

VI-3 Kart 702/19 [V]



Verkündet am: 13.05.2020

als Urkundsbeamtin/Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 11.03.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Webler

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

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 21.01.2019, BK8-17/0450-11, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin ist als Übertragungsnetzbetreiberin für die Übertragung von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz verantwortlich. In dieser Funktion ist sie unter anderem auch verantwortlich für die Durchführung und Abwicklung der EEG-Förderung und des bundesweiten Ausgleichsmechanismus gemäß §§ 56 ff EEG.

Die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien wird über das EEG finanziell gefördert. Um den aus erneuerbaren Energien produzierten Strom zu den Endabnehmern zu bringen und zugleich die mit der Energieproduktion verbundenen Kosten zu decken, wurde ein Wälzungsmechanismus in Form eines fünfstufigen Umlagesystems etabliert: Auf der ersten Stufe nimmt der Verteilernetzbetreiber vom Anlagenbetreiber den von der EEG-Anlage produzierten Strom ab und vergütet ihn nach den im EEG festgeschriebenen Sätzen. Der Verteilernetzbetreiber leitet den EEG-Strom bilanziell an den regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber weiter und erhält dafür von diesem einen finanziellen Ausgleich. Die entsprechenden Kosten und Erlöse aus dem EEG-Mechanismus unterliegen einem horizontalen Belastungsausgleich, durch den sichergestellt wird, dass jede Regelzone unabhängig von der tatsächlichen direkten Einspeisung anteilig zu dem Letztverbraucherabsatz gleichmäßig belastet wird. Zwischen den vier Übertragungsnetzbetreibern erfolgt daher ein Ausgleich der Energiemengen auf Bilanzkreisebene und der Vergütungszahlungen. Alle Übertragungsnetzbetreiber sind verpflichtet, den EEG-Strom am Spotmarkt der Strombörse zu verkaufen. Auf der vierten Stufe erhebt der Übertragungsnetzbetreiber von jedem Stromlieferanten, der Endkunden beliefert, auf jede Kilowattstunde einen Betrag, die so genannte EEG-Umlage. Diese deckt den Fehlbedarf, der deshalb entsteht, weil die aus dem Verkauf des Stroms an der Börse resultierenden Einnahmen in der Regel unter der gesetzlich festgelegten Einspeisevergütung für die Anla-

genbetreiber liegen. Seit dem Jahr 2010 ist der Stromlieferant nicht mehr verpflichtet, den EEG-Strom in Form einer Bandlieferung vom Übertragungsnetzbetreiber abzunehmen. Es erfolgt lediglich eine finanzielle Kompensation.

Die Übertragungsnetzbetreiber ermitteln seit Beginn des Jahres 2010 die EEG-Umlage zunächst nach den Vorgaben der Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV), abgelöst durch die Erneuerbare-Energien-Verordnung (EEV) jeweils zum 15.10. des Vorjahres. Der Betrag, der mittels der EEG-Umlage gewälzt wird, setzt sich aus der Prognose des Fehlbetrages des Folgejahres unter Verrechnung der Unter- oder Überdeckung des EEG-Kontos zum Stichtag 30.09. zusammen. Die Prognose des Fehlbetrages wird ermittelt durch das Verhältnis zwischen den zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben. Die Einnahmen resultieren in erster Linie aus der Vermarktung der EEG-Energiemengen durch die Übertragungsnetzbetreiber am Spotmarkt. Zu den Ausgaben zählen im Wesentlichen die EEG-Vergütungszahlungen sowie die Transaktionskosten der EEG-Vermarktung.

Im Zuge der Ermittlung der EEG-Umlage für das folgende Jahr wird von den Übertragungsnetzbetreibern eine Prognose des Kontoverlaufs vorgenommen. Für diese Prognose werden verschiedene Szenarien mit Annahmen zur Entwicklung der EEG-Einspeisung und des Letztverbrauchs betrachtet. Daraus ergibt sich für das EEG-Konto des einzelnen Übertragungsnetzbetreibers eine erwartete Über- oder Unterdeckung. Zur Finanzierung einer möglichen Unterdeckung des EEG-Bankkontos bei starken Prognoseabweichungen werden von den Übertragungsnetzbetreibern selbst ein oder meist mehrere Kreditlinien mit unterschiedlichen Laufzeiten aufgenommen. Aufwendungen, die den Übertragungsnetzbetreibern in Zusammenhang mit dem EEG-Wälzungsmechanismus entstehen, so auch Gebühren für die Bereitstellung oder Zinsen für die Inanspruchnahme von Kreditlinien, werden als Ausgaben in das EEG-Konto eingestellt und damit über die EEG-Umlage finanziert. Im Rahmen der Ermittlung der EEG-Umlage können die Übertragungsnetzbetreiber seit 2011 zusätzlich eine sogenannte Liquiditätsreserve vorsehen, die 10 % des Differenzbetrages zwischen den prognostizierten Einnahmen und Ausgaben des Folgejahres nicht überschreiten darf und der Vermeidung von Unterdeckungen auf dem EEG-Konto der Übertragungsnetzbetreiber dient. Seit 2014 bis heute kam es aufgrund der Liqui-

ditätsreserve auch nicht mehr zu negativen Salden auf dem EEG-Konto der Beschwerdeführerin. Sie prognostiziert jedoch eine Unterdeckung ihres EEG-Kontos ab Juni 2020.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 21.01.2019 legte die Bundesnetzagentur für die Beschwerdeführerin die Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode Strom (2019 bis 2023) fest. Dabei erkannte sie anders als in der 1. und 2. Regulierungsperiode die Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem EEG-Wälzungsmechanismus nicht mehr vollumfänglich an. Zur Begründung führt sie aus, dass eine *„Berücksichtigung der durch Umlagen beeinflussten Umlaufvermögensbestände – wie auch der Verbindlichkeiten oder Rückstellungen auf der Passivseite – in der Verzinsungsbasis des Netzbetreibers ... ausgeschlossen [ist], da sich diese aufgrund der Wahrnehmung einer vom Netzbetrieb abgesonderten Aufgabe ergeben und mit dem Netzbetrieb selbst in keinem Zusammenhang stehen.“* Allerdings kürzte sie die in der Bilanz des Basisjahres enthaltenen Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem EEG- und KWKG-Wälzungsmechanismus nicht vollständig, sondern lediglich um 50 %. Hierzu heißt es in dem angegriffenen Bescheid:

*„Um jedoch eine Verunsicherung von Investoren in den notwendigen Netzausbau zu vermeiden, muss aus Sicht der Beschlusskammer dem Netzbetreiber die Möglichkeit eingeräumt werden, sich auf die regulatorische Behandlung dieser Sachverhalte einzustellen. Zudem ist durch anstehende Investitionsprojekte im Netzbetrieb die Kapitalstruktur am Ende der kommenden Regulierungsperiode einer weiteren Veränderung unterworfen. Es wird nach Planungen aus den Netzentwicklungsplänen und dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin in erheblichem Umfang Anlagevermögen aufgebaut. Daher erfolgt die regulatorische Behandlung der EEG-/KWK-Bestände in der Bilanz in zwei Schritten auf null. Im Rahmen des Übergangs wird der sich aus der Berücksichtigung der Bilanzverlängerung durch die Umlagen ergebende Effekt der EK-Verzinsung ceteris paribus kalkulatorisch ermittelt und in der 3. Regulierungsperiode nur zu 50 % abgebaut.“*

Die Bundesnetzagentur ermittelte in einem ersten Zwischenschritt die EEG- und KWKG-Bestände bei den kalkulatorischen Kapitalkosten vollständig, die in Summe ... Euro betragen. In einem zweiten Zwischenschritt nahm sie eine Korrektur der Bestände vor, woraus sich kalkulatorischen Kapitalkosten i.H.v. ... Euro errechneten. Insgesamt ermittelte die Bundesnetzagentur im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die EEG-/KWKG-Sachverhalte bei der Eigenkapitalverzinsung aus der Differenz einen Betrag i.H.v. ... Euro. In Ansehung der Übergangsregelung berücksichtigte die Bundesnetzagentur die Hälfte dieser Differenz als Korrekturposition bei den kalkulatorischen Kapitalkosten, mithin i.H.v. ... Euro. Bei Außerachtlassen der KWKG-Bestände und Beschränkung der Kürzungen nur auf die EEG-Beträge ergibt sich eine Bereinigung der kalkulatorischen Gesamtkosten in Höhe von ... Euro und bei einer hälftigen Berücksichtigung eine Korrektur um ca. ... Euro. Die Beschwerdeführerin begehrt mit ihrer Beschwerde die Anerkennung dieser weiteren ... Euro, beschränkt ihre Beschwerde mithin nur auf die Kürzungen der kalkulatorischen Kapitalkosten um die EEG-Bestände.

Die Beschwerdeführerin meint, bei den geltend gemachten EEG-Positionen handele es sich um Bilanzwerte des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV in den Aktiva (Forderungen oder Kassenbestände) und den Passiva (Verbindlichkeiten oder Rückstellungen) der Bilanz des Basisjahres. Eine am Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmende Überprüfung der Bilanzwerte ergebe, dass die EEG-Positionen in der geltend gemachten Höhe für die Aufgabe der Abwicklung des EEG-Wälzungsmechanismus notwendig seien. Die wesentliche Begründung der Bundesnetzagentur zur angegriffenen Kürzung des Umlaufvermögens trage nicht. Die von der Bundesnetzagentur behauptete Differenzierung zwischen originären Aufgaben des Netzbetreibers und der Durchführung des EEG-Wälzungsmechanismus fände im Gesetz keinen Anknüpfungspunkt. Die Übertragungsnetzbetreiber seien bereits seit Einführung der gesetzlichen Grundlagen und damit seit 30 Jahren mit der Abwicklung der Förderung der erneuerbaren Energien betraut. Diese sei mithin auch eine „klassische“ Aufgabe der Übertragungsnetzbetreiber. Die Betriebsnotwendigkeit folge bereits aus dieser gesetzlichen Aufgabenzu-

weisung. Aber selbst unterstellt, dass zwischen klassischen Netzbetreiberaufgaben und der Durchführung der Wälzungsmechanismen zu differenzieren wäre, ändere dies nichts an der Betriebsnotwendigkeit der Vermögensdispositionen aus EEG. Denn die Aufgabe der EEG-Wälzung sei eng mit dem klassischen Netzbetrieb verbunden. Der Begriff des Netzbetriebs, der im EnWG und in der StromNEV nicht definiert sei, werde zunächst durch die den Übertragungsnetzbetreibern zugewiesene Aufgabe der „Übertragung von Elektrizität“ charakterisiert und durch zahlreiche spezielle, mit der Übertragung von Elektrizität zusammenhängende Aufgabenzuweisungen konkretisiert. Prägend für einen Übertragungsnetzbetreiber - und damit für den „Betrieb“ eines Übertragungsnetzes - sei also die Wahrnehmung einer spezifischen „Aufgabe“. Denn die „Aufgabe“ eines Unternehmens sei nichts anderes als sein „Betriebszweck“ bzw. gleichzusetzen mit der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit, mit der ein Unternehmen Gewinne erzielen möchte. Die in § 3 Nr. 10 EnWG als Oberbegriff allgemein formulierte grundsätzliche Aufgabenzuweisung werde durch zahlreiche spezielle Aufgabenzuweisungen konkretisiert, so zum Beispiel durch die §§ 11 ff EnWG aber auch durch andere Gesetze. Eine davon sei die Durchführung des EEG-/KWKG-Wälzungsmechanismus, die auf das Engste mit dem Netzbetrieb verzahnt sei. Diese Verzahnung werde durch zahlreiche andere Normen und elektrizitätswirtschaftliche Zusammenhänge deutlich. Die Kopplung zwischen dem EEG und dem Bilanzkreismanagement sei durchgängig. § 3 Abs. 6 EEV regle den Fall, dass Einnahmen und Ausgaben nach § 3 Abs. 3 und 4 EEV in der Erlösobergrenze Berücksichtigung gefunden hätten. In diesem Fall dürften sie nicht im Rahmen der Ermittlung der EEG-Umlage berücksichtigt werden. Dies bedeute aber nichts anderes, als dass die aus der Abwicklung des bundesweiten Ausgleichs resultierenden Kosten zugleich „Kosten des Netzbetriebs“ sein müssten. Denn anderenfalls könnten sie in der Erlösobergrenze gemäß § 6 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 1 StromNEV keine Berücksichtigung finden. Die Abwicklung des EEG-Umlagesystems lasse sich nicht von den zahlreichen anderen, sich auf die elektrizitätswirtschaftliche Übertragungsaufgabe der Übertragungsnetzbetreiber beziehenden Regelungen des EEG trennen. Dieses bilde insoweit eine Einheit. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sei auch die Vermarktung von Energie keine völlig atypische, dem Netzbetrieb fremde Aufgabe. So kaufe sie ihre eigenen Netzverluste ein und habe auch im Rahmen des

Redispatch den energetischen Ausgleich durch Veräußerung oder Beschaffung der erzeugten bzw. fehlenden Strommengen im Intraday-Handel einer Strombörse durchzuführen. Auch im Ausland gebe es Vermarktungsaktivitäten der Übertragungsnetzbetreiber.

Selbst wenn man die Vorschriften des EEG-Umlagesystems isoliert von den anderen EEG-Regelungen betrachten wollte, hätte das EEG-Umlagesystem einen eindeutigen und klaren Bezug zu der Aufgabe „Übertragung von Elektrizität“. Denn gemäß § 56 Nr. 1 EEG müssten Netzbetreiber den nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 EEG vergüteten Strom unverzüglich an den Übertragungsnetzbetreiber weitergeben. Diese Weitergabe habe zweifelsohne einen unmittelbaren physikalischen Bezug zu der den Übertragungsnetzbetreibern zugewiesenen Aufgabe. Zudem finde weiterhin eine physikalische Wälzung von Strommengen zwischen den Übertragungsnetzbetreibern statt, § 58 Abs. 3 EEG. Ferner gelten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ARegV Kosten aus gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Hierunter fielen insbesondere die Abnahme- und Vergütungspflichten aus dem EEG, zu denen auch die Vergütungs- bzw. Erstattungspflicht der Übertragungsnetzbetreiber aus § 57 Abs. 1 EEG gehöre. Die im Katalog des § 11 Abs. 2 S. 1 ARegV aufgeführten Kosten seien aber einer Kostenprüfung zugänglich. Folglich seien EEG-bedingte Kosten zwingend als Kosten des Netzbetriebs zu berücksichtigen.

Dem stünden auch nicht die Entflechtungsvorgaben und die Aufgabenzuweisung des § 59 EEG entgegen. Zutreffend sei zwar, dass § 5 EEA V eine buchhalterische Entflechtung fordere, um Transparenz in Bezug auf die EEG-Zahlungsströme zu schaffen. Hierdurch sollten potentielle „Widersprüche“ jedoch gerade aufgelöst werden. Dies sehe die Bundesnetzagentur ausweislich ihres Evaluierungsberichtes genauso.

Im Übrigen verdeutliche auch § 5 Abs. 2 S. 3 und 4 EEA V die enge Verzahnung zwischen den Aufgaben der Übertragung von Elektrizität und der Abwicklung des EEG-Wälzungsmechanismus. Die Beschwerdeführerin differenziere bei der verwendeten Informations- und Kommunikationstechnik (ITK) nicht nach EEG und sonstigem Netzbetrieb.

