014, 16 Kart 1/14, juris Rdn. 37ff.; OLG Thüringen, Beschluss vom 02.06.2015, 2 Kart 6/13 (2), S. 4ff. BA).

**2.1.** Die Bundesnetzagentur kann sich für ihre gegenteilige Auffassung nicht auf den Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV stützen. § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV gibt lediglich vor, dass jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen ist. Er enthält jedoch keine Definition des Begriffs „Jahresanfangsbestand“. Nach seinem Wortsinn beschreibt der Begriff zunächst nur die Anzahl/Wertigkeit einer (Mengen-)Einheit zum Stichtag 1. Januar eines Jahres. Die in § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB enthaltenen Begriffe „Wertansatz der Eröffnungsbilanz“ oder „Wertansatz der Schlussbilanz“ werden nicht verwendet. Der Schluss, der Begriff „Jahresanfangsbestand“ sei mit dem „Wertansatz in der Schlussbilanz“ bedeutungsgleich, ist auch nicht zwingend. So verwendet § 5 Abs. 2 Satz 2 ARegV ebenfalls den Begriff „Jahresanfangsbestand“. Da das Regulierungskonto jedoch eine rein kalkulatorische Größe darstellt, welche nicht auf tatsächlichen Geldflüssen beruht (Held in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 Rdn. 55), stellt auch der Jahresanfangsbestand im Rahmen des § 5 ARegV eine rein kalkulatorische Größe dar, für die es keine Entsprechung in der Schlussbilanz gibt.

Die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorgaben bei der Ermittlung des Jahresanfangsbestands einer im Basisjahr aktivierten Neuanlage folgt auch nicht aus § 4 Abs. 2 Satz 1 GasNEV. Danach ist lediglich „ausgehend“ von den Gewinn- und Verlustrechnungen für die Gasversorgung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres zur Bestimmung der Netzkosten eine kalkulatorische Rechnung zu erstellen. Damit wird nicht auf die Rechtsnormen des Handelsrechts verwiesen, vielmehr dient die Handelsbilanz lediglich als Datenquelle für die kalkulatorische Rechnung („ausge-

hend“). Aus ihr lassen sich nur die Kostenstruktur und Erlössituation des Netzbetreibers erkennen. Der Rückgriff auf bilanzielle Ansätze ist im Übrigen nur zulässig, wenn dies in der Verordnung ausdrücklich angeordnet wird, wie beispielsweise in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rdn. 36f. – Vattenfall; Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 18 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV Rdn. 25f.; Bartsch/Meyer/Pohlmann in: Säcker, BerlKommEnR, 2. Aufl., § 24 EnWG Anh. B, § 4 StromNEV, Rdn. 9). Bei §§ 6, 7 GasNEV handelt es sich um ein eigenständiges Regelwerk, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht normiert (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rdn. 36f. – Vattenfall; Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 18 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18.02.2014, EnVR 67/12, Rdn. 24; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV Rdn. 25f.; Bartsch/Meyer/Pohlmann in: Säcker, BerlKommEnR, 2. Aufl., § 24 EnWG Anh. B, § 4 StromNEV, Rdn. 9). Demzufolge kann der Wert des Jahresanfangsbestands auch nur anhand dieses Regelwerks bestimmt werden (OLG Dresden, a.a.O., juris Rdn. 49).

**2.2.** Dass der Jahresanfangsbestand bei der Ermittlung des Mittelwerts der kalkulatorischen Restwerte von Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, mit den vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen ist, ergibt sich aus der systematischen Auslegung des § 7 GasNEV (a.A. OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14, S. 11f. BA.; Beschluss vom 04.12.2014, 16 Kart 1/14, juris Rdn. 46f.; OLG Thüringen, Beschluss vom 02.06.2015, 2 Kart 6/13 (2), S. 5 BA).

**2.2.1.** Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV sind für das betriebsnotwendige Eigenkapital die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Neuanlagen zugrunde zu legen. Die kalkulatorischen Restwerte bestimmen sich nach den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten unter Berücksichtigung der kalkulatorischen Abschreibungen. Wie die kalkulatorischen Abschreibungen und damit die kalkulatorischen Restwerte ermittelt werden, ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus § 7 GasNEV, sondern ausschließlich aus § 6 GasNEV. Insoweit sind §§ 6 und 7 GasNEV systematisch miteinander verknüpft. Dies zeigt im Übrigen auch der Verweis in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 GasNEV auf § 6 Abs. 2 GasNEV. § 6 Abs. 5 Satz 3 GasNEV bestimmt, dass die kalkulatorischen Abschreibungen jahresbezogen zu ermitteln sind. Nach § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV ist dabei jeweils ein Zugang des

Anlagengutes zum 1. Januar des Anschaffungsjahres zugrunde zu legen. Diese beiden Sätze sind aufgrund des Beschlusses des Bundesrates vom 09.07.2010 zur Verordnung zur Neufassung und Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts sowie des Bergrechts eingefügt worden, um damit die komplexere, auf unterjährige Zeiträume abstellende Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen auszuschließen und so die Handhabbarkeit und Prüfbarkeit der Kostenrechnung zu erleichtern (BR-Drs. 312/10 (Beschluss) vom 09.07.2010, S. 11, 12). Diese Intention des Ordnungsgebers beansprucht aber nicht nur Geltung für die Ermittlung der Abschreibungen im Rahmen des § 6 GasNEV, sondern auch für die Berechnung der Verzinsungsbasis. Denn gilt die Zugangsfiktion im Rahmen des § 7 GasNEV nicht, kann im Zugangsjahr einer Investition wegen des inneren Zusammenhangs der Sätze 3 und 4 des § 6 Abs. 5 GasNEV auch nicht eine Jahresabschreibung, sondern nur der monatscharfe Abschreibungsbetrag in Ansatz gebracht werden. Auch die Bundesnetzagentur legt im Zugangsjahr der Neuanlage entsprechend § 6 Abs. 5 Satz 3, Satz 4 GasNEV eine Jahresabschreibung zugrunde. Dies ist aber nur möglich, weil § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV die Aktivierung einer Investition – abweichend von den handelsrechtlichen und etwaigen tatsächlichen Gegebenheiten – auf den Jahresbeginn fingiert. Damit ist dem Rückgriff auf die Handelsbilanz und insbesondere auf den Grundsatz der Bilanzidentität nach § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB jedoch der Boden entzogen.

Dass in § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV von „Zugang“, in § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV hingegen von „Jahresanfangsbestand“ die Rede ist, steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Die Fiktion des Zugangs eines Anlagenguts zum Jahresbeginn hat denknötwendig zur Folge, dass der für § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV maßgebliche Jahresanfangsbestand mit den vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz zu bringen ist. Denn der Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens wird jeweils durch Addition der Restwerte des Sachanlagevermögens zum Ende eines bestimmten Jahres und der Jahresabschreibung dieses bestimmten Jahres errechnet (Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 StromNEV/GasNEV, Rdn. 68). Der Restwert einer Neuanlage zum Ende des ersten Abschreibungsjahrs zuzüglich der Abschreibung im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr führt rechnerisch jedoch zu einem Jahresanfangsbestand in Höhe des Anschaffungs- oder Herstellungspreises. Dass es sich dabei nicht um einen „Restwert“ im engeren Sinn, also um einen unter Berücksichtigung von Abschreibungen unterhalb

des Anschaffungs- oder Herstellungspreises liegenden Wert handelt, ist logische Folge der Vorgaben in § 6 Abs. 5 Satz 3 und 4 GasNEV, die eine Abschreibung des vollen Jahresbetrages bereits im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr verlangen. Eine Überdehnung des Wortlauts des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV ist damit nicht verbunden. Dieser spricht zwar von „kalkulatorischen Restwerten“, nimmt gleichzeitig aber auch auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten Bezug. Diese sind der Ausgangspunkt der Jahresabschreibung und definieren damit auch zwangsläufig den Jahresanfangsbestand im ersten Abschreibungsjahr. Dies korrespondiert mit § 6 Abs. 4 GasNEV, wonach die kalkulatorischen Abschreibungen der Neuanlagen ausgehend von den jeweiligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln sind.

