



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 01.07.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterinnen am Oberlandesgericht Klein Reesink und Dr. Webler

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22.05.2019 (Az.: BK8-17/0738-11) wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung notwendigen Auslagen tragen die Beschwerdeführerin zu ... % und die Bundesnetzagentur zu ... %.

Der Beschwerdewert wird bis zur mündlichen Verhandlung am 01.07.2020 auf ... Euro und seitdem auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Stromverteilernetz mit ca. ... Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Sie ist aus einer Zusammenführung der Vorgängergesellschaften R. und I. entstanden.

In einem im Oktober 2017 geschlossenen Beteiligungsvertrag hatten die Gesellschafter der beiden Vorgängergesellschaften die Ausgliederung des Teilbetriebs Netze (einschließlich des Eigentums am Strom-, Gas und Wassernetz) von der S. auf deren Netzbetreiber-gesellschaft, die I. und sodann die Verschmelzung der R. und I. vorgesehen. Diese Verschmelzung konnte, weil sie auf den jeweiligen Jahresabschlüssen zum 31.12.2017 aufsetzte, erst im Juli 2018 beurkundet werden und wurde dann mit Rückwirkung zum 01.01.2018 vollzogen.

Zur Überbrückung des Übergangszeitraums bis zum Vollzug der Verschmelzung wurden mit Wirkung ab dem 01.01.2018 der Teilbetrieb Netze von der S. mit den dazugehörigen ... Mitarbeitern wie auch der gesamte Geschäftsbetrieb der R. mit den zugehörigen ... Mitarbeitern an die I. verpachtet. Die ehemalige I. firmiert seit dem 01.01.2018 unter der neuen Firma der Beschwerdeführerin. Die frühere R. firmierte seit dem 02.01.2018 und bis zur endgültigen Verschmelzung auf die Beschwerdeführerin als RT. und war aufgrund der Verpachtung des gesamten Geschäftsbetriebs kein Netzbetrieb mehr. Die Beschwerdeführerin informierte die Bundesnetzagentur über diese bevorstehende Zusammenführung ab dem Jahr 2017.

Zur Bestimmung der Erlösobergrenzen der 3. Regulierungsperiode Strom nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 ARegV leitete die Bundesnetzagentur gemäß § 2 ARegV von Amts wegen ein Verfahren ein. Im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV stellte die Beschwerdeführerin die erforderlichen Kostendaten für die bis zum 31.12.2017 bestehenden Netze der R. und der I. jeweils gesondert zur Verfügung.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 22.05.2019 (Az. BK8-17/0738-11) hat die Bundesnetzagentur die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode (2019 bis 2023) für das bis zum 31.12.2017 bestehende Netz der I. festgelegt. Dabei hat sie nur die bei der I. originär im Jahr 2016 entstandenen Personalzusatzkosten, nicht hingegen die Personalzusatzkosten bezogen auf die ... Mitarbeiterinnen

und Mitarbeiter des ehemaligen S.-Bereichs Netzservice als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenteile anerkannt. Zudem hat sie Baukostenzuschüsse und Netzananschlusskostenbeiträge, die in dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 entstanden sind, für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf den kalkulatorischen Restwert des Basisjahrs fixiert. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sachlich handele es sich hierbei um Kapitalkostenbestandteile. Es entspreche Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die Kapitalkosteneffekte von Neuinvestitionen vollumfänglich vom Kapitalkostenabzug auszunehmen. Eine Ungleichbehandlung positiver und negativer Kostenbestandteile sei ökonomisch nicht begründbar. Für den Effizienzvergleich hat die Bundesnetzagentur auf das Gutachten „Effizienzvergleich Verteilernetzbetreiber Strom der 3. Regulierungsperiode (EVS3)“ des Gutachterkonsortiums von Swiss Economics, SUMICSID und IAEW vom 04.04.2019 zurückgegriffen und in Anlage 9 zum Beschluss den für die Beschwerdeführerin angewandten Effizienzwert – berechnet nach der SFA standardisiert - auf ... % festgesetzt.