Bei der Wahrnehmung der Aufgabe durch die Übertragungsnetzbetreiber handele es sich auch nicht um eine rein treuhänderische Aufgabe. Der von der Bundesnetzagentur angedeutete Aspekt der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Treuhänders sei schlichtweg falsch. Die Bewertung in dem Evaluierungsbericht, auf den die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang verweise, beziehe sich lediglich auf die Aufgabe „Vermarktung des EEG-Stroms“ an der Strombörse, nicht auf die gesamte Aufgabe der Abwicklung des EEG-Umlagesystems. Auch aus einer Einordnung als Verwaltungstreuhand ergebe sich kein Argument für die von der Bundesnetzagentur vertretene Ansicht. Die Verwaltungstreuhand sei von der Rechtsprechung als Geschäftsbesorgung mit Dienstleistungscharakter und damit als entgeltliche Tätigkeit eingestuft worden, was für eine Vergütung über die Verzinsung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens spreche. Im Übrigen habe der EuGH das von der Bundesnetzagentur zitierte EuG-Urteil kassiert und gerade ausgeführt, dass die Übertragungsnetzbetreiber nicht mit der Verwaltung staatlicher Mittel betraut seien.

Zutreffend führe die Bundesnetzagentur zwar aus, dass die EEG-Umlage im Ergebnis hinsichtlich der aufwandsgleichen Kosten für die Beschwerdeführerin ergebnisneutral sei, da die Vergütungsverpflichtungen durch die vereinnahmten Erlöse aus der EEG-Umlage gedeckt würden. Kalkulatorische Kosten würden aber nicht über die EEV abgebildet. Die Berücksichtigung des Forderungsbestandes bei der Bestimmung des über die Netzentgelte zu verzinsenden Eigenkapitals verstoße daher nicht gegen das Gebot der Doppelanerkennung gemäß § 3 Abs. 6 EEV. Würden kalkulatorische Kosten von der EEV aber nicht erfasst, so stehe ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Erlösobergrenze grundsätzlich nichts entgegen.

Die Bundesnetzagentur übersehe, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die Wahrnehmung der aus dem EEG resultierenden Aufgaben habe. Die bestehende rechtlich und ordnungspolitisch unverzichtbare Notwendigkeit, überhöhte Monopolrenditen auszuschließen, ändere nichts an dem Grundsatz, dass Netzbetreiber auch als Monopolunternehmen wie alle anderen Unternehmen darauf angewiesen seien, einen angemessenen Gewinn zu erzielen. Dieses Streben sei durch Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und 19 Abs. 3 GG geschützt. Das Erfordernis einer angemessenen, Wettbewerbsregeln und Risiko ange-

passten Verzinsung ergebe sich ausdrücklich aus § 21 EnWG. Schlössen die einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen angemessene Gewinne aus, habe dies notwendigerweise negative Auswirkungen auf die Bereitschaft von Investoren, Eigenkapital als Bestandteil der Finanzausstattung von Übertragungsnetzbetreibern zur Verfügung zu stellen. Zwar erkenne die Rechtsverordnung für alle Unternehmen eine Vielzahl von (sozialen) Verpflichtungen, z.B. die Abführung von Lohnsteuer, an, ohne dass ihnen hierfür ein Kostenerstattungsanspruch und darüber hinausgehend ein Gewinnanteil eingeräumt werde. Derartige Sachverhalte seien jedoch mit den Belastungen, die den Übertragungsnetzbetreibern in Konsequenz der durch das EEG aufgebürdeten Aufgaben entstünden, nicht zu vergleichen. Der BGH stufe die Tätigkeit der Netzbetreiber nach dem EEG als so genannte Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben ein. Die Übertragung der Abwicklung des bundesweiten Wälzungsmechanismus auf die Übertragungsnetzbetreiber betreffe den Kernbereich ihrer unternehmerischen Tätigkeit und stelle eine erhebliche Belastung für diese dar. Zur Bewältigung der gesetzlich übertragenen Aufgaben seien mittlerweile rund 30 Vollzeitstellen notwendig, refinanziert über die EEG-Umlage in diversen Bereichen. §§ 3 und 4 EEA V sähen hierfür lediglich eine Kostenerstattung, aber keine Vergütung vor. Eine Durchführung dieser Aufgaben ohne eine angemessene Vergütung sei der Beschwerdeführerin aber nicht zumutbar und eine entsprechende Übertragung auch wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG verfassungswidrig. Da der Gesetzgeber keine individuelle Vergütungsregelung geschaffen habe, ergebe sich die zur Verhältnismäßigkeit der Übertragung der Abwicklungsaufgaben auf die Übertragungsnetzbetreiber führende gesetzliche Vergütung aus der Verzinsung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV.

Auch das Gutachten des Universitätsprofessors Dr. Kirchhof bestätige, dass Indienstnahmen wie die vorliegend streitgegenständliche Übertragung des Wälzungsmechanismus auf die Übertragungsnetzbetreiber in die Freiheitsrechte sowie in der Regel auch in die Berufsfreiheit als Berufsausübungsregelung eingriffen. Zudem seien die Eingriffe am Maß des allgemeinen Gleichheitssatzes zu messen. Sie wahrten die Grenzen der Verfassung nur dann, wenn sie verhältnismäßig seien. Der angegriffene Beschluss sei bereits deshalb rechtswidrig und aufzuheben, weil die danach er-

forderliche grundrechtliche Gesamtabwägung vollständig unterlassen worden sei. Die Freiheits- und Gleichheitsrechte verlangten eine angemessene monetäre Mäßigung von Indienstnahmen, wenn ohne diese der Eingriff nicht zumutbar sei. Werde eine Indienstnahme monetär kompensiert, nehme diese Kompensation die freiheitliche Belastungswirkung zurück. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei ein finanzieller Ausgleich zu gewähren, wenn den in vielfältiger Weise Indienstgenommenen mit den häufig die unternehmerische Kerntätigkeit betreffenden Indienstnahmen ein Einzelfall-bezogenes-Sonderopfer auferlegt werde. Auch eine Verzinsung des Umlaufvermögens könne diese Rolle übernehmen. Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Reduzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sei daher nicht nur an den einfachgesetzlichen energierechtlichen Vorschriften, sondern auch am Maß der grundrechtlichen Gewährleistung zu messen. Die zwingend durchzuführende Grundrechtsprüfung habe auch die Frage der kumulativen Belastung der Übertragungsnetzbetreiber zu berücksichtigen, sodass alle grundrechtsrelevanten Eingriffe der öffentlichen Hand in den Blick zu nehmen seien. Aufgrund der vielfältigen Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiber wögen diese Belastungen schwer. Neue Pflichten würden durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur nicht mittels eines erhöhten Ausgleichs gemäßigt, sondern infolge der reduzierten monetären Mäßigung verstärkt. Der Beschluss sei daher zum einen wegen eines Ermessensfehlers, zum anderen wegen einer Verletzung des Art. 12 GG durch die Reduzierung der angemessenen Vergütung bei gleichzeitiger Erhöhung der Pflichten rechtswidrig.

Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung für diejenigen Aufgaben, die aus der Erfüllung staatlich zugewiesener Aufgaben resultierten, folge nicht nur aus Art. 12 GG, sondern beruhe auch auf § 21 EnWG. Spiegelbildlich zu den Regelungen in § 21 EnWG müssten bei der Kostenprüfung gemäß den §§ 4 ff StromNEV und der darauf aufbauenden Bildung der Netzentgelte gemäß § 21 StromNEV solche Kosten und Kostenbestandteile berücksichtigt werden, die sich auch unter wettbewerblichen Bedingungen einstellen würden. Diese Grundsätze der statuierten kostenorientierten und wettbewerbsanalogen Bildung der Netzentgelte leite auch die Auslegung des

unbestimmten Rechtsbegriffs der Betriebsnotwendigkeit gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV.

Die Bundesnetzagentur verkenne auch die Bedeutung des Eigenkapitals zur Besicherung der EEG-Kreditlinie. Die Beschwerdeführerin habe jederzeit die Zahlungsfähigkeit für die EEG-Abwicklung sicherzustellen und unterliege somit einem erheblichen Liquiditätsrisiko aus dem EEG-Wälzungsmechanismus. Obwohl der EEG-Ausgleichsmechanismus grundsätzlich kostenneutral für die Übertragungsnetzbetreiber sein solle, erfolgten die Zahlungen nicht immer fristenkongruent. Die zum 15. Oktober eines Jahres veröffentlichte EEG-Umlage für das Folgejahr basiere zudem auf Prognosen von Gutachtern. Da zahlreiche Faktoren durch die Übertragungsnetzbetreiber nicht beeinflusst werden könnten und einer hohen Volatilität unterlägen, wichen die tatsächlichen Ein- und Auszahlungen von den prognostizierten monatlichen Zahlungsströmen ab. Der Ausgleich erfolge systemimmanent mit einem t-2-Verzug. Gutachter entwickelten daher ein unteres, ein Trend- und ein oberes Szenario, die zeigten, dass der Unterschiedsbetrag zwischen dem Minimum und dem Maximum häufig bei mehreren Milliarden Euro liege. Träten die unterstellten planerischen Annahmen zu den Einspeisevergütungen, den Letztverbrauchsmengen und den Vermarktungspreisen an der Strombörse ein, könne sich, wie ihre Berechnungen zeigten, eine jährliche Finanzierungslücke von ... Euro ergeben. Die liquiditätsmäßige Abwicklung des EEG-Wälzungsmechanismus bedinge ein angemessenes und aufwändiges Finanzmanagement zur Abwicklung der Zahlungen und zur Finanzierung von Liquiditätsengpässen. Allein für die Beschwerdeführerin sei im Jahr 2016 ein EEG-Umsatz i.H.v. ... Euro mit einer Anzahl von ... einzelnen Zahlungspositionen zu verzeichnen gewesen. Hieraus resultierten Liquiditäts- und Kontrahentenrisiken. Zur Sicherstellung der permanenten Zahlungsfähigkeit für die EEG-Abwicklung sei daher eine hohe Liquiditätsvorhaltung dringend notwendig. Diese werde durch die Möglichkeit der Einrechnung des EEG-Liquiditätspuffers in Höhe von bis zu max. 10 % abgedeckt, müsse aber auch durch von ihr abgeschlossene EEG-Kreditlinien gesichert werden. Liege die Realität nahe des unteren, prognostizierten Szenarios, müsse sie ... Euro durch vereinbarte Darlehen und Kreditlinien abfangen. Bedingt durch die hohen negativen Kontostände des EEG sei eine Finanzierung bis 2014 erforderlich ge-

wesen. Zutreffend sei zwar, dass es seit dem 15.01.2014 bis heute keine Unterdeckung und damit keine dauerhafte Finanzierung der EEG-Abwicklung durch die Übertragungsnetzbetreiber mehr gegeben habe. In den Jahren zwischen 2016 und 2018 hätte sie indes allein ... verspätete Zahlungseingänge zu verbuchen gehabt, davon allein ... verspätete Zahlungseingänge von über ... Euro. Auch der Liquiditätspuffer hätte nicht ausgereicht, um eine Inanspruchnahme der Kreditlinie zu verhindern, wenn das in der Umlageberechnung prognostizierte untere Szenario eingetreten wäre. Strukturell könne eine Unterdeckung trotz Liquiditätspuffer jederzeit wieder aufleben. Für 2020 stehe eine Unterdeckung sogar konkret in Aussicht. Die aktuelle Entwicklung des EEG-Kontos verdeutliche, dass schon in diesem Jahr der Liquiditätspuffer nicht ausreichen werde und die Kreditlinien der Übertragungsnetzbetreiber bereits ab Juni 2020 wieder erheblich – voraussichtlich in der Spitze in Höhe eines ... - in Anspruch genommen werden müssten. Für Zahlungen nach dem KWKG sei zudem ein Liquiditätspuffer nicht vorgesehen. Neben verspäteten Zahlungseingängen bestehe zudem ein Insolvenzrisiko des Kontrahenten. Trotz Liquiditätsreserve und bestmöglicher Prognosen müsse die Beschwerdeführerin daher erhebliche Kreditlinien vorhalten, um die ihr gesetzlich zugewiesene Aufgabe der Abwicklung des EEG-Ausgleichsmechanismus durchführen zu können. Hierfür haben sie umfangreiche Finanzierungsverträge mit ihrer Gesellschafterin ... abgeschlossen, die der Bundesnetzagentur vorlägen. Die Gesellschafterin finanziere sich auf dem Geld- und Kapitalmarkt zu marktüblichen Konditionen und stelle diese Mittel ausschließlich der Beschwerdeführerin als Eigen- sowie auch Fremdkapital zur Verfügung. Im Zusammenhang mit der Kreditvergabe hätten die Banken stets die Bonität der Beschwerdeführerin ermitteln müssen, was auf Basis des Jahresabschlusses und somit auf den Geschäftszahlen der Unternehmensgruppe erfolge. Das EEG-Geschäft werde von den Kreditgebern als so risikoreich eingestuft, dass die Banken Darlehen nur gewährten, wenn die Beschwerdeführerin ihre gesamten Netzanlagen als Sicherheit einbringe. Aus wirtschaftlicher Sicht werde daher die EEG-Kreditlinie mit dem Netzgeschäft, insbesondere dem Sachanlagevermögen und dem Eigenkapital gesichert. Sie habe die Kreditlinien entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur auch nach Einführung der Liquiditätsreserve nicht gekündigt, sondern halte sie weiter vor.

Trete eine Unterdeckung ein und könne diese auch nicht über die Kreditlinie abgedeckt werden, hafte die Beschwerdeführerin mit ihrem gesamten Vermögen, und damit insbesondere auch mit dem auf das Netzgeschäft bezogenen Anlagevermögen. Sie sei daher erheblichen Haftungsrisiken und in den Fällen, in denen sie die Forderungen gerichtlich eintreiben müsse, auch Prozessrisiken durch die Abwicklung der Wälzungsaufgabe ausgesetzt. Die Bundesnetzagentur habe zudem die Übertragungsnetzbetreiber veranlasst, im Rahmen der Ausübung ihrer Treuhänderfunktion nach dem EEG zahlreiche Prozesse im Zusammenhang mit den sogenannten EEG-Eigenerzeugungs- und Scheibenpachtmodellen einzuleiten. In diesen Prozessen sehe sie sich Schadensersatzforderungen ausgesetzt, die ... Beträge erreichen könnten. Die Bundesnetzagentur garantiere hierfür gerade keine Kostenanerkennung im EEG-Konto, sondern belasse die Risiken bei den Übertragungsnetzbetreibern bei gleichzeitiger Kürzung der Vergütung.

Genauso wie die Banken bezögen im Übrigen die Ratingagenturen das EEG-Geschäft und den EEG-Gesetzesrahmen in ihre Analysen mit ein. Die Änderung der regulatorischen Behandlung der EEG-Zahlungsströme durch die Bundesnetzagentur könnte zu einer Rating-Herabsetzung für die .... führen.