Da der Bezug von § 7 GasNEV auf § 6 GasNEV und damit auch auf § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV schon durch die Berechnungsmodalitäten der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV vorausgesetzten „kalkulatorischen Restwerte“ hergestellt wird, ist unerheblich, dass § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV keine § 6 Abs. 5 Satz 4 GasNEV entsprechende Regelung oder Klarstellung enthält und auch nicht ausdrücklich auf die Vorschrift verweist. Vor diesem Hintergrund kann auch aus dem Fehlen eines Hinweises des Verordnungsgebers in der Verordnungsbegründung trotz der entsprechenden damaligen Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur bei der Mittelwertbildung nichts hergeleitet werden. Hinzu kommt, dass § 6 Abs. 5 GasNEV a.F. auch nur eine monatscharfe Abschreibung vorsah (BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 15ff; Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, Rdn. 17 ff.). Dies führte dazu, dass die Abschreibungen einer unterjährig aktivierten Investition kleiner als eine volle Jahresscheibe waren. Damit war auch noch im letzten Jahr der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ein Restwert vorhanden, der erst unterjährig abgeschrieben wurde und damit als Jahresanfangsbestand noch verzinst werden konnte.

**2.2.2.** Aus der Systematik der Absätze 1 und 2 des § 7 GasNEV ergibt sich nichts Gegenteiliges, insbesondere erfordert der Zusammenhang zwischen § 7 Abs. 1 und Abs. 2 GasNEV nicht, den Grundsatz der Bilanzidentität im Rahmen der Mittelwertbildung anzuwenden.

Ausweislich der Verordnungsbegründung ging es dem Verordnungsgeber mit der Einfügung der Mittelwertbildung im Rahmen des § 7 Abs. 1 GasNEV darum, bei der Berechnung der Verzinsung auf das beim Netzbetreiber im Durchschnitt des Jahres vorhandene Kapital abzustellen und so eine Vereinheitlichung bei der Ermittlung der

Aktiva und Passiva zu gewährleisten (vgl. BR-Drs.417/07 (Beschluss) vom 21.09.2007). Eine Mittelwertbildung sah § 7 Abs. 2 Satz 2 GasNEV a.F. bis dahin lediglich für die Passiva vor, während die Bundesnetzagentur für die Aktiva auf bilanzielle Jahresendwerte abstellte. Aus der Vorgabe, für Aktiva und Passiva jeweils auf Mittelwerte abzustellen, lässt sich jedoch nicht ableiten, wie der Jahresanfangswert zu bestimmen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Bundesnetzagentur zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07), wonach auch bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 GasNEV a.F. eine Mittelwertbildung vorzunehmen war. Soweit der Bundesgerichtshof dies damit begründete, dass die Ermittlung der Wertansätze nach Absatz 1 und Absatz 2 einheitlich erfolgen müsse, um eine angemessene Verzinsung i.S.d. § 21 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten, beschränken sich seine Ausführungen auf das Erfordernis der gleichen zeitlichen Vorgaben für die Wertansätze nach Absatz 1 und 2. Aus der Entscheidung geht hingegen nicht hervor, wie der Jahresanfangs- oder Jahresendwert zu bestimmen ist.

**2.3.** Darüber hinaus sprechen auch der Sinn und Zweck des § 7 GasNEV für die Einbeziehung der vollen ansatzfähigen Anschaffungs- und Herstellungskosten einer Neuanlage im Anschaffungsjahr in den Jahresanfangsbestand. Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung als die kalkulatorische Verzinsung des eingesetzten betriebsnotwendigen Eigenkapitals soll gemäß der gesetzlichen Vorgabe in § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG sicherstellen, dass der Netzbetreiber eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielt (vgl. (BR-Drs. 245/05 vom 14.04.2005, S. 35; BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 76/07, Rdn. 21; Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 7 StromNEV/GasNEV, Rdn. 34; Säcker/Meinzenbach in: Säcker, BerlKommEnR, 3. Aufl., § 21 EnWG, Rdn. 96). Eine angemessene Verzinsung des für Neuanlagen aufgewendeten Kapitals wird jedoch nicht erreicht, wenn die Anlage im Jahr der Aktivierung mit einem Jahresanfangsbestand von Null in Ansatz gebracht wird. Denn auf diese Weise wird der rechnerische Mittelwert der Investition im Zugangsjahr, dem Basisjahr, halbiert. Dies hat eine Kürzung der Verzinsungsbasis und damit eine erhebliche Reduzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zur Folge, die auch nicht mehr über die Nutzungs- und Abschreibungsdauer ausgeglichen wird.

Dabei führt gerade der Umstand, dass die aus dem Basisjahr abgeleiteten Werte über die gesamte Regulierungsperiode fortgeführt werden, zu einer erheblichen Re-

duzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Denn die Kürzung der Verzinsungsbasis für Neuanlagen bleibt nicht nur, wie bei genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, bei denen die Erlösbergrenzen jährlich angepasst werden, auf ein Jahr beschränkt, sondern wird auf die gesamte Regulierungsperiode prolongiert. Der Netzbetreiber erhält über die Halbierung des Mittelwertes nur einen Bruchteil der ihm eigentlich nach § 6 ARegV i.V.m. § 7 StromNEV über die gesamte Regulierungsperiode zustehenden kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals kann dadurch nicht erreicht werden.

**2.4.** Die vom Senat befürwortete Handhabung führt auch bei einer Gesamtbetrachtung der bilanziellen Vorgänge nicht zu unangemessenen Ergebnissen. § 7 GasNEV soll gewährleisten, dass das durchschnittlich gebundene Kapital angemessen verzinst wird. Diesem pauschalierenden Ansatz ist es immanent, dass die Wirklichkeit nicht immer 1:1 abgebildet wird. Dies kann dazu führen, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung im Einzelfall höher oder niedriger liegen kann als es beim betroffenen Netzbetreiber unter Wettbewerbsbedingungen der Fall wäre. Um eine angemessene Eigenkapitalverzinsung annehmen zu können, kommt es jedoch darauf an, ob der Netzbetreiber durch die vom Senat befürwortete Methode regelmäßig begünstigt würde (vgl. OLG Dresden, a.a.O., juris Rdn. 54). Davon kann nach dem Vortrag der Bundesnetzagentur und dem von ihr gebildeten Beispielsfall jedoch nicht ausgegangen werden. Im Einzelnen gilt folgendes:

**2.4.1.** Grundsätzlich geht die Bundesnetzagentur zutreffend davon aus, dass der Anschaffungsvorgang einer Neuanlage die Höhe des Eigenkapitals als Residualgröße aus Vermögen und Schulden nicht beeinflusst. Die Finanzierung der Neuanlage erfolgt entweder durch einen Aktivtausch oder durch zusätzlich Aufnahme von Fremdkapital. Diese rein bilanzielle Sichtweise lässt jedoch keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Doppelverzinsung zu. Denn die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV erfolgt losgelöst von bilanziellen Grundsätzen nach rein kalkulatorischen Maßstäben (vgl. nur BGH, Beschluss vom 18.02.2014, EnVR 67/12, Rdn. 24). Dabei wird jeweils das einzelne Anlagengut in den Blick genommen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der kalkulatorische Restwert des Sachanlagevermögens nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 GasNEV nur anlagenindividuell bestimmt werden kann. Die von der Bundesnetzagentur durch die Berücksichtigung der vollen Anschaffungs-/Herstellungskosten behauptete Doppelverzinsung setzt daher voraus, dass der Wert



der konkreten Neuanlage sowohl in dem Jahresanfangsbestand des Restwerts der Sachanlage (voller Wert) als auch in einer weiteren Bilanzposition enthalten ist und diese ebenfalls in die Verzinsungsbasis der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung eingeht. Die Bundesnetzagentur hat dazu in der Beschwerdeerwiderung einen Beispielsfall gebildet, bei dem eine Anlage unter Fälligkeit von Abschlagszahlungen in drei Abschnitten errichtet und aus dem Umlaufvermögen sowie durch Aufnahme von Fremdkapital finanziert werden soll. Dieser Beispielsfall vermag eine regelmäßige Doppelverzinsung jedoch nicht zu belegen.