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

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

Zur Berechnung des Sockels nach § 34 Absatz 5 werden die Kapitalkosten für Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis einschließlich 31. Dezember 2016 erstmals aktiviert wurden, für die Dauer der dritten Regulierungsperiode nicht nach

§ 6 Absatz 3 nachgefahren. Das Absinken der Restbuchwerte und damit auch das Absinken der Kapitalkosten werden bei diesen Anlagegütern ausschließlich für die dritte Regulierungsperiode nicht berücksichtigt. Die Regelung gilt ausschließlich für die in Absatz 5 bezeichneten Sachanlagegüter und lediglich für die Dauer der dritten Regulierungsperiode.“

Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die ein Netzbetreiber im Zeitraum ab dem 01.01. des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze folgt, oder bis zum 31.12. des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, erhalten hat oder voraussichtlich erhalten wird, können seit dieser Novellierung jahresscharf über § 10a Abs. 6 ARegV in der kalkulatorischen Verzinsungsbasis für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden. Eine entsprechende Regelung für eine Berücksichtigung der abschmelzenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Rahmen des Kapitalkostenabzugs fehlte in dem Entwurf der Bundesregierung zur Novellierung der ARegV 2016 zunächst. Auf Initiative des Bundesrats wurde sodann § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt. Zur Begründung heißt es (BR-Drs. 296/16 (Beschl.), S. 2):

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

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

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22.05.2019. Sie begehrt die Qualifizierung der vollständigen Personalzusatzkosten einschließlich der Personalzusatzkosten für die ... Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ehemaligen S.-Bereichs für die gesamte 3. Regulierungsperiode als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Bei den streitgegenständlichen Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen i.S.d. § 11 Abs. 2 Nr. 9, 10 und 11 ARegV handele es sich um seit 2018 unmittelbar bei ihr anfallende Personalzusatzkosten, so dass sie für den Zeitraum ab dem 01.01.2018 auch als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzuerkennen seien. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile des Netzbetreibers seien auch dann als solche anzuerkennen,

wenn sie im Basisjahr zwar bereits entstanden seien, aber – wie im Streitfall aufgrund der Umstrukturierung von einer kleinen in eine große Netzgesellschaft und der damit verbundenen Verschiebung – erst während der Kostenprüfung dem Netzbetreiber zuordenbar gewesen wären.

Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur führe im vorliegenden Fall dazu, dass sich die Effizienzvorgabe auch auf bei ihr anfallende Personalzusatzkosten und Versorgungsleistungen auswirke. Da dies dem Wesen der Anreizregulierung entgegenstehe, müssten die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten bereits in der Überleitungsrechnung und nicht erst mit einem 2-Jahres-Verzug über § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten Berücksichtigung finden. Das Basisjahrprinzip sei auf die Zuordenbarkeit von Kosten nicht anwendbar. Maßgeblich seien vielmehr die Verhältnisse während des Kostenprüfungszeitraums. Neben dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 ARegV, wonach zwischen der Kostenprüfung einerseits und der Bestimmung der Erlösobergrenze andererseits differenziert werde, sprächen die Systematik der Anreizregulierungsverordnung sowie der Sinn und Zweck des Regelungsgefüges des Effizienzvergleichs gegen eine auf das Basisjahr fokussierte Betrachtung für die Zuordnung dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteile. Die ARegV sei zeitlich nach der StromNEV in Kraft getreten, ohne dass diese geändert worden sei. Das Ausgangsniveau werde auf der Grundlage der StromNEV bestimmt, die Erlösobergrenze in Anwendung der Regulierungsformel nach § 7 ARegV. Die Kostenprüfung für die Bestimmung des Ausgangsniveaus beruhe auf den Daten des Basisjahres. Das „Basisjahr“ sei damit Bestandteil der StromNEV, nicht aber ein Instrument der Anreizregulierung. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile seien aber keine Kosten im Sinne der StromNEV, sondern Bestandteil der Anreizregulierung gemäß § 11 Abs. 2 ARegV. Dementsprechend sei auch die Anwendung der Basisjahrbetrachtung auf dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gesperrt. Für ein solches Verständnis spreche auch, dass dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten ohnehin nicht auf das Basisjahr fixiert bleiben müssten, sondern nach § 4 Abs. 3 Ziffer 2 ARegV angepasst werden könnten. Die Zuordnung dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteile knüpfe - in einem nachrangigen, zweiten Schritt - an das Ergebnis der Kostenprüfung an, ohne Teil der auf das Basisjahr fixierten Kostenprüfung zu sein. Dies ergebe sich sowohl aus § 12 Abs. 2 ARegV als auch aus § 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV. Da es sich bei der Zuordnung um eine reine „Umqualifizierung“ handele, sich die Höhe der Kosten aber ändere, könne dieser nachrangige, zweite Schritt auch auf Erkenntnisse gestützt werden, die

zwar nach dem Basisjahr aber noch während des Vorgangs der Kostenprüfung eingetreten seien. Da der Bundesnetzagentur der Betriebsübergang und die geplante Verschmelzung rechtzeitig mitgeteilt worden seien, hätte dieser geänderte Sachverhalt bei der Zuordnung i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV berücksichtigt werden müssen.