Entgegen der Darstellung der Bundesnetzagentur sei diese im bestehenden rechtlichen Rahmen gar nicht ermächtigt, die Aufgabe der Abwicklung des EEG-Ausgleichsmechanismus auf Dritte zu übertragen. § 13 Abs. 1 Nr. 4 EEA-V sehe lediglich die Möglichkeit vor, durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem BMWi die Vermarktung des EEG-Stroms durch Dritte vornehmen zu lassen. Sämtliche physikalischen Wälzungsprozesse müssten beim Übertragungsnetzbetreiber verbleiben. Eine separate EEG-Gesellschaft ohne Eigenkapital und ohne gesellschafts- und haftungsrechtliche Anbindung an die Beschwerdeführerin würde von den Banken im Übrigen auch als nicht kreditwürdig eingestuft werden und daher auch keinen nennenswerten Kredit erhalten.

Die Berücksichtigung des Umlaufvermögens führe auch nicht zu einer ineffizienten Erhöhung der Eigenkapitalverzinsung, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würde. Die Entscheidung, ein Unternehmen mit mehr Eigenkapital auszustatten, sei nicht abhängig vom Wettbewerb, sondern werde für eine gute Bonität und eine Verbesse-

rung des Investment-Ratings getroffen. Die Aussage der Bundesnetzagentur, Unternehmen würden typischerweise nur einen sehr geringen Anteil Eigenkapital halten, entspreche zudem nicht der Realität. Im Übrigen sei eine Optimierung auf die 40 % EK-Quote gesetzlich zulässig und im Interesse einer angemessenen Eigenkapitalausstattung der Netzbetreiber auch erwünscht.

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen stellten schließlich auch einen Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung dar. Die Bundesnetzagentur habe in den vorhergehenden Regulierungsperioden die entsprechenden EEG- und KWKG-Bilanzpositionen der Übertragungsnetzbetreiber vollständig und unsaldiert anerkannt. Hierdurch habe sie eine gleichmäßige und ständige Verwaltungspraxis im Hinblick auf die Kosten für die EEG-Umlage geschaffen. An diese rechtmäßige Verwaltungspraxis sei die Bundesnetzagentur gebunden, denn vorliegend seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von dieser Vorgehensweise rechtfertigten. Auch die Bundesnetzagentur behaupte keine Änderung der Rechtslage, sondern berufe sich allein auf „Fehlentwicklungen“ und „zwischenzeitlich gewonnene Erkenntnisse“. Dies sei bereits deshalb nicht nachvollziehbar, weil sie in der 2. Regulierungsperiode noch eine andere Auffassung vertreten habe. Der Aufgabenumfang habe sich seit der letzten Kostenprüfung im Ergebnis nicht verändert, sondern in vielen Bereichen noch erweitert. Auch das Argument der Bundesnetzagentur, die Entscheidung der 2. Regulierungsperiode habe eine „Übergangsregelung“ dargestellt, weil in der 2. Regulierungsperiode noch keine vollständige Kostentrennung erfolgt sei, sei nicht nachvollziehbar. Entsprechend der bis zum 01.04.2010 umzusetzenden gesetzlichen Vorgaben führe die Beschwerdeführerin seitdem ein separates Bankkonto für die EEG-Sachverhalte. Es habe daher keine Veranlassung dafür bestanden, die Entscheidung der Bundesnetzagentur in der 2. Regulierungsperiode als Übergangsregelung bis zur Umsetzung der Kostentrennung zu verstehen, denn die Kostentrennung sei bereits vollständig erfolgt gewesen. Auch die Einführung des Liquiditätspuffers habe keinen Umstand dargestellt, der eine von der 2. Regulierungsperiode abweichende Entscheidung rechtfertigen könnte, denn die Existenz des Liquiditätspuffers ändere nichts an der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens. Der Liquiditätspuffer beseitige nicht alle Risiken und sei hierzu

auch nicht geeignet. Die Beschwerdeführerin hafte unabhängig vom Bestehen des Liquiditätspuffers mit ihrem gesamten Vermögen für die Abwicklung der EEG-Umlage.

Selbst wenn die Bundesnetzagentur berechtigt wäre, ihre Verwaltungspraxis für die dritte Regulierungsperiode zu ändern, dürfte eine solche Änderung nur mit einer hinreichenden Übergangsregelung erfolgen. Der Vertrauensschutz des betroffenen Adressaten stehe einer Praxisänderung entgegen und erfordere eine Änderung der Verwaltungspraxis erst nach einer angemessenen Übergangszeit. Der Abbau der EEG-/KWKG-Bestände in der Bilanz in zwei Schritten, mithin in der 3. Regulierungsperiode nur zu 50 %, reiche nicht aus, um dem Vertrauensschutz Rechnung zu tragen. Von der Schlechterstellung erfasst seien auch solche Investitionen, die bereits in der Vergangenheit getätigt worden seien. Damit führe die Übergangsregelung zu einer Änderung abgeschlossener Sachverhalte, die im Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Verwaltungspraxis getätigt worden seien.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.01.2019 (BK8-17/0450-11) aufzuheben und die Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der angefochtene Beschluss sei rechtmäßig und verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten. Insbesondere habe sie die Änderung ihrer Entscheidungspraxis nicht willkürlich vorgenommen, sondern die Gründe in ihrer Entscheidung sehr deutlich gemacht. Zum einen haben sie eine ineffiziente Erhöhung des Eigenkapitals bei der Beschwerdeführerin beobachtet. Zum anderen seien zwischenzeitlich zusätzliche Mechanismen wie Liquiditätspuffer und Vermarktungsbonus geschaffen wor-

den, um etwaige aus der EEG-Umlage erwachsene Risiken zu kompensieren. Vergleichbare Risiken ergäben sich aus der KWKG-Umlage nicht.

Die Abwicklung der EEG-Umlage sei eine gesamtwirtschaftlich bedeutsame Aufgabe, die nach § 3 Nr. 44 EEG den Übertragungsnetzbetreibern zugewiesen worden sei, aber auch von anderer Stelle hätte durchgeführt werden können. Die Aufgabe sei nicht notwendig für den Betrieb des Energieversorgungsnetzes und stelle damit keine originäre Aufgabe der Übertragungsnetzbetreiber dar. Daher seien auch die EEG-Beträge nicht dem Betrieb des Netzes im Sinne des § 4 Abs. 1 StromNEV zuzuordnen und könnten folglich auch nicht betriebsnotwendiges Vermögen i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV darstellen. Die Aufgaben, die die Betreiber von Energieversorgungsnetzen als Netzbetreiber betreffen, seien im EnWG, maßgeblich in Teil 3, aufgeführt. Zwar sei die Wälzungsaufgabe aus dem EEG eine von vielen gesetzlichen Aufgaben, die die Beschwerdeführerin übernehme. Aus der gesetzlichen Aufgabenzuweisung folge indes nicht bereits die Betriebsnotwendigkeit der jeweiligen Aufgabe. Nicht jede Aufgabe sei mit dem Netzbetrieb unmittelbar verknüpft, wie die Aufgabenübertragung der Vermarktung von Energie gemäß § 59 EEG zeige. Zu Unrecht sehe die Beschwerdeführerin die Abwicklung und Durchführung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus auch als eng mit dem klassischen Netzbetrieb verbundene Aufgabe an. Die „technisch-betriebliche“ Umsetzung des EEG – also Netzanschluss und Energietransport – diene nicht dem Netzbetrieb. Auch Beschaffung und Lieferung von Energie an Kunden erfolge heutzutage nicht mehr physikalisch, sondern rein kaufmännisch und sei nicht eng mit dem klassischen Netzbetrieb verbunden. Die EEG-Abwicklung greife lediglich auf Daten zu, welche die Übertragungsnetzbetreiber ohnehin im Rahmen des Netzgeschäfts ermitteln und vorhalten müssten. Der in § 3 EnWG enthaltene Begriff des Netzbetriebs sei zudem eindeutig. Gesetzliche oder verordnungsrechtliche Aufgabenzuweisungen änderten nichts am Kern des Netzbetriebs. Die Übernahme der EEG-Wälzung durch die Übertragungsnetzbetreiber sei auch nicht belastender oder umfangreicher als die Umsetzung des EEG für die Verteilernetzbetreiber. Bei den Verteilernetzbetreibern würden die EEG-Bestände ebenfalls nicht als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen anerkannt. Wenn die Beschwer-

deführerin nun für sich eine vollständige Anerkennung der EEG-Bestände fordere, verlange sie eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen vergleichbaren Fällen.

Schließlich sprächen auch die Entflechtungsvorgaben gegen eine Zuordnung der EEG-Bestände zum Netzbetrieb. Daher sei auch die Abwicklung der EEG-Umlage unabhängig und getrennt von der Ermittlung und Bestimmung der Kosten des Netzbetriebs geregelt. Durch die EEV und die EEAU existierten abschließende Regelungen zur Kostenbehandlung der EEG-Umlage und zur Vermarktung der festvergüteten Strommengen. Gemäß § 5 Abs. 2 EEAU sei für die EEG-bezogenen Einnahmen und Ausgaben eine gesonderte Buchführung und Rechnungslegung einzurichten. Die Regelung des § 3 Abs. 6 EEV sehe vor, dass Ausgaben und Einnahmen, die bereits im Rahmen der Bestimmung der Erlösobergrenze oder einer späteren Änderung Berücksichtigung gefunden hätten, nicht nochmals in die Ermittlung der EEG-Umlage einfließen dürften. Dies mache deutlich, dass das EEG kostenseitig weder mit der ARegV noch mit der StromNEV verknüpft sei und die EEG-Kosten somit nicht zu den Netzkosten gehörten. Beide Systeme dürften daher nicht miteinander verknüpft werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nähmen die Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen des Wälzungsmechanismus nach dem EEG nicht die Funktion einer „physikalischen Drehscheibe“ wahr. Die Aufgabe der Vermarktung sei lediglich als „Zahlungsdrehscheibe“ zu verstehen, denn die Art der Abwicklung erfolge rein kaufmännisch und unterscheide sich maßgeblich von dem Modell der Vergangenheit, das noch eine physikalische Beschaffung und Lieferung von Energie vorgesehen habe.

Unzutreffend sei auch das Argument der Beschwerdeführerin, die Durchführung des Wälzungsmechanismus durch die Übertragungsnetzbetreiber sei nur rechtmäßig und verstoße nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, wenn der durch die Abwicklung entstehende enorme Aufwand vergütet würde. Durch den EEG-Ausgleichsmechanismus würden die durch die Wälzung beim Übertragungsnetzbetreiber entstehenden Kosten abgedeckt. Zwar seien die Übertragungsnetzbetreiber Zahlungsansprüchen von Anlagenbetreibern gemäß § 19 EEG, Ausgleichsansprüchen der Netzbetreiber nach § 57 EEG und denen anderer Übertragungsnetzbetreiber nach § 58 EEG ausgesetzt. Diese Ausgaben würden jedoch über die Erlöse aus der Vermarktung der EEG-Mengen

am Spotmarkt (§ 2 EEG) und die EEG-Umlage refinanziert. Hieraus folge, dass die Beschwerdeführerin alle Aufwendungen, die unmittelbar mit der Abwicklung zusammenhängen, neutral über die EEG-Umlage abwickeln könne.

Die von der Beschwerdeführerin dargelegten Volatilitäten, die Abweichungen zwischen den Prognose- und den Ist-Werten provozierten, seien nicht unbekannt und würden durch die Mechanismen des EEG aufgefangen. Da die EEG-Umlage immer im Voraus zu bestimmen sei, träten naturgemäß Abweichungen zwischen den tatsächlich insgesamt erzielten Einnahmen und den Ausgaben auf, die auch zu einer zeitweiligen Unter- bzw. Überdeckung des EEG-Kontos führen könnten. Diese Schwankungsbreite des EEG-Kontos mit der Möglichkeit erheblicher Defizite und den damit verbundenen Liquiditätsherausforderungen an die Übertragungsnetzbetreiber werde jedoch durch die Liquiditätsreserve, die seit dem Jahr 2011 gemäß § 3 Abs. 8 EEG von den Übertragungsnetzbetreibern berücksichtigt werden könne, aufgefangen. Die Einführung der Liquiditätsreserve habe dazu geführt, dass Übertragungsnetzbetreiber ganz überwiegend die entsprechenden Kreditlinien gekündigt hätten. Die von der Beschwerdeführerin nun avisierte Unterdeckung des EEG-Kontos ab Juni 2020 beruhe auf einer Prognose und stehe nicht fest. Im Übrigen könne eine in diesem Jahr nicht kostendeckende EEG-Umlage bei der Berechnung der nächsten Umlage berücksichtigt werden. Selbst bei voller Ausnutzung der bestehenden Kreditlinien sei die Beschwerdeführerin daher keinem Kostenrisiko ausgesetzt. Erst recht müsse die Beschwerdeführerin zur Umsetzung der Umlage kein Eigenkapital einsetzen.

Soweit durch die Rechtsverfolgung in Zusammenhang mit dem EEG-Ausgleichsmechanismus Kosten anfallen würden, würden diese grundsätzlich im EEG-Konto anerkannt werden. Auch weitere Kosten, die z.B. in Forderungsausfällen durch Insolvenzen der EEG-Umlageschuldner oder in Schadensersatzforderungen begründet sein könnten, könnten in der EEG-Umlage grundsätzlich berücksichtigt werden. Der Ansatz von Rechtsverfolgungskosten in der EEG-Umlage setze voraus, dass gemäß § 61k Abs. 1 EEG bei der Erhebung der EEG-Umlage die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns angewendet worden sei. Die Prüfung dieser Voraussetzungen sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Aus der Vergan-

genheit sei indes kein Fall bekannt, bei dem dieser Sorgfaltsmaßstab als nicht eingehalten bewertet worden sei.

Das aktuelle Rating der Beschwerdeführerin habe sich nach den Entscheidungen der Bundesnetzagentur nicht verschlechtert. Jedenfalls habe das streitgegenständliche Thema EEG-Umlage keine Auswirkungen auf die Bewertung des Unternehmens gehabt.

Der Liquiditätspuffer stelle eine Art zinsloses Darlehen der EEG-umlagepflichtigen Kunden dar. Über die Erhöhung der Umlage um den Liquiditätspuffer hätten die Netznutzer einen Beitrag zur Liquidität der Beschwerdeführerin geleistet. Allein deswegen dürfe es nicht zu einer Erhöhung der Eigenkapitalverzinsung durch Anerkennung der EEG-Vermögenspositionen im Umlaufvermögen kommen. Der Netznutzer würde dann ein zweites Mal mit dem gleichen Sachverhalt belastet.

Sie habe festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in den letzten Jahren das bilanzielle Eigenkapital durch Einzahlen in die Kapitalrücklage erheblich gestärkt habe. Eine Berücksichtigung der EEG-Bestände im Umlaufvermögen führte zu einer Bilanzverlängerung und damit zu einer Reduzierung der kalkulatorischen Eigenkapitalquote, die eine dauerhaft hohe Verzinsung mit dem EK I-Zinssatz zu Lasten der Netznutzer ermögliche, ohne dass hierfür zusätzliches, dem Anlagevermögen dienendes Eigenkapital eingesetzt werden müsste.