**2.4.2.** Die vorherige Aktivierung von „geleisteten Anzahlungen und Anlagen im Bau“ sowie die Finanzierung aus Umlaufvermögen führen weder zu einer Veränderung der Höhe des Eigenkapitals noch zu einer Doppelverzinsung. Die gegenteilige Darstellung der Bundesnetzagentur beruht auf einer rein bilanziellen Sichtweise. Maßgebend ist aber eine kalkulatorische Betrachtungsweise. Denn entgegen ihrer Behauptung verzinst sie gerade nicht unabhängig von der Fallkonstellation immer denselben Eigenkapitalbetrag – in ihrem Beispiel 200 Geldeinheiten. Vielmehr findet eine Verzinsung des Umlaufvermögens in Höhe der Finanzierungsbeträge nicht statt. Es kommt ausgehend von ihrem Beispiel mithin bereits unter diesem Aspekt zu einer Verringerung des zu verzinsenden Eigenkapitalbetrags (im Beispiel um 100 Geldeinheiten des UV). Eine weitere Reduzierung ergibt sich aus dem Ansatz eines Jahresanfangsbestands der Neuanlage von Null. Demgegenüber kommt es bei einem Ansatz der vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Jahresanfangsbestand nicht zu einer Erhöhung des Eigenkapitals, da „geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau“ bereits auf diesen Wert anzurechnen sind und das mit der Finanzierung der Neuanlage im Zusammenhang stehende Umlaufvermögen mangels Betriebsnotwendigkeit ebenfalls nicht in Ansatz gebracht wird.

Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV kann gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV nur das betriebsnotwendige Umlaufvermögen berücksichtigt werden. Die bilanziell in Ansatz gebrachten Werte für das Umlaufvermögen sind daher gegebenenfalls nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit zu korrigieren. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen und zu beweisen. Soweit die Bundesnetzagentur 1/12 des Jahresumsatzes (anerkannte Netzkosten) per se als betriebsnotwendig ansieht, bedeutet das für den Netz-

betreiber lediglich, dass seine Nachweispflicht bis zu dieser Grenze erleichtert ist (BGH, Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rdn. 16, 18; Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rdn. 8 ff. - SWU-Netze).

Bei der Betroffenen hat die Bundesnetzagentur deren Investitionstätigkeit – im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rdn. 26f. - SWU-Netze) - nicht als Anlass für einen betriebsnotwendigen höheren Bestand des Umlaufvermögens angesehen. In dem anerkannten Umlaufvermögen sind die Werte für die im Basisjahr aktivierten Neuanlagen somit nicht enthalten, so dass schon aus diesem Grund eine Doppelfinanzierung ausscheidet.

Dies gilt nicht nur mit Blick auf das konkrete Umlaufvermögen der Betroffenen, sondern generell. Die Bundesnetzagentur geht grundsätzlich davon aus, dass das Umlaufvermögen keine Sparsbuchfunktion hat. Auch der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass langfristige und erhebliche Investitionen bei einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht aus dem Umlaufvermögen finanziert werden und dementsprechend auch nicht als betriebsnotwendig anerkannt werden können. Eigenkapital im Hinblick auf zukünftige Investitionen bildet ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen über das Anlagevermögen, indem es Finanzanlagen bildet, die eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen. Dies gilt im besonderen Maße für Finanzmittel, die erst in der folgenden Kalkulationsperiode benötigt werden. Bei entsprechend langfristigen Investitionen wird ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen eine möglichst lukrative Verzinsung des Eigenkapitals anstreben. Die Zinsen wären dann nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GasNEV kostenmindernd gegenzurechnen. Der Netzeigentümer kann nicht, um sich eine Anrechnung von Zinsen zu ersparen, Umlaufvermögen ansammeln und dafür eine Eigenkapitalverzinsung geltend machen (BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/09 Rdn. 27- SWU-Netze).

Eine Doppelverzinsung scheidet auch im Hinblick auf eine etwaige vorherige Aktivierung von „geleisteten Anzahlungen und Anlagen im Bau“ aus. Denn insoweit wird – notfalls durch eine von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Korrektur - für die im Basisjahr fertig gestellte Neuanlage nicht der volle Anschaffungs- und Herstellungswert einer Neuanlage beim Jahresanfangsbestand in Ansatz gebracht, sondern nur der um die Position „geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau“ reduzierte Wert oder – entsprechend der Vorgehensweise der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur bei Investitionsmaßnahmen (vgl. Senat, Beschluss vom 11.09.2013,

VI-3 Kart 198/12 (V), S. 9 BA) – die Position „Anlagen im Bau“ mit einem Jahresanfangsbestand von Null und die Sachanlage mit einem Jahresanfangsbestand in Höhe des vollen Anschaffungswertes.

Unzutreffend setzt die Bundesnetzagentur in ihrem Beispielsfall zusätzlich den Rückfluss aus der verdienten Abschreibung (30 Einheiten) an. Die Mittelzuflüsse aus den Abschreibungen auf die Zugänge des Basisjahres entstehen jedoch nicht im Basisjahr selbst, sondern erst mit der Festsetzung der Erlösobergrenze und der darauf basierenden Netzentgeltbildung ab dem Jahr 2013. Mittelzuflüsse aus dem Anlagenbestand vor 2010 sind für die Finanzierung der Neuanlagen ebenfalls irrelevant, denn bei einer Mittelverwendung für die Neuinvestition hätte der Jahresendbestand insoweit mit Null in Ansatz gebracht werden müssen. Eine Doppelverzinsung kann damit ebenfalls nicht verbunden sein. Dies gilt auch, soweit die Bundesnetzagentur darauf hinweist, dass der Aktivtausch nicht mit dem Umlaufvermögen erfolge, sondern mit den im Jahresanfangsbestand enthaltenen Restwerten des Anlagenbestands vor 2010. Richtig ist zwar, dass der Jahresanfangsbestand der Altanlagen wertmäßig die Jahresabschreibungen des laufenden Jahres enthält. Insoweit ist jedoch zwischen Abschreibungen und Einnahmen, bilanzieller und kalkulatorischer „Welt“ zu unterscheiden. Einnahmen aus Abschreibungen von Altanlagen über die Netzentgelte können sich im Jahresanfangsbestand des Basisjahres nur im Umlaufvermögen befinden. Soweit die wiederverdienten Abschreibungen zur Finanzierung der Neuanlagen verwendet werden, werden sie von der Bundesnetzagentur im Rahmen des Umlaufvermögens jedoch nicht anerkannt. Der Jahresanfangsbestand der Altanlagen gibt ausschließlich den Wert des Altbestands wieder, der zu Jahresbeginn naturgemäß um den Jahresabschreibungsbetrag höher liegt als am Jahresende. Dem Netzbetreiber steht für diese Altanlagen eine Verzinsung der Restwerte nach den Vorgaben des § 7 GasNEV zu. Mit dem Jahresanfangswert der Neuanlage hat dies nichts zu tun.

Angesichts dessen kommt es auch nicht darauf an, dass der Betroffenen erhebliche Rückflüsse aus Abschreibungen zur Verfügung stehen. Dass der Netzbetreiber grundsätzlich in der Lage ist, Investitionen aus den verdienten Abschreibungen zu tätigen, rechtfertigt keine Kürzung der Verzinsungsbasis. Diese bestimmt sich ausschließlich nach § 7 GasNEV. Letztlich zielt das Vorgehen der Bundesnetzagentur darauf ab, für den Netzbetreiber einen Anreiz zu schaffen, die Einkünfte, die er durch Abschreibungen verdient hat, wieder umgehend zu reinvestieren. Weder aus § 6

GasNEV noch aus § 7 GasNEV ergibt sich jedoch eine Verpflichtung des Netzbetreibers, das mit den Abschreibungen verdiente Kapital zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zu investieren.