Hilfsweise müssten die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten wegen einer Besonderheit des Geschäftsjahres nach § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV Berücksichtigung finden. Das Geschäftsjahr 2016 zeige zwar im Vergleich zu den vorausgegangenen Jahren keine Besonderheit auf, im Vergleich zu 2018 seien die Personalzusatzkosten aber gravierend niedriger gewesen. § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV diene dazu, ein repräsentatives Kostenbild für die folgende Regulierungsperiode zu zeichnen. Folgerichtig sei daher auch der Zeitraum nach dem Basisjahr mit in den Betrachtungshorizont einzubeziehen. In der Konsequenz müsste der Anteil der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten in der Überleitungsrechnung erhöht werden, während der Anteil der beeinflussbaren Kosten entsprechend zu reduzieren sei.

Die Beschwerdeführerin ist des Weiteren der Ansicht, dass die seitens der Bundesnetzagentur vorgenommene Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge aus dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2016 auf die Restwerte des Basisjahres rechtswidrig sei, da diese von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV nicht erfasst würden. Vielmehr hätte die Auflösung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabzug schon in der 3. Regulierungsperiode berücksichtigt werden müssen. Bereits der Wortlaut und die Systematik der Übergangsregelung sprächen gegen eine Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge. § 34 Abs. 5 ARegV beziehe sich ausdrücklich auf Kapitalkosten. Der Begriff sei in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV als Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwandes für Fremdkapitalzinsen definiert. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien hiervon nicht umfasst. Auch der Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV spreche gegen die Handhabung der Bundesnetzagentur. Die Vorschrift sei ausdrücklich zugunsten der Netzbetreiber eingefügt worden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge benachteilige jedoch die Netzbetreiber, ohne dass dafür ein zweckdienlicher Grund gegeben sei. Die bilanziellen Werte der passivierten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien Bestandteil des zinslosen Abzugskapitals (§ 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 StromNEV) und gemäß

§ 9 Abs. 1 S. 3 StromNEV über 20 Jahre linear aufzulösen. Die bis zum Basisjahr passivierten Auflösungsbeträge der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge würden bei der Berechnung des Kapitalkostenabzugs der Berechnung der Verzinsungsbasis nach § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV hinzugerechnet. Damit werde im System des Kapitalkostenabgleichs eine Veränderung des Abzugskapitals durch einen unterschiedlich hohen Betrag für passivierte Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge vermieden. Dieser Grundsatz werde durch die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur durchbrochen. Würden die Auflösungsbeträge, die auf vereinbarte Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge des Zeitraums vom 01.01.2007 bis 31.12.2016 entfielen, nicht der Verzinsungsbasis für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs hinzugerechnet, steige das Abzugskapital im System des Kapitalkostenabgleichs innerhalb einer Regulierungsperiode deutlich an und werde künstlich überhöht.

Daneben sei die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur auch aus der ökonomischen Perspektive nicht gerechtfertigt. Den Netzbetreibern sei durch die Behandlung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 ARegV) in der Regel kein Vorteil entstanden, der nun auszugleichen wäre. Die kalkulatorischen Restbuchwerte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge wirkten mit ihren fixen Werten des jeweiligen Basisjahrs als Abzugskapital reduzierend auf die Erlösobergrenzen der gesamten 1. und 2. Regulierungsperiode. Tatsächlich hätten diese kalkulatorischen Restbuchwerte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge durch deren lineare Auflösung über 20 Jahre mit der Zeit abgenommen, ohne dass die Erlösobergrenze erhöhend angepasst worden wäre. Gleichzeitig hätten die kostenmindernden Erlöse der Auflösungsbeträge in Form dauerhaft nicht beeinflussbarer Kosten zeitnah den Netznutzern entgeltmindernd zugutekommen müssen. Die Beibehaltung dieser Logik in der 3. Regulierungsperiode würde dem Grundgedanken der Übergangsregelung, Renditeeinbußen auszugleichen, zuwiderlaufen.

Schließlich bestehe auch keine enge Verknüpfung zwischen den in § 34 Abs. 5 ARegV genannten Investitionen und den Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen, wie sie in der Verordnungsbegründung vorausgesetzt werde. Die Erhebung von Baukostenzuschüssen sei nicht unmittelbar an derartige Investitionen gekoppelt. Gleiches gelte auch für Netzanschlusskostenbeiträge. Gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 NAV könnten diese Kosten pauschal berechnet werden, weshalb eine Verbindung dieser

Beträge zu bestimmten Kosten nicht bestehe.