Auch wenn man die EEG-Verwaltung als eine Indienstnahme einordnen wolle, so werde die hierdurch verursachte Belastung durch die Mechanismen der EEV und EEAV angemessen kompensiert. Die Beschwerdeführerin begehre für die Indienstnahme eine Kompensation außerhalb des EEG-Kontextes, wenn sie die Anerkennung der Vermögenspositionen im Umlaufvermögen verlange. Das Rechtsgutachten setze sich nicht mit den tatsächlichen materiellen Auswirkungen der Durchführung der EEG-Umlage und den anderen zitierten Handlungspflichten auseinander. Der monetäre Ausgleich der EEG-Verwaltung erfolge über den EEG-Mechanismus in ausreichender Weise. Bereits aus diesem Grund sei eine Berücksichtigung von Bereitstellungskosten für EEG-Kreditlinien im Umlaufvermögen ausgeschlossen. Wie die zitierten BVerfG-Entscheidungen zeigten, sei eine Indienstnahme nur dann

rechtswidrig, wenn dem Inanspruchgenommenen wegen der Indienstnahme eine anderweitige berufliche Betätigung erschwert oder gar unmöglich gemacht werde und hierdurch seine Gewinnmöglichkeiten erheblich vermindert würden. Vorliegend werde jedoch weder die netzbetriebliche Tätigkeit im Kern durch die zusätzlich auferlegten Handlungspflichten berührt noch würden Erlöserzielungsmöglichkeiten eingeschränkt. Durch die streitgegenständliche Kürzung des Umlaufvermögens werde die Beschwerdeführerin auch nicht unzulässig in ihrer durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt. Die Kürzung erfolge auf der Grundlage der §§ 21, 21a, 24 EnWG, der ARegV und der StromNEV. Das EnWG sei als gesetzliche Regelung der Berufsausübung verfassungsrechtlich unbedenklich. Nichts anderes gelte für die Anreizregulierung. Wenn die regulierenden Regelungen verfassungsrechtlich unbedenklich seien, verstoße auch deren verhältnismäßige Anwendung dieser nicht gegen Verfassungsrecht. Sie habe in dem angegriffenen Beschluss die kumulativen Aufgaben der Beschwerdeführerin, deren finanzielle Belastung sowie die Interessen der Netznutzer im Blick gehabt und sei nach deren Abwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass die EEG-Verwaltung nicht im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehe und somit auch keinen Einfluss auf die Eigenkapitalverzinsung haben dürfe, sondern in angemessener Höhe durch die Mechanismen des EEG finanziell abgedeckt werde.

Die Korrektur der Zuordnung der EEG-Bestände zum Netzbetrieb verstoße auch nicht gegen den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung. Eine Selbstbindung der Verwaltung scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil es an einer ständigen, gleichförmigen Verwaltungsausübung fehle. Die Beurteilung einer Kostenposition im Rahmen einer Regulierungsperiode führe noch nicht automatisch zu einer Selbstbindung betreffend die Netzkostenermittlung. Die Verordnung sehe vielmehr für jede Regulierungsperiode eine neue Kostenprüfung vor. Dabei könne es auch zu Neubewertungen bei Positionen im Abzugskapital oder Umlaufvermögen kommen. Es bestehe insoweit kein schutzwürdiges Vertrauen. Eine tatsächliche Verwaltungsausübung könne aus sachgerechten Erwägungen für die Zukunft geändert werden, auch wenn die Betroffenen gegenüber der bisherigen Praxis benachteiligt würden. Sie habe festgestellt, dass die Netzbetreiber Maßnahmen ergriffen hätten, die zu einer

deutlichen Verschlechterung der Eigenkapitalstruktur der Unternehmen geführt hätten. Zudem sei zwischenzeitlich der so genannte Liquiditätspuffer wirksam geworden und habe die von den Unternehmen bis dahin vorgehaltenen Kreditlinien obsolet gemacht. Da die Beschwerdeführerin habe erkennen können, dass der Ausgleichsmechanismus in sich funktioniere, ohne dass die Übertragungsnetzbetreiber außergewöhnliche Kosten zu tragen habe, sei für sie die Kürzung des Umlaufvermögens nicht unvorhersehbar gewesen.

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

## **B.**

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.

Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 StromNEV auf Anerkennung von weiteren ... Euro kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung (inkl. kalkulatorischer Abschreibung und kalkulatorischer Gewerbesteuer) für die Positionen aus dem EEG-Umlagemechanismus. Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Festsetzung der Erlösobergrenze für die 3. Regulierungsperiode Strom (2019 bis 2023) vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens um die in Zusammenhang mit dem EEG-Wälzungsmechanismus stehenden Bilanzwerte.

**I.** Die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung folgt einem eigenständigen System, das in seinen Grundsätzen durch § 21 EnWG vorgegeben und in der Stromnetzentgeltverordnung näher bestimmt wird. Der Gesamtzusammenhang der Regelungen der §§ 6, 7 StromNEV verdeutlicht, dass es sich insoweit um ein abgeschlossenes Regelungswerk handelt, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbständig normiert hat. Welche Vermögenswerte in welcher Höhe kalkulatorisch

verzinst werden, regelt allein § 7 StromNEV. Danach ist die Grundlage für eine Verzinsung das betriebsnotwendige Eigenkapital gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 StromNEV, das durch § 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV definiert wird (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 37, juris). Hierzu zählen nach Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV unter anderem die Bilanzwerte der betriebsnotwendigen Finanzanlagen sowie die Summe des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens. Zum im HGB nicht definierten Umlaufvermögen gehören in Abgrenzung zum Anlagevermögen gemäß § 247 Abs. 2 HGB alle Vermögensgegenstände, die nicht zum Anlagevermögen oder zu den Rechnungsabgrenzungsposten zählen und damit alle umlaufenden bzw. umzusetzenden, nicht fest im Unternehmen verankerten Vermögensgegenstände, die dem Betrieb nur kurze Zeit zur Verfügung stehen. Es umfasst Vorräte, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Wertpapiere und Kassenbestände, Guthaben bei Bundesbank und Kreditinstituten sowie Schecks (vgl. Maier in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Stand 01.01.2020, Umlaufvermögen Rn. 1, beck-online; Lentz in: Petersen/Zwirner/Brösel, Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht, § 266 HGB, 3. Aufl. 2016, Rn. 47, 61).

**1.** Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 StromNEV ist das Umlaufvermögen 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. Hierzu gehört auch, dass er plausibel erläutert, warum der angesetzte Forderungsbestand in dieser Höhe für den Netzbetrieb notwendig ist. Insoweit trifft ihn eine Mitwirkungspflicht, die die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde (§ 24 VwVfG) begrenzt (vgl. BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn 8, 20ff, juris; Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 6/08, Rn. 42, juris; Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rn. 16, juris, jeweils für Entgeltgenehmigungen nach § 23 a EnWG; Senat, Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 (V), Rn. 50, juris).

Der Begriff der Betriebsnotwendigkeit wird weder in der StromNEV noch im EnWG definiert. Sowohl aus dem Effizienzgebot als auch unter Berücksichtigung betriebs-

wirtschaftlicher Definitionen folgt, dass betriebsnotwendig nur das Kapital und das Vermögen ist, welches zur Leistungserstellung in dem Unternehmen benötigt wird, mithin betrieblichen Zwecken dient (Groebel, in: Britz/Hellermann/Hermes, 3. Aufl. 2015, EnWG § 21 Rn. 102 beck-online; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.04.2007, 202 EnWG 8/06, Rn. 169, juris). Es widerspricht dem nach § 21 Abs. 2 EnWG anzulegenden Effizienzmaßstab, der das Ergebnis der Preisbildung eines Wettbewerbsmarkts widerspiegelt, Eigenkapital, das sich in einem funktionierenden Wettbewerb nicht gebildet hätte, d. h. nicht betriebsnotwendig ist, in die Berechnungsbasis für die Eigenkapitalverzinsung einzubeziehen (Groebel, in: Britz/Hellermann/Hermes, 3. Aufl. 2015, EnWG § 21 Rn. 119a, beck-online; BGH, Beschluss vom 21.07.2009, EnVR 33/08, Rn. 14, juris). Hierzu muss der Unternehmer vortragen, welche langfristigen Verbindlichkeiten, größeren Investitionen oder sonstigen künftigen Kosten des Netzbetriebs er finanzieren muss, die einen bestimmten Bestand an Finanzanlagen rechtfertigen, oder dass bestimmte Unternehmensbeteiligungen erforderlich sind, weil diese den Netzbetrieb erst ermöglichen oder aufrechterhalten. Stets muss die Finanzanlage dem Betriebszweck des Netzbetreibers dienen, d.h. für die Leistungserstellung benötigt werden (BGH, Beschluss vom 21.07.2009, EnVR 33/08, Rn. 14, juris).

**2.** Zu Recht hat die Bundesnetzagentur die Umlaufvermögensbestände aus EEG- und KWKG-Umlage unter Berücksichtigung des in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV dargelegten Grundsatzes nicht dem Netzbetrieb zugeordnet und damit nicht als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen qualifiziert. Die dagegen erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin greifen nicht durch.

**2.1** Im Ansatz zutreffend hat die Bundesnetzagentur untersucht, ob die Aktiva und Passiva der Bilanz, die auf den Ein- und Auszahlungen bzw. Forderungen und Verbindlichkeiten des EEG beruhen, dem Netzbetrieb zuzurechnen und für diesen notwendig sind. In der Betriebswirtschaftslehre beschreibt der Betriebszweck das dauerhaft verfolgte Arbeits- und Produktziel eines Unternehmens. Unter ihm wird der sachliche Gegenstand des Geschäftsbetriebes eines Unternehmens als Wirtschaftseinheit verstanden. Geschäftsbetrieb eines Unternehmens ist zum Beispiel die Herstellung bestimmter Güter oder die Erbringung bestimmter Dienstleistungen. Er kann

auch aus mehreren Geschäftsfeldern bestehen. Der Betriebszweck ist bei der Anmeldung des Betriebes als Gewerbebetrieb sowie bei der Eintragung der entsprechenden Firma in das Handelsregister zu offerieren und zu dokumentieren.

**2.1.1** Betriebszweck der Übertragungsnetzbetreiber ist der Betrieb eines Übertragungsnetzes. Zwar ist der Begriff des Netzbetriebs oder auch der des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes nicht legaldefiniert. Nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis ist unter einem Energieversorgungsnetz die Gesamtheit aller miteinander verbundenen Anlagenteile zu verstehen, die zur Übertragung oder Verteilung von Elektrizität notwendig sind. Auch der im Zusammenhang mit einer Infrastruktur verwandte Begriff des „Betriebs“ ist nach dem allgemeinen Begriffsverständnis eindeutig und erfasst alle für deren Wartung, Erhaltung und Ausbau erforderlichen Maßnahmen, mithin alle erforderlichen Tätigkeiten, um die technisch und rechtlich notwendigen Leistungen und Funktionen eines Strom- bzw. Gasnetzbetreibers zu erfüllen (Stötebier in: Britz/Hellermann/Hermes/Sötebier, 3. Aufl. 2015, EnWG § 11 Rn. 38, beck-online). § 3 Nr. 10 EnWG, der Übertragungsnetzbetreiber als diejenigen Organisationseinheiten bezeichnet, die die Aufgabe der Übertragung von Elektrizität wahrnehmen und die verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen, gibt weiteren Aufschluss über den Begriff des Netzbetriebs. Unter Übertragung wird der Transport von Elektrizität über die Hoch- oder Höchstspannungsnetze einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen verstanden, wie sich aus § 3 Nr. 32 EnWG ergibt. Betriebszweck der Übertragungsnetzbetreiber ist im Kern der Betrieb eines 220 kV- oder 360 kV-Netzes. § 11 Abs. 1 EnWG stellt weitere Anforderungen an den Betrieb und den Ausbau eines Energieversorgungsnetzes auf und konkretisiert die Versorgungsverpflichtung der Netzbetreiber, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu verstärken und auszubauen. Aus alledem ergibt sich ein weiter Betriebsbegriff. Die Netzführung beinhaltet den operativen Netzbetrieb, zu dem die Steuerung der Betriebszustände sowie die Systemdienstleistungen gehören. Bei Elektrizitätsversorgungsnetzen fallen hierunter insbesondere Maßnahmen zur Frequenzhaltung, zur Span-

nungshaltung, zum Versorgungswiederaufbau und zur Betriebsführung. Daneben steht die Aufgabe, das Netz betriebsbereit vorzuhalten, wozu neben der Planung und dem Netzausbau auch die Wartung und Instandsetzung gehören. Zudem erfordert der Betrieb eines Netzes auch verwaltende und organisatorische Tätigkeiten. Dass in § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG neben der Pflicht zum „Betrieb“ der Netze die Pflichten zur „Wartung“, „Optimierung“, „Verstärkung“ und zum „Ausbau“ der Netze gesondert genannt sind, bedeutet nicht, dass sich die Begriffe ausschließen, sondern hat nur eine klarstellende Funktion. Auch die uneinheitliche Verwendung des Betriebsbegriffs in den Entflechtungsvorschriften - § 6 Abs. 1 EnWG nennt nur den „Netzbetrieb“, während in § 7a Abs. 4 S. 1 EnWG „Betrieb, Wartung und Ausbau“ nebeneinander aufgezählt werden - weist auf einen sich überschneidenden Begriffsinhalt hin (Stötebier in: Britz/Hellermann/Hermes, 3. Aufl. 2015, EnWG § 11 Rn. 41, beck-online). § 12 ff EnWG erläutern den Begriff der Energieübertragung für Übertragungsnetzbetreiber noch etwas genauer und führen aus, dass Betreiber von Übertragungsnetzen die Energieübertragung durch das Netz unter Berücksichtigung des Austauschs mit anderen Verbundnetzen zu regeln und mit der Bereitstellung und dem Betrieb ihrer Übertragungsnetze im nationalen und internationalen Verbund zu einem sicheren und zuverlässigen Elektrizitätsversorgungssystem in ihrer Regelzone und damit zu einer sicheren Energieversorgung beizutragen haben. Hierfür müssen sie den Betreibern anderer Netze, mit denen sie zusammenarbeiten, Informationen für den sicheren Betrieb und den koordinierten Ausbau bereitstellen (§ 12 Abs. 2 EnWG) und dauerhaft die Übertragungskapazität bereitstellen, um die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen (§ 12 Abs. 3 EnWG). Alle diese Verpflichtungen lassen sich als Ausprägung des Betriebszwecks verstehen, ein leistungsfähiges Übertragungsnetz zu errichten und zu betreiben.

**2.1.2** Hiervon zu unterscheiden ist die Aufgabe der Abwicklung der EEG-Umlage. Die Durchführung des EEG-Wälzungsmechanismus lässt sich weder dem operativen Netzbetrieb noch der Aufgabe der Netzbereitstellung zuordnen. Vielmehr handelt es sich um eine rechtlich wie technisch losgelöste Aufgabe, die unabhängig vom eigentlichen Netzbetrieb zu erfüllen und die für das Funktionieren des Netzbetriebs weder erforderlich ist noch benötigt wird. Auch ohne die Durchführung des EEG-

Wälzungsmechanismus könnte die Beschwerdeführerin ihr eigentliches Geschäftsfeld – Betrieb eines Übertragungsnetzes – aufrechterhalten und durchführen. Beide Tätigkeiten stehen unabhängig nebeneinander. Zwar wird durch die Übertragungsnetze der Beschwerdeführerin auch physisch Strom aus EEG-Anlagen durchgeleitet. Die Netzsteuerung und Frequenzhaltung in den Übertragungsnetzen ist indes unabhängig von der Erzeugungsform des Stroms und wird durch diese nicht determiniert. Die Aufgabe der EEG-Abwicklung wird daher nicht deshalb zum notwendigen Betriebszweck, weil – neben Strom aus Kraftwerken und anderen Anlagen – auch EEG-Strom durch die Übertragungsnetze fließt.