**2.4.3.** Schließlich vermag auch eine Finanzierung der Neuanlage durch eine im Laufe des Basisjahres stattfindende Fremdkapitalaufnahme eine regelmäßige Überverzinsung nicht zu belegen.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV ist von der Summe der in Ziffern 1 bis 4 aufgeführten, das betriebsnotwendige Eigenkapital bildenden Positionen u.a. das verzinsliche Fremdkapital abzuziehen. Eine teilweise Überverzinsung kann sich zwar dadurch ergeben, dass der Mittelwert der Fremdfinanzierung aus dem Jahresanfangsbestand von Null und dem entsprechenden Endbestand gebildet wird, während die Neuanlage einen Jahresanfangsbestand in Höhe der vollen Anschaffungskosten aufweist. Da es sich bei der vollständigen Fremdfinanzierung um einen in der Praxis kaum vorkommenden Ausnahmefall handelt, kann jedoch nicht von einer regelmäßigen Überverzinsung ausgegangen werden. Aber auch mit Blick auf eine teilweise Fremdfinanzierung ist eine generelle Kürzung der Verzinsungsbasis, die noch dazu über fünf Jahre perpetuiert wird, nicht gerechtfertigt. Die Kürzung hat nämlich zur Folge, dass die Betroffene fünf Jahre lang eine erheblich reduzierte Verzinsung erhält. Darüber hinaus wäre eine etwaige Überverzinsung auch Folge der mit § 7 GasNEV vorgegebenen unscharfen Berechnungsmethode, die die wirtschaftliche Entwicklung des Netzbetreibers unter Wettbewerbsbedingungen rechnerisch simulieren soll (vgl. OLG Dresden, a.a.O., juris Rdn. 54).

**II.** Die Rügen der Betroffenen gegen die seitens der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens bei der Berechnung der Verzinsungsbasis für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung haben dagegen keinen Erfolg.

**1.** Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GasNEV gehören zum betriebsnotwendigen Eigenkapital u.a. die Bilanzwerte der betriebsnotwendigen Finanzanlagen und die Bilanzwerte des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens. Das Umlaufvermögen umfasst Vorräte, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Wertpapiere und Kassenbestand, Guthaben bei Bundesbank und Kreditinstituten sowie Schecks (vgl. Lentz in: Petersen/Zwirner/Brösel, Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht, § 266 HGB, Rdn. 47, 61). Vorgehaltenes Umlaufvermögen verursacht Kapitalkosten. Insbesondere

re erwirtschaftet Umlaufvermögen in Gestalt von Vorräten und Kundenforderungen keine Erträge, kurz sowie längerfristige Bankguthaben allenfalls geringe.

Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV ist das Umlaufvermögen jedoch nicht stets mit seinem bilanziellen Wert in Ansatz zu bringen, sondern es ist eine Korrektur der Bilanzwerte des Umlaufvermögens nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Welche Vermögensbestandteile betriebsnotwendig sind, unterliegt nach allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Nachweispflicht des Netzbetreibers. Insoweit trifft ihn eine Mitwirkungspflicht, die die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde (§ 24 VwVfG) begrenzt (vgl. BGH, Beschl. v. 03.03.2009, EnVR 79/07; 07.04.2009, EnVR 6/08; 23.06.2009, EnVR 76/07; 05.10.2010, EnVR 49/09, jeweils für Entgeltgenehmigungen nach § 23 a EnWG). Dies ergibt sich schon daraus, dass die zur Bestimmung des Ausgangsniveaus erforderlichen Daten in der Sphäre des Netzbetreibers liegen. Vor diesem Hintergrund ordnet § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV eine entsprechende Auskunftspflicht der Netzbetreiber an. Die Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen ist überdies tatbestandliche Voraussetzung für die Anerkennung (zusätzlichen) Umlaufvermögens und damit für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung. Es geht mithin um einen den Netzbetreiber begünstigenden Umstand, dessen Voraussetzungen der Netzbetreiber darlegen muss (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.05.2014, 202 EnWG 6/13; OLG Schleswig, Beschl. v. 02.04.2015, 16 Kart 2/14).

**2.** Die Betroffene hat nicht dargelegt, dass ein höheres als das anerkannte Umlaufvermögen für den Netzbetrieb notwendig ist.

**2.1.** Soweit sie geltend macht, bereits angesichts der im Abzugskapital enthaltenen kurzfristigen, unverzinslichen Verbindlichkeiten sei eine Erhöhung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens vorzunehmen, hat sie für die Betriebsnotwendigkeit der Erhöhung keinen Nachweis erbracht. Zwar hat die Betroffene die von ihr als kurzfristig bewerteten Verbindlichkeiten im Einzelnen dargestellt. Zu diesen zählt sie Zahlungen für Betriebsrenten in Höhe von rund ... EUR, die Auszahlung der an die Gesellschafter auszukehrenden Rendite in Höhe von durchschnittlich ... EUR p.A., Steuerrückstellungen in Höhe von ... EUR sowie sonstige Rückstellungen in Höhe von ... EUR.

Ein höherer als der zuerkannte Bestand an liquiden Mitteln ist jedoch nur gerechtfertigt,

tigt, wenn der Netzbetreiber diese nicht anders als durch entsprechendes Umlaufvermögen tilgen kann. Ob entsprechendes Umlaufvermögen zur Bedienung von Verbindlichkeiten notwendig ist, lässt sich im Ergebnis nur beurteilen, wenn die konkreten Mittelzu- und abflüsse dargelegt werden, d.h. aufgezeigt wird, wann und aus welchen Mitteln diese Verbindlichkeiten getilgt werden sollen (vgl. BGH, Beschl. v. 23.06.2009, EnVR 19/08). Insoweit kann die Betroffene zwar nicht darauf verwiesen werden – und das Vorbringen der Bundesnetzagentur ist auch nicht dahingehend zu verstehen –, fällige Verbindlichkeiten durch Fremdkapitalaufnahme zu finanzieren. Die Bundesnetzagentur hat lediglich zutreffend darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit einer solchen Fremdfinanzierung besteht und eine entsprechende Absicht der Betroffenen die Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen in entsprechender Höhe entfallen ließe.

Die betriebsnotwendige Liquidität ist eine unternehmensindividuelle Größe, die von dem Geschäftszyklus, dem Zahlungszyklus sowie den Zahlungsmodalitäten bestimmt wird (vgl. Fülber, ET 2009, S. 150). Ohne eine konkrete Gegenüberstellung der Mittelzuflüsse und des Umfangs sowie insbesondere des Fälligkeitszeitpunkts der zu erfüllenden Verbindlichkeiten können der Liquiditätsbedarf und die Finanzierungsstruktur des Netzbetreibers nicht korrekt ermittelt und beurteilt werden. Erforderlich ist eine dynamische Betrachtung und Darstellung des Liquiditätsbedarfs, z.B. in Form eines die kurzfristigen Verbindlichkeiten berücksichtigenden Finanzplans (so auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.05.2014, 202 EnWG 6/13, v. 29.03.2015, 202 EnWG 12/13; OLG Schleswig, Beschl. v. 02.04.2015, 16 Kart 2/14). Soweit die Betroffene versucht, das betriebsnotwendige Umlaufvermögen aus handelsrechtlichen Vorgaben abzuleiten, ist diesem Ansatz nicht zu folgen. Die Betriebsnotwendigkeit kann nur durch eine Analyse des Liquiditätsbedarfs ermittelt werden. Dazu trifft eine handelsrechtliche Betrachtung keine Aussagen.

**2.1.1.** Aus der von der Betroffenen auf den entsprechenden Hinweis des Senats überreichten Gegenüberstellung der Ein- und Auszahlungen im Basisjahr 2010 sowie im Geschäftsjahr 2011 ergibt sich, dass die durchschnittlichen monatlichen Auszahlungen keinen Liquiditätsbedarf begründen, der ein höheres als das anerkannte Umlaufvermögen erfordert. Vielmehr ist anhand der Gegenüberstellung erkennbar, dass die Einzahlungen ausreichen, um die für die Auszahlungen benötigte Liquidität bereitzustellen. Der maximale monatliche Einzelsaldo, um den die Auszahlungen die Einzahlungen überstiegen, belief sich im Dezember 2010 auf € ..., bei kumulierter

Betrachtung lagen die Auszahlungen im Dezember 2010 um € ... über den Einzahlungen. Allein der Umfang der durchschnittlichen monatlichen Auszahlungen in Höhe von rund ... EUR erfordert die Vorhaltung eines höheren Umlaufvermögens demnach nicht.