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus geltend gemacht hat, die Durchführung des Effizienzvergleichs sei methodisch nicht sachgerecht, hat sie mit Schriftsatz vom ... sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 01.07.2020 erklärt, ihre diesbezüglichen Einwendungen nicht weiterzuverfolgen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22.05.2019 (Az. BK8-17/0738-11) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angefochtenen Beschluss. Die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten seien in Bezug auf das maßgebende Basisjahr 2016 keine eigenen Kosten der Beschwerdeführerin, da es sich zu diesem Zeitpunkt noch unstreitig um Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der S. gehandelt habe. Personalzusatzkosten von Arbeitskräften, die im Basisjahr nicht bei der Beschwerdeführerin beschäftigt gewesen seien, seien nicht den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9, 11 ARegV zuzuordnen. Nicht nur die Kostenprüfung, sondern auch die Bestimmung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile sei bezogen auf das Basisjahr vorzunehmen. Das ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 ARegV, sondern auch bei einer Auslegung unter Berücksichtigung der Systematik der Anreizregulierungsverordnung sowie nach dem Sinn und Zweck des Regelungsgefüges des Effizienzvergleichs.

Nur durch ein Abstellen auf das Basisjahr sowohl in Bezug auf die Kostenprüfung als auch die Zuordnung der Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV könne eine Vergleichbarkeit zwischen den Netzbetreibern gewährleistet werden. Wäre der Betrachtungszeitpunkt für die Zuordnung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nicht einheitlich für alle Netzbetreiber, hätte dies eine zeitlich differierende Bestimmung der

Kosten zur Durchführung des Effizienzvergleichs i.S.d. § 14 Abs. 1 ARegV zur Folge. Sie wäre in diesem Fall zudem verpflichtet, durchgehend nachträgliche Änderungen zu prüfen. Dies könne im Hinblick auf die Regelung des § 4 Abs. 3 ARegV nicht vom Willen des Verordnungsgebers erfasst sein. Der Sachverhalt der vorliegenden Umstrukturierung könne hinreichend über § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV mit einem t-2 Versatz berücksichtigt werden.

Auch könne sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine Besonderheit des Geschäftsjahres 2016 i.S.d. § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV berufen. Die Vorschrift beziehe sich allein auf die Kostenprüfung, nicht auf die Zuordnung der Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV. Die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten seien im Ausgangsniveau der Höhe nach enthalten, allerdings als Kosten des Dienstleisters. Der Beschwerdeführerin gehe es damit nicht um die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Kosten, sondern um eine für sie vorteilhafte Umverteilung. Für solche Ziele sei die Regelung jedoch nicht einschlägig.

Des Weiteren ist die Bundesnetzagentur der Ansicht, Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien von der Regelung des § 34 Abs. 5 ARegV erfasst. Dies ergebe sich bereits aus deren Wortlaut. Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs seien in § 6 Abs. 3 S. 2 bis 4 ARegV definiert und umfassten deshalb auch Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter resultierten. Der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV sehe lediglich eine Differenzierung in zeitlicher Hinsicht vor, nicht aber bezüglich einzelner Bestandteile der Kapitalkosten. Ohnehin gingen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge untrennbar mit Investitionen in das betriebsnotwendige Anlagevermögen einher.

Zur Kompensation etwaiger Einbußen durch den Systemwechsel vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich habe der gesamte in § 6 Abs. 3 ARegV geregelte Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs ausgesetzt werden und der Systemwechsel erst später stattfinden sollen. Aus der Verordnungsbegründung folge, dass dies nicht selektiv einzelne Elemente des Kapitalkostenabzugs umfassen sollte. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien sowohl beim Kapitalkostenaufschlag als auch beim Kapitalkostenabzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. Sinn und Zweck der Übergangsregelung sei die

Vermeidung individueller Härten. Dem widerspräche es, die betreffenden Vermögenswerte von der Abschmelzung auszunehmen, nicht aber die damit zusammenhängenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die der Finanzierung des Sachanlagevermögens dienen und damit als Passiva dem betriebsnotwendigen Vermögen als Aktiva entsprechen. Eine Ungleichbehandlung dieser Werte bzw. Bestandsgrößen lasse sich aus § 34 Abs. 5 ARegV nicht ableiten. Die Netzbetreiber würden dadurch auch nicht schlechter gestellt. Der positive Sockeleffekt sei schon immer das Ergebnis sowohl kapitalkostenerhöhender als auch –mindernder Positionen gewesen. Es sollten nicht selektiv allein die positiven Aspekte des sich im Grunde erst nach einer Saldierung ergebenden Investitionssockels weitergeführt werden.

Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge hätten unter den Fremdfinanzierungsformen eine besondere Stellung, da sie als einzige Fremdfinanzierungsform neben den kalkulatorischen Restbuchwerten im Rahmen der fortgeführten Kapitalkosten tatsächlich ermittelt und pauschal berechnet würden. Der direkte Zusammenhang dieser Finanzierungsinstrumente mit den entsprechenden Vermögenswerten rechtfertige eine Gleichbehandlung auch im Hinblick auf die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien schließlich ein unmittelbarer Investitionsbeitrag der Anschlussnutzer, auf die nach ihrer Kenntnis kein Netzbetreiber verzichte, und um die die Vermögenswerte für Netzanschlüsse durch die Berücksichtigung im Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 ARegV entsprechend zu mindern seien. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Netzanschlüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen zeige sich darin, dass es in der Vergangenheit handels- und steuerrechtlich zulässig gewesen sei, Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge direkt von den Investitionen abzuziehen und nur die geminderten Investitionen in der Bilanz zu berücksichtigen. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien auch in ihrer Funktion und ihrem Zweck nicht mit dem übrigen Fremdkapital vergleichbar, da sie von den Anschlussnutzern entrichtet würden und mit ihnen im Wesentlichen eine Lenkungsfunktion einhergehe, während die Aufnahme verzinslichen Fremdkapitals einzig dem Ziel der Liquiditätsbeschaffung diene. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatsitzung Bezug genommen.

B.

Die auf Aufhebung des angegriffenen Bescheids und Verpflichtung zur Neubeschreibung gerichtete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG. In der Sache hat sie teilweise Erfolg.

I. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur, die mit den Investitionen verbundenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge der Jahre 2007 bis 2016 für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf den kalkulatorischen Restwert zu fixieren, ist rechtsfehlerhaft. Das Absinken der Werte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ist im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV auch schon für die 3. Regulierungsperiode zu berücksichtigen.

1. Der Kapitalkostenabgleich umfasst zwei korrespondierende Elemente, den Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV und den Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 ARegV. Durch den Kapitalkostenaufschlag können auf Antrag jährlich Kapitalkostensteigerungen aus Investitionen in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV bestimmt, dass die Regulierungsbehörde einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für Kapitalkosten genehmigt, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagegüter entstehen. Durch den Kapitalkostenabzug werden die Absenkungen der kalkulatorischen Kosten und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen von Bestandsanlagen schon bei der Festlegung der Erlösobergrenze abgebildet. Die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV erfolgt nach den Formeln der Anlage 2a zu § 6 ARegV. Nach der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ist der Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nicht auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden, anzuwenden. Danach erfolgt eine vorübergehende Beibehaltung des positiven Sockeleffekts - sog. Übergangssockel - für die 3. Regulierungsperiode. Die unter dem bisherigen Regelungssystem generierten positiven Sockelbeträge resultieren daraus, dass, sobald die Investitionskosten über die Erfassung im nächsten Basisjahr in die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperioden eingegangen waren, die

mit den sinkenden Restbuchwerten einhergehenden sinkenden Kapitalkosten während einer Regulierungsperiode nicht in den Erlösobergrenzen nachvollzogen wurden. Zudem wurden für Anlagen, die in der jeweiligen Regulierungsperiode das Ende ihrer Nutzungsdauer erreichten, die Kapitalkosten in Höhe des Basisjahres sowie die letzte Abschreibung bis zum Ende der Regulierungsperiode fortgeschrieben, so dass die Netzbetreiber für Bestandsanlagen durchgehend eine Eigenkapitalverzinsung, Fremdkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der Restwerte des Basisjahres erhielten.

2. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs eine Fixierung der zwischen dem 01.01.2007 und 31.12.2016 vereinnahmten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge entsprechend der durch § 34 Abs. 5 ARegV geforderten unveränderten Fortführung der kalkulatorischen Restwerte der in diesem Zeitraum aktivierten Anlagegüter nicht geboten. Die in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV vorgesehene Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs wird nicht durch die Regelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ausgesetzt. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass eine Fixierung auf die Werte des Basisjahres nur für die aus Investitionen folgenden Kapitalkosten und nicht auf vereinnahmte Ertragszuschüsse zu erfolgen hat. Dafür sprechen neben dem Wortlaut und der Normhistorie insbesondere Sinn und Zweck der Vorschrift sowie systematische Erwägungen.