Der BGH hat bei der Überprüfung der Bilanzwerte unter dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit stets darauf abgestellt, welche größeren Investitionen oder sonstigen künftigen Kosten des Netzbetriebs der Netzbetreiber finanzieren muss, die einen bestimmten Bestand an Finanzanlagen rechtfertigen, oder welche bestimmten Unternehmensbeteiligungen erforderlich sind, weil diese den Netzbetrieb erst ermöglichen oder aufrechterhalten und den Netzbetreibern insoweit die Darlegungs- und Beweislast auferlegt (BGH, Beschluss vom 21.09.2009, EnVR 33/08, Rn. 14, juris). Gemessen an diesen Maßstäben ist eine Betriebsnotwendigkeit der EEG-Bestände zu verneinen. Denn die EEG-Bestände dienen weder der Finanzierung des Netzbetriebs, noch ermöglichen sie diesen oder halten ihn aufrecht.

**2.1.3** Die Argumentation der Beschwerdeführerin, es gebe keinen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung zwischen klassischen und anderen Aufgaben des Netzbetreibers, rechtfertigt keine andere rechtliche Bewertung. Zwar handelt es sich bei der Durchführung des Wälzungsmechanismus ebenfalls um eine Aufgabe, die den Übertragungsnetzbetreibern gemäß §§ 56 ff EEG bzw. §§ 26 ff KWKG übertragen worden ist. Aus dieser bloßen Übertragung einer Aufgabe folgt indes noch nicht die Zugehörigkeit zum Betriebszweck des Übertragungsnetzes. Das Kriterium der Betriebsnotwendigkeit nimmt Bezug auf den Netzbetrieb und nicht auf die Gesamtheit der Aufgaben der Netzbetreiber. Der Gesetzgeber kann den Unternehmen vielmehr auch Aufgaben zuweisen, die neben dem Netzbetrieb und unabhängig von diesem zu erfüllen sind. Beispielhaft seien hier die Abführung der Versicherungs- und Sozialbeiträge genannt.

Die EEG-Wälzungsaufgabe ist den Übertragungsnetzbetreibern deshalb anvertraut worden, weil es sich um eine kleine und überschaubare Anzahl von Akteuren handelt, die in der Lage sind, die mit dem Ausgleich verbundenen Transaktionen ohne Weiteres abzuwickeln und sich gegenseitig zu kontrollieren (BT-Drs- 16/8148, S. 61). Sie verfügen über die notwendige sachliche Kompetenz und aufgrund der Aufteilung der Übertragungsnetze in vier Gebiete über das gesamte Bundesgebiet auch über in wenigen Händen gebündelte Informationen. Die Übertragung der Aufgabe auf die Gruppe der Übertragungsnetzbetreiber erfolgte daher vorwiegend aus Gründen der Praktikabilität. Ebenso wäre es möglich gewesen, den Verteilernetzbetreibern, den Stromverteilern oder den Kraftwerksbetreibern die mit der EEG-Umlage verbundenen Tätigkeiten zu übertragen. Da es indes in Deutschland eine ungleich höhere Anzahl an Verteilernetzbetreibern, Stromverteilern oder Kraftwerksbetreibern gibt, erfordert ein Ausgleich unter diesen einen ungleich höheren Verwaltungsaufwand und erscheint nicht praktikabel durchführbar. Die Übertragung der Aufgabe der Abwicklung des Wälzungsmechanismus auf die Übertragungsnetzbetreiber erfolgte daher ersichtlich auch aus Gründen einer einfachen Zuordnung (vgl. so auch bereits OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.05.2007, 202 EnWG 4/06, Rn. 90, juris).

**2.1.4** Soweit die Beschwerdeführerin meint, die Zuordnung der Aufgabe der Durchführung der EEG-/KWKG-Wälzung zum Netzbetrieb mit einer engen Verbindung der den Netzbetreibern obliegenden Aufgaben nach dem EnWG und dem EEG bzw. KWKG begründen zu können, handelt es sich um einen ungeeigneten Argumentationsansatz.

Maßgeblich für die Anerkennungsfähigkeit von Vermögensbestandteilen im Umlaufvermögen ist nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 StromNEV die Notwendigkeit des Umlaufvermögens für den Netzbetrieb und nicht eine systematische oder rechtliche Verzahnung zwischen den den Übertragungsnetzbetreibern zugewiesenen Aufgaben. Für das Kriterium der Betriebsnotwendigkeit ist sowohl nach der Betriebswirtschaftslehre als auch nach den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen ein konkreter Bezug zu der Vorhaltung oder dem Betrieb der Netzinfrastruktur maßgeblich. Ein abstrakter, durch den gemeinsamen Umstand einer gesetzlichen Zuweisung hergestellter Zusammenhang oder die Verknüpfung durch einen gemein-

samen Rechtsrahmen vermag die Zuordnung zu den den Netzbetrieb prägenden Funktionen der Netzbereitstellung und der Netzführung bzw. zu den dafür erforderlichen organisatorischen und verwaltenden Tätigkeiten indes nicht zu begründen.

Ein konkreter Bezug kann auch nicht damit begründet werden, dass die EEG-Einspeisung bereits heute Einfluss auf von den Netzbetreibern durchgeführte Redispatch-Maßnahmen nehme und diese Verbindung noch stärker werde, wenn ab 2021 auch EEG-Anlagen zu Redispatch-Maßnahmen herangezogen werden sollen. Redispatch ist eine Maßnahme zur Steuerung und Erhaltung der Systemstabilität und wird nach einem von der EEG-Umlage getrennten System vergütet. Die Erhaltung der Netzstabilität ist eine Dienstleistung, die unabhängig von der Art des eingespeisten Stroms durchzuführen und von der Stromeinspeisung selbst getrennt zu betrachten ist. Auch wenn sich zwei in jeweils unterschiedlichen Betrieben erbrachte Leistungen oder Güter im Rahmen späterer Produktionswege berühren, dient die eine noch nicht notwendig dem Betriebszweck der anderen. Nur weil EEG-Strom durch die Netze geleitet wird, dient EEG-Strom nicht dem Betriebszweck der Frequenzhaltung. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der EEG-Strom physikalisch gewälzt wird oder nicht. Der Kern des Wälzungsmechanismus liegt zudem nicht in dem Transport der elektrischen Energie, der den Netzbetrieb betrifft, sondern in der Durchführung des finanziellen Ausgleichs. Insoweit bezeichnet die Bundesnetzagentur die Übertragungsnetzbetreiber in diesem Zusammenhang grundsätzlich zutreffend als „Zahlungsdrehscheibe“.

Die Vorschriften der §§ 2 Abs. 2, 13 Abs. 1 und 2, 17b, c und j EnWG sowie §§ 8 Abs. 1, 15 und 19 EEG, auf die die Beschwerdeführerin verweist und die den Übertragungsnetzbetreiber im Zusammenhang mit dem EEG adressieren, betreffen alle die Frage des Netzanschlusses und damit konkret die Art und Weise, in welcher Form das Netz betrieben wird. Hiervon zu unterscheiden ist die Aufgabe der Durchführung des EEG-Wälzungsmechanismus.

Damit gelangt bereits die Analyse des Inhalts der Begriffe des Netzbetriebs und der Betriebsnotwendigkeit zu dem Ergebnis, dass die Führung des Netzbetriebs der Beschwerdeführerin den Ansatz der EEG- und KWKG-Bestände im Umlaufvermögen nicht erfordert und diese für den Netzbetrieb nicht notwendig sind.

**2.2** Die Forderungen und Verbindlichkeiten aus der EEG-Umlage sind auch nicht deshalb als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zu berücksichtigen, weil die Beschwerdeführerin für die Durchführung der Umlage eine Kreditlinie sowie eine IT-Ausstattung und Personal vorhält, und diese Faktoren auch dem Netzbetrieb dienen.

Die Beschwerdeführerin ist durch die Übernahme des EEG-Wälzungsmechanismus Zahlungsansprüchen von Anlagenbetreibern gemäß § 19 EEG sowie Ausgleichsansprüchen der Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 58 EEG und der Verteilernetzbetreiber gemäß § 57 EEG ausgesetzt. Auch entstehen ihr durch die Übernahme der Wälzungsaufgabe Ausgaben, wie zum Beispiel Transaktions- und Verwaltungskosten für die Erstellung der Abrechnung und den horizontalen Belastungsausgleich, IT- und Personalkosten, erforderliche Zahlungen für die Bereitstellung und ggf. auch Inanspruchnahme von Kreditlinien sowie Kosten für die Prognose und Vermarktung des Stroms. Diese Ausgaben werden alle gemäß § 3 Abs. 4 EEV, 6 Abs. 1 EEA V berücksichtigt und über die Vermarktung des EEG-Stroms am Spotmarkt gemäß § 2 EEV sowie die von den Stromlieferanten zu tragende EEG-Umlage vollständig refinanziert. Selbst wenn die Beschwerdeführerin eine IT-Ausstattung und auch Personal ihres Unternehmens sowohl für ihren Netzbetrieb als auch für die Durchführung der Wälzungsaufgabe einsetzt, können und müssen die Kosten für diese Produktionsfaktoren nach „Netzbetrieb“ und „EEG-Wälzung“ buchhalterisch auf getrennten Konten erfasst und bilanziert werden. § 5 EEA V verpflichtet die Übertragungsnetzbetreiber, ein separates Bankkonto für die Aufgaben nach der EEV und EEA V zu führen und die Einnahmen und Ausgaben nach § 3 EEV, bei denen es sich um die Einnahmen und Ausgaben aus dem EEG-Wälzungsmechanismus handelt, und nach § 6 EEA V von den sonstigen Tätigkeitsbereichen des Übertragungsnetzbetreibers eindeutig abzugrenzen, wozu eine gesonderte Buchführung und Rechnungslegung einzurichten ist. Die Übernahme des EEG-Wälzungsmechanismus ist daher für die Übertragungsnetzbetreiber insgesamt kostenneutral. Sie finanzieren nicht mit den Ausgaben für die Vorhaltung der IT oder des Personals im Netzbetrieb den EEG-Wälzungsmechanismus.

Dass es zu schwankenden Beträgen und gegebenenfalls auch zu Unterdeckungen auf dem EEG-Konto kommen kann, beruht darauf, dass Zahlungseingänge in Form der EEG-Umlage und aus Stromverkäufen nicht immer fristgerecht erfolgen, gleichzeitig aber EEG-Zahlungen zur Erfüllung der zuvor genannten Ansprüche von den Konten abgehen. Auch beruht die zum 15.10 eines jeden Jahres veröffentlichte EEG-Umlage auf Prognosen der voraussichtlichen Erzeugungsmengen aus EEG-Anlagen. Die tatsächlichen Ein- und Auszahlungen aufgrund der monatlich festgestellten Erzeugungs-, Verbrauchs- und Vermarktungsmengen weichen hiervon ab. Einflussfaktoren sind volatil und können nicht von den Übertragungsnetzbetreibern beherrscht werden. Es bestehen daher Engpässe bei der Finanzplanung sowie auch bei der täglichen Finanzdisposition (verspätete Zahlungseingänge), die zu einem negativen Saldo auf dem EEG-Konto führen. Für diese hält die Beschwerdeführerin eine Kreditlinie vor, die somit Teil und Folge des EEG-Wälzungsmechanismus ist. Die Kosten für die Vorhaltung der Kreditlinie aber auch Zinsen bei Inanspruchnahme der Kreditlinie werden der Beschwerdeführerin über den Wälzungsmechanismus gemäß § 6 Abs. 1 EEAV erstattet und fallen nicht als Kosten des Netzbetriebs an. Haben die Übertragungsnetzbetreiber in einem Jahr die EEG-Umlage zu gering kalkuliert und reichen daher die Umlage und die Erlöse aus den Stromverkäufen wider Erwarten in diesem Jahr nicht zur Deckung aller Ausgaben – auch für die Kosten der Inanspruchnahme von Krediten oder den Ausgleich eines Forderungsausfalls aufgrund Insolvenz des Forderungsschuldners - aus, fließt dieser negative Betrag in die Berechnung der EEG-Umlage für das übernächste Jahr mit der Folge ein, dass diese um den Differenzbetrag höher oder niedriger ausfällt. Der Differenzbetrag wird daher spätestens mit einem t-2 Verzug kostenneutral ausgeglichen.

**2.3** Dieses Ergebnis entspricht grundsätzlich sowohl dem Sinn und Zweck des EEG-Umlagemechanismus als auch dem der Eigenkapitalverzinsung und hält damit auch einer wertenden Überprüfung statt.

**2.3.1** Die EEG-Umlage betreffende Ausgaben wie zum Beispiel Kosten für die IT-Infrastruktur, das Personal und Dienstleistungen und Einnahmen sind von den sonstigen Tätigkeitsbereichen des Übertragungsnetzbetreibers abzugrenzen und es ist eine gesonderte Buchführung und Rechnungslegung einzurichten. § 5 Abs. 2 EEAV.

§ 3 Abs. 6 EEG sehen zudem vor, dass Einnahmen und Ausgaben, die bereits im Rahmen der Bestimmung der Erlösobergrenze Berücksichtigung gefunden haben, nicht noch einmal in die Ermittlung der EEG-Umlage einfließen dürfen. Diese Vorgaben sollen sicherstellen, dass die beiden Systeme des Netzbetriebs und der EEG-Umlage streng voneinander getrennt werden. Es wäre daher systemwidrig, Einnahmen und Ausgaben aus der EEG-Umlage wie Anlage- und Umlaufvermögen aus dem Netzbetrieb zu behandeln und wie solches zu verzinsen.

**2.3.2** Auch die Vorschriften der Entflechtung sprechen gegen die Annahme, bei den Forderungen und Verpflichtungen aus dem EEG-Wälzungsmechanismus handele es sich um betriebsnotwendiges Umlaufvermögen. Gemäß §§ 6 ff EnWG sind die energiewirtschaftlichen Funktionen Produktion, Vertrieb und Speicherung einerseits von der netzbezogenen Übertragung sowie Verteilung andererseits strikt zu lösen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die erforderliche Trennung zwischen dem Netzbereich und den anderen Stufen der Wertschöpfungskette erfolgt und eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs mit dem Ziel eines wirksamen Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität gewährleistet werden. Bei der Vermarktung von Energie gemäß § 59 EEG handelt es sich um eine dem Netzbetrieb fremde Tätigkeit, die dem Vertrieb zuzuordnen und damit strikt vom Geschäftszweig „Netzbetrieb“ zu trennen ist. Auch hier ist den Entflechtungsvorgaben Rechnung zu tragen, um Transparenz im Hinblick auf die Zahlungsströme aus der EEG-Umlage zu schaffen und eine Quersubventionierung zu vermeiden. Diese erforderliche Trennung ist zwar buchhalterisch vollzogen, indem die Einnahmen und Ausgaben aus dem Netzbetrieb getrennt von denen aus der EEG-Umlage verbucht werden. Die buchhalterische Entflechtung würde aber konterkariert, würden die in Zusammenhang mit der EEG-Umlage stehenden Einnahmen und Ausgaben, zu denen auch die Verkaufserlöse des EEG-Stroms an der Börse zählen, als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen des Netzbetriebs behandelt und Einfluss auf dessen kalkulatorisches Eigenkapital haben. In diesem Fall würde die nicht gewünschte Quersubventionierung nicht verhindert, sondern gefördert werden. Die Forderungen und Verbindlichkeiten des Netzbetriebs sollen gerade nicht mit den finanziellen Mitteln aus der EEG-Wälzung „vermischt“ werden. Die Einbeziehung der Forderungen

und Verbindlichkeiten in das Umlaufvermögen aus dem Netzbetrieb widerspräche dieser klaren Grenzziehung.