Auch durch die von der Betroffenen vorgelegte Ermittlung des Cash Flow für die Jahre 2010 und 2011 ist der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren als des anerkannten Umlaufvermögens nicht geführt. Zwar ist die Ermittlung des Cash Flow mittels der indirekten Methode geeignet, die Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen nachzuweisen, da erkennbar wird, in welchem Umfang sich der Bestand an liquiden Mitteln während des betrachteten Zeitraums verändert hat. Ein negativer Cash Flow belegt Liquiditätsbedarf, der auch durch Umlaufvermögen gedeckt werden kann. Die Betroffene hat in ihrer Darstellung den operativen Cash Flow, den Cash Flow aus der Investitionstätigkeit und den Cash Flow aus der Finanzierungstätigkeit dargestellt. Dabei ist der aus dem operativen Geschäft generierte Cash Flow in beiden Jahren positiv gewesen (2010: ...EUR; 2011: ... EUR), während der Cash Flow aus der Investitionstätigkeit (2010: - ... EUR; 2011: -... EUR) ebenso wie der aus der Finanzierungstätigkeit (2010: - ... EUR; 2011: - ... EUR) in beiden Jahren negativ ausfiel. Dies hat rechnerisch zu einem insgesamt negativen Cash Flow für die Jahre 2010 und 2011 geführt (2010: - ... EUR; 2011: - ... EUR). Der sich daraus rechnerisch ergebende Liquiditätsbedarf begründet jedoch nicht die Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens als ... EUR. Dies folgt bereits daraus, dass die über den jährlichen Ersatz hinausgehenden Investitionen nicht durch kurzfristiges Kapital zu bedienen sind und der negative Cash Flow aus der langfristigen Investitionstätigkeit bei der Bewertung des Liquiditätsbedarfs für die Notwendigkeit der Anerkennung weiteren Umlaufvermögens somit außer Betracht zu bleiben hat. Dass langfristige Investitionen nicht aus dem Umlaufvermögen zu erbringen sind, folgt bereits aus grundsätzlichen Erwägungen: Nach dem sogenannten Lohmann-Ruchti-Effekt - Erweiterung der Kapazität, wenn aus den Abschreibungen gewonnene finanzielle Mittel in neue Investitionsgüter reinvestiert werden - wird die Investitionsfähigkeit des Unternehmens durch den Finanzmittelzufluss aus verdienten Abschreibungen sichergestellt. Auch wenn in der Praxis der Lohmann-Ruchti-Effekt nur begrenzt wirksam wird, da Ersatzinvestitionen für die verdienten Abschreibungen - z.B. aufgrund der ungleichen Altersstruktur der Anlagen - nicht immer fristenkongruent verfügbar sind bzw. mehr Investitionsvolumen anfällt, als Abschreibungen zufließen, gebietet

dies keinen erhöhten Bestand an Umlaufvermögen. Müssen Kapitalrückflüsse nicht unmittelbar reinvestiert werden, sind sie an die Eigen- bzw. Fremdkapitalgeber zurückzuführen, damit sie rentabler als mittels Anlage im nahezu ertraglosen Umlaufvermögen verwendet werden können. Kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen kann auch durch die Einräumung von Kreditlinien begegnet werden. Einer kostenintensiven Vorhaltung von Geldmitteln bedarf es hierfür nicht.

Entgegen der Argumentation der Betroffenen ist sie nicht berechtigt, den sich für das Basisjahr 2010 ergebenden Differenzbetrag aus den getätigten Investitionen abzüglich der Rückflüsse aus kalkulatorischen Abschreibungen in Höhe von 40 % aus Eigenkapital zu bestreiten. Sie geht fehl in der Annahme, anderenfalls werde die in § 6 Abs. 2 GasNEV als zulässig angesehene Eigenkapitalquote unterschritten. Der in § 6 Abs. 2 S. 4 GasNEV genannte Wert von 40 % gibt nur an, bis zu welchem Prozentsatz Eigenkapital als Eigenkapital und ab welchem es als Fremdkapital verzinst wird. Dass Eigenkapital nur bis zu der genannten Grenze als solches verzinst wird, hat jedoch nicht zur Folge, dass die Vorhaltung von Umlaufvermögen in dieser Höhe betriebsnotwendig ist. Zudem entspricht der Einsatz von Eigenkapital nicht dem Wirtschaften eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens. Vielmehr würde die von der Betroffenen beabsichtigte Finanzierung zu einem Anstieg der Eigenkapitalquote führen und damit zu einem Ergebnis, das sich weiter von dem Leitbild des § 21 Abs. 2 EnWG entfernt (vgl. BGH, Beschl. v. 03.03.2009, EnVR 79/07).

Der Einwand der Betroffenen, eine Kürzung des Umlaufvermögens führe kurzfristig zu einem schnelleren Fremdfinanzierungsbedarf, dessen Kosten in der Regel zwar geringer seien als die kalkulatorische EK-Verzinsung, langfristig jedoch eine zu niedrige Eigenkapitalquote zu einer ineffizienten, weil teureren Finanzierung führe, rechtfertigt eine andere Bewertung nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass langfristige Investitionen bei einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen gerade nicht aus dem Umlaufvermögen finanziert werden (vgl. dazu und zum folgenden: BGH, Beschl. v. 03.03.2009, EnVR 79/07). Wie bereits unter Ziffer I. 2.4.2. ausgeführt, bildet ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen Eigenkapital über Finanzanlagen, die eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Finanzmittel, die nicht in der laufenden Regulierungsperiode benötigt werden. Insoweit wird ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen eine möglichst lukrative Verzinsung des Eigenkapitals anstreben, wobei die Zinsen gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GasNEV kostenmindernd gegenzurechnen wären. Der Netzbetreiber kann



nicht Umlaufvermögen ansammeln und dafür eine Eigenkapitalverzinsung geltend machen, um der Anrechnung von Zinsen zu entgehen.

Soweit die Betroffene geltend macht, in dem anerkannten Umlaufvermögen seien die für die Finanzierung der Investitionen benötigten Mittel in Höhe der Abschreibungen gerade nicht berücksichtigt, verkennt sie, dass sich die Ersatzinvestitionen in beiden dargestellten Geschäftsjahren schon aus dem operativen Cash Flow bestreiten lassen. Dieses ist mehr als ausreichend, um den sich insoweit ergebenden Liquiditätsbedarf zu decken. Unabhängig von der Frage, ob der Netznutzer die ausgeschütteten Dividenden verzinsen soll, konnte diese Ausschüttung in beiden Jahren gleichfalls aus dem operativen Cash Flow erbracht werden. Selbst wenn die Ersatzinvestitionen und die Dividendenausschüttung addiert werden, ist unter Einbeziehung des bereits zuerkannten Umlaufvermögens ausreichend Liquidität vorhanden.

Da der negative Cash Flow als solcher allein nicht zum Nachweis der Betriebsnotwendigkeit ausreicht, kommt schon aus diesem Grund eine Anerkennung der additiven Liquidität zweier Jahre als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen nicht in Betracht.

Die von der Betroffenen begehrte Erhöhung des Umlaufvermögens um den Forderungsbestand ist gleichfalls nicht veranlasst. Auch insoweit wäre der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit zu führen, den die Betroffene, die im Hinblick auf den Forderungsbestand dessen pauschale Anerkennung fordert, nicht erbracht hat. Eine Berücksichtigung der Vorräte hat ausweislich der Angaben der Bundesnetzagentur stattgefunden.

**2.1.2.** Entgegen der Auffassung der Betroffenen begründen auch die bestehenden Pensionsverpflichtungen nicht den Ansatz eines höheren Umlaufvermögens. Ihr Vorbringen, sie müsse für die Pensionslasten auf der Passivseite der Bilanz Rückstellungen bilden, für die auf der Aktivseite entsprechendes Vermögen zu bilanzieren sei, da sie liquide Mittel nicht einfach an ihre Gesellschafter ausschütten könne, steht bereits nicht im Einklang mit der Darstellung des Cash Flow in den Jahren 2010 und 2011. Aus dieser geht vielmehr für beide Geschäftsjahre eine erhebliche Ausschüttung aus liquiden Mitteln hervor. Das sinkende Zinsniveau rechtfertigt die Zuerkennung weiteren Umlaufvermögens ebenfalls nicht, da der mit dem sinkenden Zinsniveau einhergehende erhöhte Zinsaufwand aufwandsgleich bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus berücksichtigt werden muss.