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

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

eine Herausnahme aus dem Verweis in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV sinnerhaltend gar nicht möglich gewesen.

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

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

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

Eine ausdrückliche Aussage zum Umgang mit Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen fehlt in den Materialien zwangsläufig bereits deswegen, weil die Verordnungsbegründung verfasst worden ist, bevor Baukostenzuschüsse und

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

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

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

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

2.3.1. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmeregelung für den ansonsten ab der 3. Regulierungsperiode stattfindenden Kapitalkostenabzug, die zu Gunsten der Netzbetreiber eingefügt worden ist. Durch die zeitweilige Aussetzung des Kapitalkostenabzugs soll ein „Übergangssockel“ gebildet werden, der dazu dienen soll, nicht näher bestimmte, individuelle Härtefälle einzelner Verteilernetzbetreiber infolge des Systemwechsels abzumildern. Den Netzbetreibern soll durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs ein Budget verschafft werden, dass zum Ausgleich individueller Lasten, die sich als Folge des Systemwechsels einstellen können, beiträgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 07.03.2019, VI-3 Kart 121/17 (V) Rn. 40 ff.; Beschl. vom 12.06.2019, VI 3 Kart 165/17 (V) Rn. 78 ff. – juris). Die Ausnahmeregelung ist als pauschaler Härtefallausgleich (vgl. in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf VI-5 Kart 49/18 (V), BeckRS 2019, 4565 Rn. 39) konzipiert, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welcher Höhe der einzelne Netzbetreiber nachteilige Auswirkungen infolge des Systemwechsels erfährt und ohne den Anspruch, diese Härten vollständig auszugleichen. Indem nur im Hinblick auf Kapitalkosten von Investitionen in Anlagegüter, die in einem begrenzten Zeitraum erstmals aktiviert wurden, das tatsächliche Absinken der Restwerte für die Dauer der 3. Regulierungsperiode unberücksichtigt bleibt, erfolgt keine exakte Erfassung und Abgeltung sämtlicher Nachteile des Systemwechsels, sondern eine zeitlich begrenzte Bevorteilung, die etwaige Nachteile mildert. Da die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs allein den Zweck eines Härtefallausgleichs in dem beschriebenen pauschalen Sinn verfolgt, hängen der Anwendungsbereich und die Reichweite der Aussetzungsanordnung nicht von der Binnensystematik des Kapitalkostenabgleichs ab, sondern werden allein durch diesen Zweck determiniert. Angesichts der Funktion des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, für einen Übergangszeitraum individuelle Härten abzumildern, sind Anwendungsfragen nicht danach zu beantworten, ob eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit der Systematik und dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs erfolgt. Zur Erreichung des mit der Übergangsregelung verfolgten Zwecks ist es somit auch nicht geboten, den gesamten Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs auszusetzen, um eine selektive Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits zu vermeiden.

Die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die für die Dauer der 3. Regulie-

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

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

Dieser Konzeption der Regelung und insbesondere der intendierten Begünstigungswirkung entspricht es vielmehr, das Absinken der Restwerte im Kapitalkostenabzug

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

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

Die Anwendung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge kann schließlich auch nicht auf einen erforderlichen zeitlichen

Gleichlauf der Wertansätze von Aktiva und Passiva gestützt werden. Bei der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs entspricht eine Ungleichbehandlung von Vermögenswerten einerseits und Baukostenzuschüssen sowie Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits dem dargestellten Charakter und Zweck der Übergangsregelung als pauschaler Härtefallabgeltung, die als Ausnahmeregelung in Wirkung und Konzeption von der Systematik des Kapitalkostenabgleichs losgelöst ist.

II. Zu Recht hat die Bundesnetzagentur die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten für die ... Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ehemaligen Bereichs der S. nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile der Beschwerdeführerin im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 bis Nr. 11 ARegV qualifiziert, da es sich bei diesen Kosten im maßgebenden Basisjahr 2016 nicht um eigene Personalzusatzkosten der Beschwerdeführerin gehandelt hat.