**2.3.3** Eine Berücksichtigung der Aktiv- und Passivpositionen des EEG-Wälzungsmechanismus im Umlaufvermögen des Netzbetriebs der Beschwerdeführerin ist auch deshalb verfehlt, weil diese Positionen nicht dem Betrieb der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehen. Klassische Positionen des Umlaufvermögens wie Vorräte, Forderungen oder Kassenbestand können im Unternehmensbetrieb zur Tilgung von Verbindlichkeiten oder zum Gebrauch eingesetzt werden. Sie dienen dem Netzbetrieb. Die Positionen des EEG-Umlaufvermögens sind demgegenüber von vornherein gebunden. Die Einnahmen der Übertragungsnetzbetreiber in Zusammenhang mit der Übernahme der Wälzungsaufgabe, die sich zusammensetzen aus dem Erlös des an der Börse vermarkteten Stroms, der von den die Letztverbraucher beliefernden Versorgern gezahlten EEG-Umlage und gegebenenfalls dem bundesweiten Ausgleichsanspruch gegenüber den übrigen Übertragungsnetzbetreibern, korrespondieren mit den Verbindlichkeiten aus dem EEG-Wälzungsmechanismus gegenüber den Verteilernetzbetreibern, gegebenenfalls den Übertragungsnetzbetreibern aus dem bundesweiten Ausgleichsmechanismus und gegenüber den Anlagenbetreibern für die Vergütung des eingespeisten Biostroms. Die Vergütungsverpflichtungen werden durch die vereinnahmten Erlöse aus der EEG-Umlage, spätestens im Zweijahresverzug, gedeckt. Die Übertragungsnetzbetreiber dürfen die EEG-Umlage nur in der Höhe festsetzen, die erforderlich ist, um ihre finanzielle Belastung aus der Vergütung des EEG-Stroms abzüglich der an der Strom-Börse verkauften Mengen auszugleichen. Es handelt sich daher bei den Positionen des EEG-Wälzungsmechanismus um einen durchlaufenden Posten, ein „kalkulatorisches Null-Summenspiel“, da sich Vergütungspflicht und Ausgleichsanspruch im Endergebnis aufheben (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.05.2007, 202 EnWG 4/06, Rn. 90, juris). Die Positionen stehen auch für die Netzbewirtschaftung gar nicht zur Verfügung. Sie müssen vielmehr zweckentsprechend im Rahmen der EEG-Umlage eingesetzt werden und dürfen nicht eingesetzt werden, um Verbindlichkeiten des Netzbetriebs zu tilgen. Der Übertragungsnetzbetreiber dürfte daher nicht die Kassenbestände aus der EEG-Umlage verwenden, um für den Netzbetrieb anfallende Reparaturkosten auszuglei-

chen. Dies zeigt anschaulich, dass die Forderungen und Verbindlichkeiten aus der EEG-Umlage nicht dem Betrieb des Netzes dienen. Sie gleichwohl für die Eigenkapitalverzinsung als Umlaufvermögen des Netzbetriebs zu behandeln, widerspräche Sinn und Zweck der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung.

Nach den Zielsetzungen des Energiewirtschaftsgesetzes soll das in Sachanlagen investierte Kapital verzinst werden. Damit wird dem Gebot einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) Genüge getan. Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber für sein zur Herstellung von Anlagen aufgewandtes Kapital grundsätzlich denselben Ertrag erwarten kann wie für Kapital, das er in anderen Bereichen des Netzbetriebs investiert hat. Zu den Zielen des Energiewirtschaftsrechts gehört die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit von Energieverteilungsanlagen (§ 1 Abs. 2 EnWG). Sie setzt voraus, dass Investitionen, die der Erhaltung und dem bedarfsgerechten Ausbau im Sinne der gesetzlichen Zielsetzung nach § 11 EnWG dienen, im Hinblick auf ihre Verzinsung nicht benachteiligt werden, sondern der Investor auf eine angemessene Rendite aus diesem Kapital vertrauen können muss (vgl. BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 39, juris; Beschluss vom 10.10.2015, EnVR 26/14, Rn. 27, juris). Hätten die Kapitalgeber ihr Geld anderweitig eingesetzt, hätten sie hierfür auf dem freien Markt eine Rendite erzielt. Die Eigenkapitalverzinsung ist daher auch ein Wert, den es zu erreichen gilt, um die von den Einlagengebern als Gegenleistung erwartete Rendite zu berücksichtigen. Verzinst wird aber stets nur das Vermögen, das dem Geschäftsbetrieb zur Verfügung steht. Die Aktiv- und Passivpositionen aus der EEG-Umlage stehen dem Betrieb der Beschwerdeführerin jedoch nicht zur Verfügung. Es handelt sich um durchlaufende Posten, deren Ergebnisneutralität von vornherein feststeht. Die an die Beschwerdeführerin geleisteten Zahlungen erfolgen nicht zur Kapitalanlage, sondern zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EEG-Wälzungsmechanismus.

In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob es sich bei der Übernahme der Aufgabe des EEG-Wälzungsmechanismus um eine treuhänderische Aufgabe, eine Verwaltungstreuhand, eine Verwaltung privater Mittel oder um eine Dienstleistung handelt. Die Beantwortung dieser Frage ist für die Einordnung des Vermögens nicht relevant.

**2.4.** Das Argument der Beschwerdeführerin, ohne die Besicherung durch das Eigenkapital und das Sachanlagevermögen aus dem Netzbetrieb würde die für die Durchführung des EEG-Ausgleichsmechanismus erforderliche Kreditlinie nicht gewährt werden, rechtfertigt ebenfalls nicht eine Einordnung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus der EEG-Umlage als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen.

Der Ordnungsgeber hat für die auch wirtschaftlich grundsätzliche Unabhängigkeit des EEG-Umlagesystems gemäß § 3 Nr. 7 AusgleichsMechV bzw. heute § 3 Nr. 8 EEG im Rahmen des EEG 2012 den sog. Liquiditätspuffer eingeführt. Diese Liquiditätsreserve darf bis zu 10 % des Differenzbetrages der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben des Folgejahres betragen, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG, und soll einen möglichen Kreditbedarf der Übertragungsnetzbetreiber reduzieren (BT-Drs. 17/6071, 2011, S. 98). Über die Erhöhung der Umlage um den Liquiditätspuffer leisten die Netznutzer einen Beitrag zur Liquidität der Übertragungsnetzbetreiber. Der Liquiditätspuffer reduziert seit 2012 die Unterdeckung des EEG-Kontos. Seit 2014 gleicht er die Unterdeckung des EEG-Kontos nahezu vollständig aus mit der Folge, dass die Beschwerdeführerin seitdem ihre Kreditlinien nicht mehr in Anspruch nehmen musste. Diesen Mechanismus als funktionierend unterstellt, wäre auch eine Vorhaltung der Kreditlinie für den Umlagemechanismus nicht mehr erforderlich.

Die Beschwerdeführerin stellt nun eine prognostizierte andauernde Unterdeckung des EEG-Kontos bereits für Juni 2020 in Aussicht. Zunächst ist anzumerken, dass die Übertragungsnetzbetreiber den möglichen Liquiditätspuffer in Höhe von 10 % des Differenzbetrages aus den prognostizierten Einnahmen und Ausgaben aus der EEG-Umlage noch nicht ausgeschöpft haben. Eine prognostizierte Unterdeckung könnte möglicherweise bereits über eine Erhöhung der Liquiditätsreserve abgefangen werden. Aber auch unterstellt, bei ausgeschöpftem Liquiditätspuffer müsste eine Kreditlinie in Anspruch genommen werden - hiervon geht wohl auch der Gesetzgeber aus, indem er ausführt, die Liquiditätsreserve solle den Kreditbedarf der Übertragungsnetzbetreiber reduzieren – lässt sich die rechtliche Bewertung der Beschwerdeführerin nicht begründen. Die Aktiva und Passiva der EEG-Umlage werden nicht deshalb zu betriebsnotwendigem Umlaufvermögen, weil für das EEG-Konto eine Kreditlinie vorgehalten wird, die mit dem Netzbetrieb abgesichert wird. Zwar dient in dem Fall

möglicherweise der Netzbetrieb der Besicherung des Wälzungsmechanismus. Diese Betrachtung ist jedoch in die umgekehrte Richtung nicht möglich. Das EEG-Wälzungssystem ist nicht betriebsnotwendig für den Netzbetrieb.

Die betriebliche und zuvor auch buchhalterisch vorgenommene Betrachtungsweise der beiden Systeme zeigt vielmehr, dass beide grundsätzlich getrennt voneinander laufen sollen. Dies verdeutlicht auch der dargelegte Ausgleich der im Rahmen des Wälzungsmechanismus entstehenden Kosten. Da sämtliche Kosten und damit auch die Finanzierungskosten aus dem Wälzungsmechanismus über die EEG-Umlage erstattet werden, wenn auch erst mit einem Verzug von zwei Jahren, besteht kein Risiko bei der Finanzierung einer Kreditlinie des EEG-Kontos. Die EEG-Umlage ist von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu tragen, die Letztverbraucher mit Strom beliefern. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen geben die Umlage anteilig an die Letztverbraucher weiter. So verteilt sich die zum Ausgleich der Verbindlichkeiten aus dem Wälzungsmechanismus erhobene EEG-Umlage auf mehrere Millionen Kunden sowie Unternehmen, die die Umlage mit ihrer Stromrechnung ausgleichen. Ein Risiko ist vor diesem Hintergrund ausgeschlossen, denn Forderungsausfälle und Insolvenzen einzelner werden in diesem System über die Gesamtheit der EEG-Umlageschuldner abgefangen.

Selbst unterstellt, die Banken bewilligten Kreditlinien auf dem EEG-Konto nur vor dem Hintergrund der Absicherung durch die Vermögenspositionen aus dem Netzbetrieb, hätte dies nicht die gewünschte Einordnung der EEG-Positionen als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen zur Folge. Systematisch kann diese Problematik allein durch das EEG-Umlagesystem selbst gelöst werden. Hier wären Gesetz- und Verordnungsgeber gefordert, Lösungen zu entwickeln, wie zum Beispiel eine Erhöhung der Liquiditätsreserve auf 15 % oder 20 % oder eine Absicherung der Kreditlinien aus dem EEG-Konto durch Staatsanleihen, um eine Haftung der Übertragungsnetzbetreiber mit ihrem Netzbetrieb für Kreditverbindlichkeiten auszuschließen.

**2.5** Prozessrisiken, die den Übertragungsnetzbetreibern möglicherweise in Zusammenhang mit Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem EEG-Ausgleichsmechanismus entstehen, sei es in Form von Prozesskosten oder Ansprüchen des Prozessgegners, sind rechtlich ebenso einzuordnen wie Risiken durch In-

solvenzen der EEG-Umlageschuldner oder sonstige Forderungsausfälle. Sie müssen grundsätzlich im Rahmen des EEG-Umlagesystems berücksichtigt und erstattet werden. Eine Kompensation möglicher Ausfälle im EEG-Umlagesystem über eine Erhöhung des zu verzinsenden betriebsnotwendigen Umlaufvermögens im Netzbetrieb ist nicht nur systematisch, sondern auch rein rechnerisch verfehlt. Denn die Höhe der Forderungsausfälle wird sich nicht mit der Höhe der von den Netzbetreibern gewünschten kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung der EEG-Bilanzpositionen decken.

Dass die Bundesnetzagentur in diesem Verfahren keine umfassende Deckungszusage für sämtliche Forderungsausfälle der Übertragungsnetzbetreiber geben mag, die in irgendeiner Weise mit dem EEG-Umlagesystem in Verbindung stehen, steht der rechtlichen Bewertung nicht entgegen. Streitige Fragen zur Berücksichtigung von anzuerkennenden Forderungsausfällen wären in einem gesonderten Verfahren zu klären.

**2.6** Auch die behaupteten Auswirkungen der EEG-Umlage auf ein Rating der Übertragungsnetzbetreiber führt nicht zur Einordnung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus der EEG-Umlage als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen. Die Rechtsfrage, welche Positionen betriebsnotwendig sind und welche nicht, hängt nicht von dem Rating einer Ratingagentur ab. Schließlich ist vor dem Hintergrund der unter Ziffer 2.4 gemachten Ausführungen bereits fraglich, ob die Ratingagenturen die EEG-Umlage und deren wirtschaftliche Bedeutung für den Betrieb des Übertragungsnetzbetreibers korrekt einordnen. Hieran bestehen bereits deshalb Zweifel, weil Unterdeckungen aufgrund der Zahlungs- und Vergütungsverpflichtungen aus der EEG-Umlage negative Auswirkungen auf das Rating haben, positive Salden aus der EEG-Vermarktung hingegen aber unberücksichtigt bleiben.

**II.** Die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen des Umlaufvermögens stellen auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung dar.

1. Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung verpflichtet eine Behörde, eine durch Verwaltungsvorschriften vorgegebene oder durch tatsächliche Übung entstandene Verwaltungspraxis bei der Ausübung eines Ermessensspielraums einzuhalten (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 19/08, Rn. 9, juris; Beschluss vom 17.07.2018, EnVR 12/17, Rn. 26, juris). Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebots ist die in ständiger Praxis geübte tatsächliche Handhabung (BVerwG, Urteil vom 05.11.1999, 2 A 3/98, Rn. 10, juris; Beschluss vom 29.06.2017, 1 WB 11/16, Rn. 40, juris; BGH, Beschluss vom 11.12.2018, EnVR 48/17, Rn. 21, juris). So darf die Regulierungsbehörde gegenüber einem Antragsteller, der sich auf eine gegenüber anderen Unternehmen in vergleichbaren Fällen geübte Verwaltungspraxis beruft, davon nicht zu seinen Ungunsten abweichen (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 19/09). Normative Grundlage der Selbstbindung ist daher vor allem Art. 3 Abs. 1 GG. Zudem kann sich eine Selbstbindung – unabhängig von der Behandlung anderer Personen – aufgrund des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzips ergeben (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 40 Rn. 104).