**2.2.** Eine Darlegung der Betriebsnotwendigkeit ist vorliegend auch nicht unter Hinweis auf das Vorhandensein des hohen Abzugskapitals entbehrlich. Entgegen der Auffassung der Betroffenen hat der Umstand, dass die Rückstellungen, u.a. für das Regulierungskonto sowie die Pensionslasten, im Abzugskapital berücksichtigt werden, keine zwingende Erhöhung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens zur Folge. Ein solcher Automatismus zwischen Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 GasNEV und der Annahme der Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 ARegV besteht nicht. Was als Abzugskapital anzusehen ist, ergibt sich abschließend aus § 7 Abs. 2 GasNEV. Vor diesem Hintergrund führt die Kürzung des Wertansatzes des Umlaufvermögens nicht zwangsläufig zur Kürzung der Position Abzugsvermögen. Dies gilt auch für bilanziell miteinander in Zusammenhang stehende Positionen. Solche bilanztechnischen Fragen spielen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der kalkulatorischen Bestimmung des zu verzinsenden Eigenkapitals keine Rolle (BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 45 – Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rdn. 17; a.A. Fülbier, ET 2009, 150, 151). Dementsprechend führt auch der Ansatz von Abzugskapital in der „kalkulatorischen Welt“ nicht zwangsläufig zum Ansatz entsprechenden Umlaufvermögens (BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 45 – Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar).

Zwar kann ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Umlaufvermögens und dem Abzugskapital bestehen. Ist das Abzugskapital hoch, kann dies dazu führen, dass mehr an Umlaufvermögen vorgehalten werden muss. Dies kann der Fall sein, wenn demnächst unverzinsliche Verbindlichkeiten zu tilgen sind (§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 5 GasNEV) oder sich das Umlaufvermögen durch vereinnahmte Anzahlungen erhöht. Zu überprüfen ist dann, ob ein erhöhtes Abzugskapital gegebenenfalls ein erhöhtes Umlaufvermögen rechtfertigt (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rdn. 33– SWU Netze). Ein erhöhtes Abzugskapital kann mithin auf einen erhöhten Liquiditätsbedarf hinweisen. Ob ein solcher tatsächlich besteht und der Vorhalt entsprechenden Umlaufvermögens betriebsnotwendig ist, ist jedoch vom Netzbetreiber unter Einbeziehung der Einnahmenseite darzulegen und gesondert zu prüfen. Die Bestimmung des Umlaufvermögens erfolgt allein nach dessen Betriebsnotwendigkeit. Nur das betriebsnotwendige Umlaufvermögen bestimmt als einer der in § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV genannten Faktoren die Höhe des Betrags, der als betriebsnotwendiges Eigenkapital kalkulatorisch verzinst wird. Demgegenüber zielt § 7 Abs. 2 Gas-

NEV darauf ab, das dem Netzbetreiber zinslos zur Verfügung stehende Kapital aus der Verzinsungsbasis zu eliminieren (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GasNEV). Verrechnungs- oder Kürzungsmöglichkeiten bestehen insoweit nicht (BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08, Rdn. 45 – Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar; Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rdn. 17; OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14; S. 19f. BA).

**3.** Die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens ist auch im Hinblick auf die gewählte Obergrenze von 1/12 nicht zu beanstanden. Allerdings hatte die Bundesnetzagentur in vorangegangenen Netzentgeltgenehmigungsverfahren nach § 23 a EnWG sowie im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenze für die erste Regulierungsperiode hinsichtlich des Forderungsbestandes eine Obergrenze von 3/12 (25 %) des Jahresumsatzes und nur hinsichtlich der liquiden Mittel eine Obergrenze von 1/12 in Ansatz gebracht. Dabei hatte sie auf Kennzahlen der Deutschen Bundesbank zurückgegriffen, die diese im Rahmen von jährlich durchgeführten Analysen der Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse deutscher Unternehmen ermittelt (vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2005). In der Gesamtbetrachtung über alle Branchen ergab sich hieraus für das Jahr 2003 ein Anteil der liquiden Mittel am Umsatz in Höhe von 5,38 %. Der Anteil der Forderungen am Umsatz betrug 19,82 %. Beide Anteile waren seit dem Jahr 2001 relativ stabil geblieben. Unter Hinzurechnung eines Sicherheitszuschlags legte die Bundesnetzagentur hinsichtlich der liquiden Mittel eine Obergrenze von einem Monatsumsatz (= 8,33 %) bzw. von drei Monatsumsätzen (=25 %) hinsichtlich der Forderungen an den gesamten Netzkosten fest und erkannte ein Umlaufvermögen in dieser Höhe ohne weitere Nachweise als betriebsnotwendig an.

Diese Verwaltungspraxis hat der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen gebilligt (vgl. BGH, Beschl. v. 03.03.2009, EnVR 79/07; 07.04.2009, EnVR 6/08; 05.10.2010, EnVR 49/09). In der Entscheidung vom 03.03.2009 legte der BGH dar, dass zwar Bedenken gegen die Vergleichsbetrachtung bestehen könnten, weil bei den sich auf alle Branchen beziehenden Bundesbankdaten die Schwankungsbreite sowie die Verteilungshäufigkeit von Abweichungen von dem statistischen Mittelwert nicht erkennbar seien, so dass ergänzende Erhebungen sinnvoll seien. Im Ergebnis könnten diese Bedenken jedoch dahinstehen, da die Bundesnetzagentur Wertansätze hinnehme, die über die Durchschnittswerte der Statistik der Deutschen Bundes-

bank hinausgingen und sich im Bereich eines von ihr akzeptierten Sicherheitszuschlags bewegten (so ausdrücklich BGH, Beschl. v. 03.03.2009, EnVR 79/07). Dadurch werde der Netzbetreiber nicht beschwert, sondern von der Mitwirkungspflicht, die Betriebsnotwendigkeit zu begründen, entlastet.

Von dieser Verwaltungspraxis ist die Bundesnetzagentur nunmehr abgewichen, indem sie das Umlaufvermögen insgesamt bei 1/12 der anererkennungsfähigen Netzkosten deckelt. Sie hat in der aktuellen Verwaltungspraxis die Differenzierung zwischen liquiden Mitteln und Forderungen mit der Begründung aufgegeben, dass ein Netzbetreiber, der die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens nicht nachgewiesen habe, durch die Zubilligung eines bestimmten Mindestbetrages in keinem Fall beschwert sein könne, weil er insoweit lediglich von seiner Mitwirkungspflicht befreit sei. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Soweit die Bundesnetzagentur der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2009 entnehmen möchte, dass Umlaufvermögen bei allen Netzbetreibern zunächst mit Null anzusetzen sei und erst bei einem eindeutigen Nachweis höhere anteilige Netzkosten berücksichtigt werden könnten, ist zwar darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof dort eine Deckelung auf 1/12 des Jahresumsatzes unter Hinweis auf das dieser Grenze zugrunde liegende Datenmaterial der Deutschen Bundesbank nur für liquide Mittel akzeptiert hat. Die seitens der Bundesnetzagentur nunmehr vorgenommene Kürzung auch des Forderungsbestandes auf 1/12 hat der BGH weder in der Grundsatzentscheidung vom 03.03.2009 (EnVR 79/07) noch in den späteren Entscheidungen vom 07.04.2009 (EnVR 6/08), 23.06.2009 (EnVR 19/08) und 05.10.2010 (EnVR 49/09) ausdrücklich gebilligt.

Jedoch hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23.06.2009 ausdrücklich festgestellt, dass bei fehlendem Nachweis der Betriebsnotwendigkeit die Kürzung des Umlaufvermögens nicht zu einer Beschwer führe und eine Berufung auf die großzügigere Handhabung anderer Regulierungsbehörden mangels Beschwer ausscheide. Auf die streitgegenständliche Konstellation übertragen, bedeutet dies, dass die Betroffene, die den Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren als von der Bundesnetzagentur anerkannten Umlaufvermögens nicht geführt hat, durch die seitens der Bundesnetzagentur – unter Aufgabe der Differenzierung zwischen liquiden Mitteln und Forderungsbestand - vorgenommene Deckelung auf insgesamt 1/12 nicht beschwert wird.