Zu den gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 bis Nr. 11 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile geltenden Kosten gehören nur solche Personalzusatzkosten, die bei dem Netzbetreiber selbst entstehen. Hierfür genügt es nicht, dass Kosten dieser Art in irgendeiner Weise an den Netzbetreiber weitergegeben werden. Vielmehr ist es erforderlich, dass die Kostenbelastung für den Netzbetreiber auf einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung beruht, und dass sich die Kosten für den Netzbetreiber selbst als Kosten aus Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen darstellen (vgl. BGH Beschl. vom 12.11.2019, EnVR 109/18 Rn. 49 f.; Beschl. vom 18.10.2016, EnVR 27/15 Rn. 20 – juris). Zwischen den Verfahrensbeteiligten steht außer Streit, dass die Personalzusatzkosten für die ... Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ehemaligen Bereichs der S. erst seit der Verschmelzung der Gesellschaften 2018 nicht und nicht bereits im Basisjahr 2016 eigene Personalzusatzkosten der Beschwerdeführerin in dem oben genannten Sinne sind. Dass die Bundesnetzagentur bei der Qualifizierung der Personalzusatzkosten i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 bis Nr. 11 ARegV im Rahmen der Festlegung der Erlösobergrenze (abschließend) auf die tatsächlichen Umstände im Basisjahr 2016 Bezug genommen und anschließende Änderungen nicht berücksichtigt hat, ist nicht zu beanstanden.

1. Nicht nur für die Kostenprüfung nach § 6 Abs. 1 ARegV, sondern auch für die Zuordnung zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV ist einheitlich und abschließend auf die Umstände des Basisjahres abzustellen.

1.1. Dies folgt allerdings nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 ARegV, denn dieser bezieht sich ausdrücklich nur auf die Kostenprüfung.

Nach § 6 Abs. 1 ARegV hat die Regulierungsbehörde das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenze durch eine Kostenprüfung zu ermitteln. Gemäß § 6 Abs. 1 S. 3 ARegV erfolgt die Kostenprüfung im vorletzten Kalenderjahr vor Beginn der Regulierungsperiode auf der Grundlage der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres. Das Kalenderjahr, in dem das der Kostenprüfung zugrundeliegende Geschäftsjahr endet, gilt als Basisjahr im Sinne der Anreizregulierungsverordnung. Da in § 6 Abs. 1 ARegV aber weder ein von der Kostenprüfung abweichender Zeitbezug für die Qualifizierung der Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV vorgegeben wird noch der Zeitbezug auf das Basisjahr explizit auf die Kostenprüfung beschränkt wird, steht der Wortlaut der Vorschrift der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur auch nicht entgegen.

1.2. Eine Lösung vom Basisjahr als dem maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt mit der Konsequenz, dass die Zuordnung zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten unter Berücksichtigung der Umstände zum Zeitpunkt der Zuordnung und gegebenenfalls bis zum Beginn der nächsten Regulierungsperiode zu erfolgen hat, kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht auf systematische Erwägungen gestützt werden. Zwar weist sie zu Recht darauf hin, dass die Zuordnung von Kosten zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach den Vorgaben der Anreizregulierungsverordnung im Anschluss an die Kostenprüfung erfolgt.

Es sprechen aber zugleich gewichtige systematische Gesichtspunkte gegen die Annahme, damit sei für die Kostenzuordnung eine Lösung vom Basisjahr und die Berücksichtigung der im Zuordnungszeitpunkt herrschenden bzw. der sich bis zum Beginn der Regulierungsperiode einstellenden Verhältnisse vorgegeben. Die Berücksichtigung von Umständen außerhalb des Basisjahres würde – worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist – für das Basisjahr eine unternehmerische Gestaltung und eine entsprechende Kostenstruktur fingieren, die den Wirkungszusammenhang zwischen der unternehmerischen Gestaltung und der Entstehung von Kosten auflöst. Die im Basisjahr bei dem Mutterkonzern der Beschwerdeführerin entstandenen Personalausatzkosten sind keine Kosten der Beschwerdeführerin und stellen sich damit auch nicht als nicht beeinflussbar dar.