Es existieren keine Leitfäden oder Verwaltungsvorschriften über die bilanzielle Behandlung der Positionen aus dem EEG-Wälzungsmechanismus. Die Bundesnetzagentur hat jedoch im Rahmen der Erlösobergrenzenenermittlung der 1. und 2. Regulierungsperiode gegenüber der Beschwerdeführerin sowie gegenüber den übrigen Übertragungsnetzbetreibern die Forderungen des EEG-Umlageverfahrens als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen anerkannt. Damit hat sie in mehreren Fällen eine gleichmäßige Übung praktiziert. Eine gleichmäßige Übung scheidet entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht daran, dass für jede Regulierungsperiode eine erneute Kostenprüfung unter Heranziehung der Kosten des jeweiligen Basisjahres stattfindet, bei der die jeweiligen Kostenpositionen regelmäßig einer erneuten Prüfung unterzogen werden. Vorliegend geht es nicht um einzelne Kostenpositionen, sondern um die grundsätzliche Behandlung der Positionen aus der EEG-Umlage und damit um Forderungen in nicht unerheblicher Höhe. Dass auch die Bundesnetzagentur von einer entsprechenden Übung ihres Verwaltungshandelns ausgegangen ist, zeigt sich auch darin, dass sie die Positionen nicht vollständig kürzt,

sondern die Nichtberücksichtigung der EEG-Positionen in zwei Schritten vornehmen wird. Sie unterstellt damit, dass die Beschwerdeführer und die Investoren mit einem Fortbestand der bisherigen Praxis aus den ersten beiden Regulierungsperioden gerechnet haben, was eine Verwaltungspraxis indiziert.

**2.** Eine Selbstbindung der Verwaltung im Sinne gleichförmiger Verwaltungspraxis kann zwar Auswirkungen auf das Verwaltungshandeln entfalten (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2009, EnVR 19/08, Rn. 9, juris), es wirkt aber nicht auf die dem Behördenverfahren zugrunde liegenden Rechtsnormen zurück (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2017, 385 Rn. 25). So hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass einem Leitfaden nur dann Bindungswirkung zukommt, wenn er den Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV aF entspricht und die Grenzen des der Bundesnetzagentur zuzubilligenden Beurteilungsspielraums nicht verletzt (BGH, Beschluss vom 17.07.2018, EnVR 12/17, Rn. 26, juris).

Nach der hier maßgeblichen Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV sind nur die Bilanzwerte des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens kalkulatorisch zu verzinsen. Die bisherige Verwaltungspraxis, die die Positionen der EEG-Umlage im Umlaufvermögen berücksichtigt, entspricht indes nicht den verordnungsrechtlichen Vorgaben, nach denen nur das betriebsnotwendige Umlaufvermögen zu berücksichtigen ist und entfaltet bereits aus diesem Grund keine Bindungswirkung.

**3.** Aber selbst eine Bindungswirkung unterstellt wird, hat die Bundesnetzagentur ihr Verwaltungshandeln jedenfalls rechtsfehlerfrei für die 3. Regulierungsperiode geändert.

**3.1** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann eine durch Verwaltungsvorschriften vorgenommene Ermessensbindung jederzeit aus sachgerechten Erwägungen für die Zukunft geändert werden (BVerwG, Urteil vom 08.04.1997, 3 C 6.95, Rn. 20 f, juris; BVerwG, Urteil vom 11.05.2006, 5 C 10.05, Rn. 52 f, juris; BVerwG, Beschluss vom 20.07.1995, 1 WB 82.94, Rn. 29, juris). In gleicher Weise kann eine Ermessensbindung in Gestalt einer rein tatsächlichen Verwaltungspraxis - ohne Verstoß gegen Vertrauensschutzaspekte - aus sachgerechten Erwägungen für die Zukunft geändert werden, auch wenn die Betroffenen gegenüber

der bisherigen Praxis benachteiligt werden (BVerwG, Urteil vom 05.11.1998, 2 A 3.98, Rn. 12, juris; Beschluss vom 29.06.2017, 1 WB 11/16, Rn. 40, juris; Beschluss vom 07.04.2000, 2 B 21.00, Rn. 2, juris; Beschluss vom 10.11.1993, BVerwG 1 WB 22.93; BVerwG, Beschluss vom 26.06.2007, 1 WB 12/07, Rn. 29, juris). Gleichwohl ist die Behörde gemäß Art. 20 Abs. 3 GG bei der Änderung ihrer Ermessenspraxis an die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie etwa an das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot oder die im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit oder des Vertrauensschutzes gebunden (vgl. VGH Urteil vom 07.12.2010, 11 A 2758/09, Rn. 52 ff., juris). Insbesondere kann es im Einzelfall erforderlich sein, die Ermessenspraxis erst nach einer Übergangszeit bzw. nach erfolgter Ankündigung umzustellen (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG, § 40 Rn. 124, beck-online; VGH Kassel NVwZ-RR 99, S. 188).

**3.2** Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen hat die Bundesnetzagentur ihre Verwaltungspraxis mit sachgerechten Erwägungen für die 3. Regulierungsperiode und damit für die Zukunft geändert. Die Bundesnetzagentur hat dargelegt, dass sie die Umlaufvermögensbestände aus der EEG– bzw. KWKG-Umlage bisher fehlerhaft dem Netzbetrieb zugeordnet habe, denn es bestehe kein Bezug der Wahrnehmung der Wälzungsaufgabe zum Netzgeschäft. Es handele sich bei den Kosten und Erlösen aus der EEG-Umlage um einen durchlaufenden Posten, der für den Netzbetreiber stets neutral sei. Die Bundesnetzagentur führt als Begründung insbesondere den seit dem Jahr 2011 geregelten Liquiditätspuffer an, der eine abweichende Bewertung des Sachverhaltes gegenüber dem Basisjahr der 2. Regulierungsperiode begründet. Zwar ist der Liquiditätspuffer schon zum Basisjahr der 2. Regulierungsperiode eingeführt worden. Eine Änderung der Verwaltungspraxis erst in der 3. Regulierungsperiode erscheint aber insbesondere deshalb sachgerecht und nachvollziehbar, weil der Liquiditätspuffer im Jahr 2011 – nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien - noch gar keine Wirkung entfaltet hat, sondern eine Unterdeckung der EEG-Konten erstmals im Jahr 2014 nicht mehr aufgetreten ist. Die Überlegung der Bundesnetzagentur, aufgrund des seit 2014 greifenden Liquiditätspuffers sei eine Änderung der Verwaltungspraxis im Rahmen der Zuordnung des Umlaufvermögens ab der dritten Regulierungsperiode sachgerecht, ist daher nicht zu beanstanden. Dem steht

auch nicht entgegen, dass der Liquiditätspuffer ab Juni 2020 möglicherweise nicht mehr ausreicht, eine Unterdeckung auf den EEG-Konten der Übertragungsnetzbetreiber zu verhindern. Diese erst im Beschwerdeverfahren bekannt gewordene Prognose war der Bundesnetzagentur zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht bekannt. Sie durfte bei einem seit dem Jahr 2014 wirkenden Liquiditätspuffer vielmehr auf die wirtschaftlich hinreichende Wirkung dieses Instruments vertrauen. Auch die Erwägungen der Bundesnetzagentur, die in die Kapitalrücklage eingestellten Mittelzuflüsse der Gesellschafterin ... führten zu erhöhten Eigenkapitalquoten, die in Verbindung mit der Bilanzverlängerung durch die hohen Bestände aus der EEG-Abwicklung eine dauerhaft hohe Verzinsung des Eigenkapitals mit sich brächte, was den Zielen des § 21 EnWG an einer preisgünstigen und effizienten Versorgung entgegenstehe, stellen - wie nachfolgend dargelegt - sachgerechte Erwägungen dar, die eine Änderung des Verwaltungshandelns rechtfertigen.

**3.3** Die Bundesnetzagentur hat bei Änderung der Verwaltungspraxis auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes beachtet. Sie hat erkannt, dass die Änderung der regulatorischen Behandlung der EEG/KWKG-Bestände bei Investoren Verunsicherung auslösen könne und aus diesem Grund die Änderung in zwei Schritten vorgenommen. So erfolgt für die Erlösobergrenzen der 3. Regulierungsperiode nur eine 50 %-ige Kürzung des Umlaufvermögens um die EEG-Bestände. 50 % der Forderungen aus dem EEG-Wälzungsmechanismus werden also weiterhin als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen anerkannt und entsprechend als kalkulatorisches Eigenkapital verzinst. Ihre Kürzung auf 0 soll sodann erst mit der vierten Regulierungsperiode erfolgen.

Damit hat die Bundesnetzagentur den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet und dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes hinreichend Genüge getan. Darüber hinausgehende Maßnahmen oder sogar eine Umstellung der Verwaltungspraxis insgesamt erst mit Beginn der 4. Regulierungsperiode waren nicht geboten. Erlösobergrenzen werden regelmäßig im 5-Jahres-Rhythmus für die Zukunft neu festgesetzt. Netzbetreiber können daher nicht darauf vertrauen, dass eine für die Jahre 2014 bis 2018 erfolgte Festsetzung unverändert auch für die Jahre 2019 bis 2023 Gültigkeit hat. Gerade im regulierten Markt der Energiewirtschaft, der aufgrund der Energie-

wende ständigen rechtlichen Änderungen und tatsächlichen neuen Anforderungen unterworfen ist, haben Festlegungen häufig nicht über einen längeren Zeitraum Bestand. Vielmehr ist die Bundesnetzagentur gehalten, auch die Erlösobergrenzen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Situationen anzupassen. Mit der nur 50%igen Kürzung des Umlaufvermögens wird die Bundesnetzagentur zum einen dem Interesse der Beschwerdeführerin und der Investoren gerecht, die von der Fortsetzung der Verwaltungspraxis in Gestalt eines höheren betriebsnotwendigen Umlaufvermögens und damit einer höheren Eigenkapitalverzinsung ausgegangen sind. Auf der anderen Seite hat sie auch die Interessen der Netzkunden an kostenorientierten Netzentgelten im Blick. Diese haben über den Liquiditätspuffer bereits einen Beitrag zu einer Unterdeckung des EEG-Kontos geleistet. Es wäre nicht sachgerecht, sie mit den Kosten aus einem erhöhten Umlaufvermögen zu belasten, das nicht den Anforderungen des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV entspricht. Dass die Kürzungen die Beschwerdeführerin so hart treffen, dass sie bestimmte Investitionen nicht mehr durchführen oder ihren Netzbetrieb nicht mehr wirtschaftlich ausüben kann, hat sie nicht vorgetragen.

**III.** Die Berücksichtigung der EEG-Umlagepositionen im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen kann die Beschwerdeführerin auch nicht als angemessene Vergütung in Form der Verzinsung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens verlangen. Es besteht bereits kein Anspruch auf eine entsprechende Vergütung für die Übernahme der Aufgabe des EEG-Wälzungsmechanismus. Zudem steht es mit den maßgeblichen Prinzipien der Systematik von Anreizregulierung und Eigenkapitalverzinsung in Einklang, dass die Wahrnehmung der Aufgaben nach dem EEG und die Durchführung des bundesweiten Wälzungsmechanismus nicht mittels einer Erhöhung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung vergütet werden.

**1.** Die Übertragung der Aufgabe des Wälzungsmechanismus stellt sich als Indienstnahme Privater dar. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Indienstnahme nicht zusätzlich vergütet wird.

**1.1** Mit Übertragung der Aufgaben aus dem EEG-Wälzungsmechanismus werden die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet, den von den Verteilernetzbetreibern erhaltenen Strom gemäß § 57 EEG zu vergüten, einen horizontalen Belastungsausgleich zwischen den Übertragungsnetzbetreibern durchzuführen, den EEG-Strom an der Börse zu vermarkten und die EEG-Umlage zu erheben. Diese Indienstnahme Privater zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar und ist verfassungsrechtlich als eine Berufsausübungsregelung zu qualifizieren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.10.1984, 1 BvL 18/82, Rn. 37, juris). Die Übertragungsnetzbetreiber können ihren Netzbetrieb weiterhin uneingeschränkt ausführen. Es ist nicht erkennbar, dass sie aufgrund der Übertragung der Aufgabe des Wälzungsmechanismus ihren eigentlichen Netzbetrieb nicht mehr aufrechterhalten könnten.

Die Zulässigkeit von Indienstnahmen Privater ist an Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu messen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.10.1984, 1 BvL 18/82, Rn. 37, juris). Diese halten sich im Rahmen des dem Gesetzgeber durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingeräumten Regelungsspielraums, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich sind und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.10.1984, 1 BvL 18/82, Rn. 39, juris; BVerfG, Beschluss vom 18.11.2003, 1 BvR 302/96, Rn. 196, juris; BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, Rn. 297, juris; BVerfG, Beschluss vom 18.11.2003, 1 BvR 302/96, Rn. 194 f, juris; stRspr). Der Gesetzgeber hat einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Pflichten zur Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen er Privaten im Rahmen ihrer Berufstätigkeit überträgt. Grundsätzlich kann er Lasten und Maßnahmen zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen, die als Folge kommerzieller Aktivitäten regelungsbedürftig sind, den entsprechenden Marktakteuren auferlegen, um die damit verbundenen Kosten auf diese Weise in den Markt und den Marktpreis zu integrieren. Dabei ist der Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, Private nur dann in Dienst zu nehmen, wenn ihre berufliche Tätigkeit unmittelbar Gefahren auslösen kann oder sie hinsichtlich dieser Gefahren

unmittelbar ein Verschulden trifft. Vielmehr reicht insoweit eine hinreichende Sach- und Verantwortungsnähe zwischen der beruflichen Tätigkeit und der auferlegten Verpflichtung (vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, Rn. 301, juris).

**1.2.** Diese Voraussetzungen für eine Indienstnahme Privater sind vorliegend erfüllt.

**1.2.1** Die mit dem EEG verfolgten wirtschaftspolitischen Ziele sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber hat das EEG eingeführt, um im Interesse des Klima- und Umweltschutzes Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern und dadurch eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen. Zur Erreichung dieser Ziele garantiert es die Anschluss- und Abnahmeverpflichtung der Netzbetreiber zur Aufnahme von Strom aus erneuerbaren Energien sowie feste staatliche Fördersätze für jede erzeugte Kilowattstunde. Erst hierdurch haben die erneuerbaren Energien die Chance, sich auf dem Strommarkt zu etablieren und gegen Strom aus herkömmlichen Energiequellen wie Kohle und Gas antreten zu können. Die Übertragung der Durchführung des Wälzungsmechanismus auf die Übertragungsnetzbetreiber stützt sich damit auf vernünftige Gründe des Allgemeinwohls und ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels auch geeignet und erforderlich. Eine weniger eingreifende, ebenso effektive Regelung ist nicht ersichtlich und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Insbesondere wäre eine Übertragung dieser Aufgaben auf die Verteilernetzbetreiber nicht gleich geeignet. Bei den Übertragungsnetzbetreibern handelt es sich um eine kleine Gruppe von Netzbetreibern, die auch in der Lage sind, sich gegenseitig abzustimmen. Die Durchführung des horizontalen Belastungsausgleichs dürfte für annähernd 900 Verteilernetzbetreiber kaum möglich sein.