**III.** Die Behandlung der Rückstellungen für das Regulierungskonto im Abzugskapital ist nicht zu beanstanden.

Der Ausgleich des negativen Saldos des Regulierungskontos erfolgt gemäß § 5 Abs. 4 ARegV durch gleichmäßig über die folgende Regulierungsperiode verteilte Abschläge, die zu verzinsen sind. Die Rückstellungen für das Regulierungskonto resultieren damit aus einer Mittelstundung, die die Netznutzer dem Netzbetreiber infolge der früheren, sich als überhöht erwiesenen, genehmigten Netzentgelte gewährt haben. Die auf dem Regulierungskonto gebuchten Mehrerlöse führen zu einer Erlösminderung in der Zukunft. Im Rahmen des kaufmännischen Vorsichtsprinzips ist es demnach erforderlich, auf der Passivseite der Bilanz entsprechende Rückstellungen zu bilden. Gemäß § 5 Abs. 2 ARegV sind derartige Mehrerlöse in Höhe des im jeweiligen Kalenderjahr durchschnittlich gebundenen Betrages zu verzinsen, wobei sich der Zinssatz nach § 5 Abs. 2 S. 3 ARegV bestimmt. Wie auch die Bundesnetzagentur zugesteht, handelt es sich somit wirtschaftlich betrachtet um verzinsliches Fremdkapital des Netzbetreibers.

Zwar handelt es sich nach der gesetzlichen Definition des Begriffs „Abzugskapital“ in § 7 Abs. 2 S. 1 GasNEV um „zinslos zur Verfügung stehendes Kapital“. Jedoch ordnet § 7 Abs. 2 S. 2 GasNEV die Rückstellungen ausdrücklich dem Abzugskapital zu. Darüber hinaus wären die Rückstellungen für das Regulierungskonto auch gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV in Abzug zu bringen, so dass unabhängig von der Frage, ob es sich bei Rückstellungen für das Regulierungskonto begrifflich um Abzugskapital im Sinne des § 7 Abs. 2 S. 1 GasNEV handelt, die zu verzinsende Eigenkapitalbasis nur unter Abzug dieser Rückstellungen ermittelt wird (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.3.2014, Jahr 202 EnWG 8/13). Eine doppelte Belastung des Netzbetreibers durch die Berücksichtigung der Rückstellungen bei der Berechnung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals und der Auflösung des Regulierungskontos scheidet aus Richtig ist zwar, dass der Ansatz von Rückstellungen für das Regulierungskonto als Abzugskapital ohne entsprechende Anerkennung von Umlaufvermögen die Eigenkapitalverzinsungsbasis verringert. Allerdings besteht, wie bereits ausgeführt, kein Automatismus zwischen dem Ansatz von Abzugskapital und der Betriebsnotwendigkeit entsprechenden Umlaufvermögens. Legt der Netzbetreiber die Betriebsnotwendigkeit entsprechenden Umlaufvermögens dar, erhält er dieses jedoch anerkannt. Eine grundsätzlich angelegte Benachteiligung des Netzbetreibers ist daher nicht gegeben. Hin-

zu kommt, dass, die Bundesnetzagentur die zur Rückstellungsbildung aufgewandten Zinsen als Netzkosten anerkennt.

**IV.** Soweit die Betroffene sich gegen die nachträgliche Umgruppierung von als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannten Kosten im Rahmen der Saldoermittlung des Regulierungskontos wendet, hat die Beschwerde Erfolg. Dass die Bundesnetzagentur die entsprechenden Kosten in der zweiten Regulierungsperiode nicht mehr als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannt hat, ist dagegen nicht zu beanstanden.

**1.** Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der Ermittlung des Saldos des Regulierungskontos die von der Betroffenen vorgenommenen Anpassungen von Kostenpositionen, die im Beschluss vom 22.12.2008 (BK9-08/807) zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode als dauerhaft nicht beeinflussbar angesehen worden waren, teilweise nicht anerkannt. Bei der Überprüfung der von der Betroffenen zum 01.01.2010 und 01.01.2011 vorgenommenen Anpassungen der Erlösobergrenzen aufgrund von Veränderungen bei den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gelangte die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die im Bescheid vom 22.12.2008 noch als dauerhaft nicht beeinflussbar eingestuften Personalzusatzkosten (Altersvorsorgeaufwendungen gemäß E., Telefonkostenerstattung und Dienstwagenregelung) nicht als solche zu bewerten seien. Dies teilte sie der Betroffenen mit informatorischem Schreiben vom 05.04.2013 mit. Die Bundesnetzagentur reduzierte die Erlösobergrenzen für 2010 und 2011 und korrigierte den Saldo des Regulierungskontos der Jahre 2009 bis 2001 entsprechend. Damit fielen die aus dem Saldo resultierenden Zuschläge auf die Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode zu Lasten der Betroffenen niedriger aus.

Dieses Vorgehen ist rechtsfehlerhaft. Die im Rahmen des Verfahrens zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannten Kosten durfte die Bundesnetzagentur nicht ohne förmliche Aufhebung bzw. Änderung des Bescheids auf das diesem zugrunde liegende Ausgangsniveau deckeln und insoweit eine rechnerische Anpassung verweigern. Soweit die Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geltend macht, die Festschreibung der fälschlicherweise als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannten Kosten auf das Niveau der Überleitungsrechnung sei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erfolgt und es sei gerade keine Streichung dieser Kostenanteile erfolgt,

verkennt sie, dass es für eine solche Deckelung an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt. Die Frage der Einstufung von Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar prüft die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Erlösobergrenze für die jeweilige Regulierungsperiode. Während der Regulierungsperiode kann eine abweichende Einordnung nicht mehr formlos nach erneuter Überprüfung erfolgen, sondern der Festsetzungsbescheid als solcher müsste aufgehoben, abgeändert oder widerrufen werden. Durch eine formlose nachträgliche Umgruppierung werden die von § 29 Abs. 2 EnWG und §§ 48, 49 VwVfG aufgestellten Voraussetzungen für eine Änderung, Rücknahme, Aufhebung oder Widerruf der bestandskräftig festgelegten Erlösobergrenzen umgangen. Eine Änderung der Festsetzung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode durch einen entsprechenden förmlichen Bescheid oder auch durch konkludentes Verhalten beabsichtigte die Bundesnetzagentur indes nicht. So hat sie in dem Schreiben vom 05.04.2013 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dieses rein informatorischen Charakter habe. Vielmehr hat die Bundesnetzagentur von einer Neuberechnung und Neufestsetzung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode bewusst abgesehen. Da der Festsetzungsbescheid, der die streitgegenständlichen Kostenbestandteile als dauerhaft nicht beeinflussbar ausweist, bestandskräftig ist, hat eine den verordnungsrechtlichen Vorgaben entsprechende Anpassung zu erfolgen.

**2.** Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene gegen die Kostenzuordnung in der Überleitungsrechnung des Basisjahres 2010 und damit die Einstufung dieser Kosten als beeinflussbar für die zweite Regulierungsperiode. Hinsichtlich der Kosten für Altersvorsorgeaufwendungen nach den Richtlinien des E., Telefonkostenerstattung, Kosten aus der Dienstwagenregelung für Prokuristen und Geschäftsführer erfolgte zu Recht keine Anerkennung als dauerhaft nicht beeinflussbar im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV. Für die Frage der Anerkennungsfähigkeit spielt die Bewertung dieser Kosten in der ersten Regulierungsperiode keine Rolle. Unstreitig beruhen die genannten Kosten nicht auf Betriebsvereinbarungen, sondern auf Gesamtzusagen, die auf Vorstandsbeschlüsse zurückgehen. Diese fallen nicht unter den Begriff der „betrieblichen Vereinbarung“ im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV erfasst nur solche Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, die auf betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen beruhen, die vor dem 31.12.2008 abgeschlossen worden sind.

Eine Definition der Begriffe „betriebliche und tarifvertragliche Vereinbarungen“ kann

der Vorschrift nicht entnommen werden. Mit „tarifvertragliche Vereinbarung“ ist jedoch unzweifelhaft der Begriff „Tarifvertrag“ gemeint (Büdenbender, Rechtsfragen des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV für die Netzentgeltregulierung, 2014, S.15; Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 286). Tarifverträge sind nach § 2 Abs. 1 TVG Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder zwischen Gewerkschaften und einzelnen Unternehmen zur Regelung ihrer Rechte und Pflichten und zur Festsetzung von arbeitsrechtlichen Normen. Was unter dem Begriff „betriebliche Vereinbarungen“ zu verstehen ist, ist hingegen umstritten. Zum Teil wird hierbei eine enge Auslegung herangezogen und diese nur als Betriebsvereinbarungen verstanden, zum Teil werden darunter auch die Einheitsregelung, Gesamtzusage und betriebliche Übung subsumiert (so Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 287; Büdenbender, a.a.O., S. 17f.; vgl. allg. zum Meinungsstand Trümner/Weinbrenner, *ZNER* 2010, 367, 368). Die Bundesnetzagentur legt den Begriff „betriebliche Vereinbarung“ unter Rückgriff auf das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) als „Betriebsvereinbarung“ aus und erfasst damit nur kollektivarbeitsrechtliche Vereinbarungen, nicht aber besondere Boni oder Gratifikationen, einseitige Zusagen der Geschäftsführung auf Basis von betriebsinternen Richtlinien oder Regelungen aus Personalhandbüchern (vgl. Bundesnetzagentur, *Evaluierungsbericht* vom 25.01.2015, S. 328). Auch der Bundesgerichtshof hat den Begriff Betriebsvereinbarung in seiner Entscheidung zur Bedeutung des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV für den Netzübergang nach § 26 ARegV als Synonym für den Begriff „betriebliche Vereinbarung“ verwendet (BGH, Beschluss vom 30.04.2013, *EnVR* 22/12, Rdn. 30 a.E. –Regionalwerk Bodensee GmbH & Co. KG). Auch wenn der Bundesgerichtshof die Gleichsetzung der betrieblichen Vereinbarung mit der Betriebsvereinbarung nicht weiter problematisiert hat, ergibt sich eine solche anhand der Auslegung der Vorschrift.

Zwar enthält der Wortlaut der Regelung, wie ausgeführt, keine ausdrückliche Definition des Begriffs. Auch aus der Verordnungsbegründung ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte zu dessen Verständnis. Wie sich jedoch aus der Verwendung des Begriffs „tarifvertragliche Vereinbarung“ ergibt, hat der Verordnungsgeber eine attributive Ausdrucksweise gewählt. So ist mit „tarifvertragliche Vereinbarung“ unzweifelhaft „Tarifvertrag“ gemeint. Übertragen auf die „betriebliche Vereinbarung“ ist mithin die „Betriebsvereinbarung“ gemeint. Für ein erweitertes Verständnis des Begriffs besteht auch angesichts des beschränkten Geltungsbereichs eines Tarifvertrages kein Bedürfnis (a.A. Büdenbender, a.a.O., S. 18). Tarifvertragliche Vereinbarungen gelten



unmittelbar zwar nur für die Gewerkschaftsangehörigen. In der Regel behandeln tarifgebundene Arbeitgeber aber alle Arbeitnehmer eines Betriebes unabhängig von deren tatsächlichen Tarifbindung zur Wahrung des Betriebsfriedens nach den Regeln des Tarifvertrags. Dies geschieht kraft Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Eine solche Bezugnahme erfolgt aber nicht zwangsläufig durch eine betriebliche Vereinbarung, also beispielsweise kraft betrieblicher Übung, sondern im Regelfall durch eine Gleichstellungsabrede im Individualarbeitsvertrag (BAG, Urteil vom 17.04.2002, 5 AZR 89/01). Vor diesem Hintergrund bedarf es im Hinblick auf die Anwendung „tarifvertraglicher Vereinbarungen“ i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder nicht einer erweiternden Auslegung des Begriffs „betriebliche Vereinbarung“, vielmehr fallen arbeitsvertragliche Inbezugnahmen tariflicher Regelungen unmittelbar unter den Begriff „tarifvertragliche Vereinbarung“ (vgl. auch Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 286; Hummel in: Danner/Theobald, *Energierecht*, 81. EL, § 11 ARegV RN 62a).

Durch die gleichzeitige Nennung der „tarifvertraglichen Vereinbarungen“ neben der „betrieblichen Vereinbarung“ hat der Ordnungsgeber ferner deutlich gemacht, dass er mit der „betrieblichen Vereinbarung“ ein gleichwertiges kollektives Instrument gemeint hat. Denn nur insoweit liegt eine vergleichbare Bindungswirkung für den Arbeitgeber vor, die er beim Netzbetreiber als schutzwürdig angesehen hat. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Netzbetreiber an Tarifverträge und betriebliche Vereinbarungen gebunden sind und diese Bindung angesichts der in der Regel bestehenden Nachbindung bzw. Nachwirkung selbst bei einer Kündigung dieser Vereinbarungen fortbesteht (Trümmer/Weinbrenner, *ZNER* 2010, 367, 372; Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 284). Eine vergleichbare normative Bindungswirkung und insbesondere Nachbindungswirkung wie dem Tarifvertrag (vgl. §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 5 TVG) kommt nach § 77 Abs. 6 BetrVG jedoch nur der Betriebsvereinbarung zu. Bei dieser handelt es sich um einen schriftlichen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der nicht nur Rechte und Pflichten der Betriebsparteien begründet, sondern auch verbindliche Normen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes formuliert. Erforderlich für das Zustandekommen sind übereinstimmende Beschlüsse von Arbeitgeber und Betriebsrat, die schriftliche Niederlegung sowie die Unterschrift von Arbeitgeber und dem Betriebsratsvorsitzenden auf einer Urkunde. Die Betriebsvereinbarung gilt für die Arbeitnehmer – ebenso wie der Tarifvertrag - normativ und zwingend. Werden Arbeitnehmern durch die Betriebsvereinbarung Rechte einge-

räumt, so ist ein Verzicht auf sie nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig. Die Verwirkung dieser Rechte ist ausgeschlossen (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung, wozu insbesondere Fragen der betrieblichen Lohngestaltung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehören, wirkt sie selbst im Falle ihrer Beendigung nach (§ 77 Abs. 6 BetrVG). Eine derartige Bindungswirkung besteht bei sonstigen arbeitsrechtlichen Vereinbarungen mit kollektivem Bezug hingegen nicht. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf solche Vereinbarungen kommt angesichts des Ausnahmecharakters der Regelung, Netzbetreibern im Hinblick auf – grundsätzlich beeinflussbare - Kosten aus Personalzusatz- und Versorgungsleistungen Bestandsschutz zu gewähren, daher nicht in Betracht. Bei diesen Vereinbarungen handelt es sich lediglich um eine besondere Form der Begründung individualvertraglicher Pflichten, von denen der Arbeitgeber zwar – wie bei der Gesamtzusage, der Einheitsregelung sowie der betrieblichen Übung – nur aufgrund einer Änderungskündigung abrücken kann, sofern die Gewährung der Vorteile nicht ausdrücklich widerruflich erfolgt ist. Insoweit besteht jedoch kein Unterschied zu sonstigen individualrechtlich vereinbarten Begünstigungen. Auch diese können vom Arbeitgeber nicht einseitig aufgehoben werden, sondern bedürfen einer Änderungskündigung. Individualvereinbarungen sind jedoch von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV, der ausdrücklich nur „betriebliche und tarifvertragliche Vereinbarungen“ in Bezug nimmt, nicht erfasst (Meyer/Paulus, in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 RN 87).

### C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Zwar hat die Beschwerde teilweise Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Neufestsetzung der Erlösobergrenzen. Dabei ist jedoch eine Anerkennung weiteren Umlaufvermögens bzw. eine Korrektur des Abzugskapitals – wie von der Betroffenen begehrt - nicht vorzunehmen. Bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV ist dagegen im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei Neuanlagen, die erstmals im Basisjahr aktiviert wurden, der Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 zu korrigieren, ebenso die Saldoermittlung des Regulierungskontos im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur zu Unrecht vorgenommene Umgruppierung von zuvor als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannten Kosten. Angesichts dieses Verfahrensausgangs ist

hinsichtlich der noch verfolgten streitgegenständlichen Beschwerdepunkte, für die keine Einzelstreitwerte angegeben worden sind, ein überwiegendes Obsiegen der Betroffenen nicht feststellbar. Unter Berücksichtigung der Rücknahme des Beschwerdepunktes „Dienstleistungsentgelt“, auf den nach der nicht angegriffenen Darstellung der Betroffenen ein Einzelstreitwert in Höhe von € ... entfällt, entspricht eine Kostenverteilung im Verhältnis von 60 % zu 40 % zu Lasten der Betroffenen der Billigkeit.

**II.** Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen beträgt ausweislich ihrer von der Bundesnetzagentur nicht in Abrede gestellten Angaben ... Euro bis zum 26.08.2015, sodann ... Euro.

#### **D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

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 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 Rechtsbeschwer-

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

**L.**

**F.**

**A.**