Die Auferlegung des Wälzungsmechanismus ist für die Übertragungsnetzbetreiber zumutbar und wirkt insbesondere gegenüber diesen auch nicht übermäßig belastend. Die Übertragungsnetzbetreiber sind mit der Übertragung von Strom über ein Hochspannungsnetz befasst und technisch in der Lage, die Aufgaben in Zusammenhang mit der EEG-Umlage, die in der finanziellen Abnahme des EEG-Stroms, der Durchführung eines Belastungsausgleichs und der Vermarktung des EEG-Stroms liegen, wahrzunehmen. Gegenteiliges trägt die Beschwerdeführerin auch nicht vor. Unverhältnismäßig ist die Übertragung der Aufgabe auch nicht im Hinblick auf mögli-

che finanzielle Lasten, die den Übertragungsnetzbetreibern entstehen. Die von den Übertragungsnetzbetreibern übernommenen Pflichten stehen in Zusammenhang mit ihren Aufgaben im Rahmen des Netzbetriebs. Sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der EEG-Umlage werden den Übertragungsnetzbetreibern erstattet. Die Durchführung dieser Aufgabe ist für sie kostenneutral. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden, dass es verfassungsrechtlich schon nicht zu beanstanden sei, wenn die Unternehmen für die Indienstrahle auch die anfallenden Kosten zu tragen haben. Eine Grenze sei erst dann erreicht, wenn die Kostenlasten erdrosselnde Wirkung haben. Die Übernahme der Aufgaben in Zusammenhang mit der EEG-Umlage, die den Netzbetreibern keine Kosten auferlegt, sondern für diese kostenneutral ist, verstößt daher erst recht nicht gegen das Übermaßverbot. Dass die Übertragung des Wälzungsmechanismus eine derart belastende Wirkung und sie nicht mehr in der Lage sei, ihr eigentliches Netzgeschäft auszuüben, hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan.

**1.2.2** Die Übertragung der Wälzungsaufgabe auf die Übertragungsnetzbetreiber ist auch im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz unbedenklich. Berufsausübungsregelungen können nicht nur dann verfassungswidrig sein, wenn sie in ihrer generellen Wirkung auf die betroffene Berufsgruppe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen. Sie müssen auch die Ungleichheiten berücksichtigen, die typischerweise innerhalb des Berufes bestehen, dessen Ausübung geregelt wird. Werden durch eine Berufsausübungsregelung, die im ganzen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, innerhalb der betroffenen Berufsgruppe nicht nur einzelne, aus dem Rahmen fallende Sonderfälle, sondern bestimmte, wenn auch zahlenmäßig begrenzte Gruppen typischer Fälle ohne zureichende sachliche Gründe wesentlich stärker belastet, kann Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein. Die Wälzungsaufgabe wird allen vier Übertragungsnetzbetreibern ohne Ausnahme übertragen. Durch den horizontalen Belastungsausgleich werden sie grundsätzlich alle gleich belastet. Dass die Beschwerdeführerin mit der Übernahme des Wälzungsmechanismus ungleich mehr Verwaltungsaufwand hat und daher wesentlich stärker belastet ist als die übrigen Übertragungsnetzbetreiber, trägt sie nicht vor.

**1.3.** Eine Entschädigungspflicht für die Indienstnahme besteht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung nicht. Bei der Frage, ob die Indienstnahme einen finanziellen Ausgleich erfordert, ist nach der Sachnähe der „Indienstnahme-Tätigkeit“ zum Kern der unternehmerischen Betätigung zu differenzieren. Wenn eine Indienstnahme lediglich Tätigkeiten tangiert, die Nebenpflichten bei der unternehmerischen Betätigung betreffen, ist ein finanzieller Ausgleich regelmäßig entbehrlich. Dies wurde entschieden für die Verpflichtung von Arbeitgebern, für ihre Arbeitnehmer die Kirchenlohnsteuer einzubehalten und abzuführen (BVerfG Beschluss vom 17.02.1977, 1 BvR 33/76), die Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kupon-Steuer (BVerfG, Beschluss vom 29.11.1967, 1 BvR 175/66), die Verpflichtung zur Anbringung von Warnungen auf Tabakerzeugnissen (BVerfG, Beschluss vom 22.01.1997, 2 BvR 1915/91) und für die Speicherungspflichten von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Dienstleister (BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08). Wie das Bundesverfassungsgericht zur Erdölbevorratung weiter ausführt (BVerfG, Beschluss vom 16.03.1971, 1 BvR 52/66), können solche Indienstnahmen privater Unternehmen auch gewisse „Rentabilitätsminderungen“ rechtfertigen. Die grundrechtlich garantierte Existenz oder Existenzfähigkeit der betroffenen Unternehmen darf jedoch nicht angetastet werden.

Anders entschied das Bundesverfassungsgericht in Konstellationen, bei denen die Indienstnahme den Kern der unternehmerischen Hauptbetätigung und die auferlegte Verpflichtung letztlich deren Erbringung als solche betraf. Unter diesen Umständen handelt es sich nicht mehr um bloße allgemeine Rahmenbedingungen einer unternehmerischen Betätigung, sondern um ein einzelfallbezogenes Sonderopfer, das aus verfassungsrechtlichen Gründen der Zumutbarkeit eines finanziellen Ausgleichs bedarf (BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08). Demgemäß hat das BVerfG unter anderem eine Vergütungspflicht für Pflichtverteidiger (BVerfG, Beschluss vom 24.11.2000, 2 BvR 813/99) und für die Vergütung bei Berufsvormundschaft durch einen Rechtsanwalt (BVerfG, Urteil vom 01.07.1980, 1 BvR 349/75) bejaht. Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dem Charakter einer auf Erwerb gerichteten Beschäftigung als grundrechtliche Gewährleistung stünde es diametral entgegen, wenn die Ausrichtung auf einen Erwerb auf Grund eines staatli-

chen Hoheitsaktes vollständig aufgehoben würde. Insofern spricht für jede unternehmerische und berufliche Betätigung implizit eine Rentabilitätsvermutung, wonach gemäß dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die anfallenden Kosten sowie ein zusätzlicher Gewinnanteil als Gegenleistung erzielt werden können (vgl. Ruttloff, Redispatch und angemessene Vergütung, NVwZ 2015, 1086, beck-online).

Eine solche Konstellation ist vorliegend indes nicht gegeben. Die Übergabe der Wälzungsaufgabe berührt nicht den Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit der Übertragungsnetzbetreiber. Dieser besteht in der Verantwortlichkeit für den Betrieb, die Wartung sowie den Ausbau des Übertragungsnetzes. Diese berufliche Tätigkeit wird durch die Übernahme der Wälzungsaufgabe weder erschwert noch teilweise unmöglich gemacht. Die Beschwerdeführerin trägt auch nicht vor, dass sie wegen der Übernahme der Aufgaben in Zusammenhang mit der EEG-Umlage nicht mehr in der Lage wäre, ihr eigentliches Netzgeschäft durchzuführen. Auch werden ihre Erlöse aus dem Netzbetrieb durch die EEG-Verwaltung, die sie kostenneutral stellt, nicht tangiert.

**2.** Die vorstehend erläuterte Frage, ob eine Indienstnahme eine finanzielle Vergütung fordert, ist stets im Rahmen einer wettbewerblich orientierten Tätigkeit Einzelner bzw. von Unternehmen erörtert worden, die ein frei am Markt unter Wettbewerbsgrundsätzen gebildetes oder durch bestimmte Gesetze wie zum Beispiel der Rechtsanwaltsgebührenverordnung vorgegebenes Entgelt für ihre unternehmerische oder freiberufliche Tätigkeit erzielen. Die insoweit geltenden Grundsätze können nicht ohne Einschränkung auf das System der Anreizregulierung, nach deren Grundsätzen die Gewinne der Netzbetreiber ermittelt werden, übertragen werden. Im System der Anreizregulierung ist der monetäre Ausgleich für die Tätigkeit der Übertragungsnetzbetreiber reguliert. § 21 Abs. 2 EnWG enthält die zentrale Vorgabe einer kostenorientierten Entgeltregulierung. Danach sind die Netznutzungsentgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen muss, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu bilden (Senat,

Beschluss vom 24.10.2007, VI-3 Kart 26/07 (V), Rn. 28, juris). Der Gewinn der Netzbetreiber besteht in der Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten des Netzbetriebs und einem als Erlösobergrenze festgesetzten finanziellen Betrag. Durch die regulatorische Vorgabe der Erlöse sollen Netzbetreiber zu einer möglichen Kostenreduktion angereizt werden. Indem sie ihre Kosten reduzieren, können Netzbetreiber ihren Gewinn steigern. Ein zu hoher Erlös würde sich zu Lasten der Kunden auswirken, ein zu niedriger Ausgleich würde die Existenz der Übertragungsnetzbetreiber gefährden und zu Lasten der Versorgungssicherheit gehen. Die Verzinsung soll daher angemessen sein.

Die Frage der Vergütungspflicht für die Indienstnahme im Rahmen des EEG-Wälzungsmechanismus ist daher im Lichte der Vorschriften des EnWG, der StromNEV und der ARegV zur Anreizregulierung zu sehen. Die im Rahmen der Erlösobergrenzen für die Beschwerdeführerin festgesetzten Erlöse werden der Beschwerdeführerin regulatorisch vorgegeben. Die Frage, wie hoch ihr Gewinn ausfällt, hängt entscheidend von den Kosten des Netzbetriebs ab, hingegen nicht von den ihr im Rahmen der EEG-Umlage entstehenden Kosten. Bei diesen Kosten handelt es sich um „Durchlaufpositionen“ und damit um neutrale Positionen, die durch die EEG-Umlage und den an den Strombörsen erzielten Preis für den EEG-Strom ausgeglichen werden. Insoweit besteht für die Beschwerdeführerin auch kein Anreiz, diese Kosten für das EEG-Umlageverfahren gering zu halten. Die Berücksichtigung dieser Positionen des in sich geschlossenen Systems der EEG-Verwaltung im System der Anreizregulierung wäre auch im Hinblick auf das fehlende Interesse an einer Kostenreduktion systemwidrig.

**IV.** Eine Vergütung der Indienstnahme für den EEG-Wälzungsmechanismus über eine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem EEG-Wälzungsmechanismus würde schließlich auch zu einer unterschiedlich hohen, von den Netzbetreibern selbst beeinflussbaren Vergütung führen. Es bestünde daher die Gefahr, dass Netzbetreiber ohne zureichende sachliche Gründe durch die Indienstnahme unterschiedlich stark belastet werden, was im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Sie ist daher auch aus diesem Grund abzulehnen.

Die Berücksichtigung der Forderungen und Verbindlichkeiten bzw. Kassenbestände aus der EEG-Verwaltung im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen hat je nach Eigenkapitalausstattung der Unternehmen Einfluss auf die Höhe der Verzinsung des Eigenkapitals. Das sich aus § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-4 StromNEV ergebende betriebsnotwendige Eigenkapital der Netzbetreiber wird bis zu einem Anteil von 40 % mit einem höheren Zinssatz – in der 3. Regulierungsperiode in Höhe von 6,91 % (EK I) – verzinst als das darüber hinausgehende betriebsnotwendige Eigenkapital – dieses wird in der 3. Regulierungsperiode nur in Höhe von 2,72 % (EK II) verzinst, § 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV. Stattet ein Netzbetreiber sein Unternehmen mit einem hohen, über die 40 %-Grenze reichenden Eigenkapital aus, hat die Berücksichtigung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus der EEG-Wälzung im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen zur Folge, dass die Eigenkapitalquote durch die Bilanzverlängerung sinkt mit der Folge, dass ein größerer Betrag unter die 40 %-Deckelung fällt und damit mehr Eigenkapital mit dem höheren EK I-Zinssatz verzinst wird. Je nach Eigenkapitalquote der Unternehmen fielen die kalkulatorischen Zinsen daher betragsmäßig unterschiedlich aus. Ein Unternehmen, das selbst unter Berücksichtigung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem EEG-Wälzungsmechanismus im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen nicht die 40 %-Grenze erreichte, würde durch diese Bilanzverlängerung keine positiven wirtschaftlichen Effekte erlangen. Die Berücksichtigung der EEG-Bilanzwerte im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen hätte daher zwei, nicht im Einklang mit einer verhältnismäßigen Indienstnahme stehende Wirkungen: Die Höhe der Vergütung fiel von Netzbetreiber zu Netzbetreiber unterschiedlich hoch aus und wäre nicht an eine aus der Indienstnahme resultierende Belastung geknüpft. Ein Übertragungsnetzbetreiber, der einen hohen EEG-Verwaltungsaufwand hat, würde möglicherweise geringer entlohnt als ein Übertragungsnetzbetreiber mit einem geringeren EEG-Verwaltungsaufwand. Zudem könnte jeder Übertragungsnetzbetreiber durch die Eigenkapitalausstattung seines Unternehmens die Höhe für die Vergütung der Indienstnahme selbst bestimmen. Eine angemessene, für alle Übertragungsnetzbetreiber gleich hohe Vergütung könnte so nicht sichergestellt werden.

V. Aus den dargelegten Gründen ist die Entscheidung der Bundesnetzagentur auch nicht deshalb ermessensfehlerhaft und damit aufzuheben, weil sich diese nicht mit einem möglichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerin auseinandersetzt. Die Bundesnetzagentur hat die Grundlagen der Kostenprüfung gemäß §§ 1, 21 und 21 a EnWG und des § 7 StromNEV sowie die Vorgaben der Anreizregulierung beachtet und durfte davon ausgehen, dass die verordnungs- und gesetzlichen Vorgaben die von Art. 12 GG gezogenen Grenzen wahren. Die Anreizregulierung greift zwar in die Berufsausübung der Übertragungsnetzbetreiber und damit in deren Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG ein, denn die Berufsfreiheit erfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit den Interessenten auszuhandeln (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 21.12.2009, 1 BvR 2738/08, Rn. 21, juris). Indessen ist dieser Eingriff durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Ziel der Netzregulierung ist es, die Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten für Elektrizität und Gas zu schaffen (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 47), wobei der Gesetzgeber die Vorgaben der Elektrizitäts- sowie der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie umsetzen musste (Senat, Beschluss vom 24.10.2007, VI-3 Kart 26/07 (V), Rn. 45, juris). Die Regulierung der Entgelte ist zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet, erforderlich und angemessen. Die verfassungsrechtliche Prüfungsdichte ist angesichts des weiten wirtschafts- und sozialpolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers stark eingeschränkt, so dass sich Einzelheiten der Berechnung des Netzentgelts, wie sie in den Netzentgeltverordnungen geregelt sind, grundsätzlich in dem Freiraum halten, der dem politischen Prozess und damit Zweckmäßigkeitserwägungen vorbehalten ist (Senat, Beschluss vom 24.10.2007, VI-3 Kart 26/07 (V), Rn. 45, juris mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 13.09.2005, 2 BvF 2/03, Rn. 239, juris).

Eine darüber hinausgehende verfassungsrechtliche Prüfung war nicht angezeigt. Denn selbst unterstellt, der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit wäre nur dann gerechtfertigt und verhältnismäßig, wenn er durch eine Vergütung kompensiert würde, lässt sich diese Vergütung, wie ausgeführt, jedenfalls nicht aus einer höheren Eigenkapitalverzinsung herleiten. Die Bundesnetzagentur musste bei Kürzung des Umlauf-

vermögens daher die Frage einer angemessenen Vergütung nicht in ihre Ermessenserwägungen einstellen.

### C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG.

Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung auf ... Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). Die Beschwerdeführerin fordert mit ihrer Beschwerde eine um ... Euro höhere Erlösobergrenze ein. Da es sich bei diesem Betrag nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien um einen Jahreswert handelt und die Erlösobergrenzen im Rahmen der 3. Regulierungsperiode Strom für 5 Jahre festgesetzt worden sind (2019 bis 2023), entspricht der festgesetzte 5-Jahreswert dem wirtschaftlichen Interesse der Beschwerdeführerin.

### D.

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).

#### 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 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 Ge-

richt geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

Dr. Webler