Nach der von der Beschwerdeführerin präferierten Betrachtungsweise, wonach die Verhältnisse im Kostenprüfungszeitraum maßgeblich sein sollen, gäbe es zudem keinen fixen und einheitlichen Endpunkt des Betrachtungszeitraums. Vielmehr wäre der rechtlich maßgebliche Betrachtungszeitraum durch den tatsächlichen Prüfungsablauf determiniert. Dies hätte uneinheitliche Betrachtungszeiträume abhängig vom jeweiligen Zeitaufwand für die Kostenprüfung und willkürliche Ergebnisse bei der Bestimmung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zur Folge. Bereits aus den Vorgaben zum zeitlichen Ablauf des Effizienzvergleichsverfahrens ergibt sich zudem, dass die Zuordnung der Kosten zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen jedenfalls vor der Übermittlung der Effizienzwerte fixiert sein muss. Da die Bundesnetzagentur die Effizienzwerte, deren Ermittlung die Bestimmung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile zwingend voraussetzt (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV) gemäß § 12 Abs. 5 ARegV bis zum 01.07. des Kalenderjahres vor Beginn der Regulierungsperiode an die Landesregulierungsbehörden zu übermitteln hat, muss der Betrachtungszeitpunkt für die Bestimmung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile denkllogisch jedenfalls vor diesem Zeitpunkt liegen. Um die Effizienzwerte vor diesem Zeitpunkt sachgerecht ermitteln zu könne, müsste er zur Sicherstellung eines geordneten Verfahrens sogar deutlich davor liegen. Ein solcher Endpunkt ist hingegen in der Verordnung nicht festgelegt. Ebenso wenig finden sich im Verordnungstext Hinweise, dass der maßgebliche Betrachtungszeitraum bis zu dem Übermittlungstermin reichen soll, was sich unter verfahrensorganisatorischen Gesichtspunkten ohnehin als kaum durchführbar erwiese.

1.3. Nicht nur das verfahrenstechnische Bedürfnis nach einem fixen Endpunkt des maßgeblichen Betrachtungszeitraums, sondern insbesondere der Zusammenhang mit und die Auswirkungen der Kostenzuordnung auf den Effizienzvergleich belegen, dass für die Zuordnung der Kostenanteile für alle Netzbetreiber einheitlich und abschließend auf die tatsächlichen Verhältnisse des Basisjahres abzustellen ist.

Ohne einen solchen für alle Netzbetreiber einheitlich geltenden und fixierten Abgrenzungszeitraum bestünde die Gefahr verzerrter und willkürlicher Ergebnisse beim Effizienzvergleich, da die Zuordnung der Kostenanteile Einfluss auf die Höhe des Effizienzwertes hat (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV). Bei einem Verzicht auf einen eindeutig bestimmten Betrachtungszeitraum wäre das mit dem Effizienzvergleich verfolgte Ziel einer Vergleichbarkeit der Netzbetreiber untereinander nicht mehr gewährleistet. So hat auch der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Kostenprüfung nach § 6 Abs. 1 und

Abs. 2 ARegV bereits entschieden, dass durch den festen Zeitbezug auf ein Geschäftsjahr eine Vergleichbarkeit gewährleistet wird, auch wenn hierdurch in Kauf zu nehmen ist, dass die als Grundlage für die Bestimmung der Erlösobergrenzen herangezogenen Kosten aufgrund des relativ langen zeitlichen Abstands nicht in allen Einzelheiten mit der tatsächlichen Kostensituation in der Regulierungsperiode übereinstimmen (vgl. BGH Beschl. vom 28.06.2011 EnVR 48/10 Rn. 57 – juris). Dieser Ansatz ist auf die Zuordnung der Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV übertragbar, da diese einen vergleichbaren Einfluss auf die Durchführung des Effizienzvergleichs hat wie die im Wege der Kostenprüfung ermittelten Gesamtkosten.

Die von der Beschwerdeführerin begehrte Lösung vom Basisjahr als maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt hätte ein Auseinanderfallen der Zeitbezüge für die Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus und die Zuordnung der Kostenanteile zur Folge. Die Bundesnetzagentur hätte im Rahmen der Kostenzuordnung stets zu prüfen, ob und welche Änderungen sich im Verhältnis zum Basisjahr ergeben haben oder ggfs. bis zum Beginn der Regulierungsperiode noch eintreten werden und dies bei der Bestimmung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zu berücksichtigen. Diese Vorgehensweise entspricht indes nicht dem verordnungsrechtlichen Konzept für den Umgang mit nachträglichen Änderungen. § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV sieht vor, dass eine Anpassung der Erlösobergrenze bei Änderungen der Kostenanteile der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten erfolgt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt dies nicht den Schluss zu, dass die Qualifizierung von Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar damit ohnehin nicht auf die Umstände des Basisjahrs fixiert sei. Die Regelung in § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV erfasst nur eine Änderung der Höhe des bereits festgelegten Kostenanteils. Der Netzbetreiber darf nicht Kostenanteile als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten deklarieren, die nicht bereits im Festlegungsbescheid als solche eingestuft sind (vgl. Schütte, in: Holznagel/Schütz ARegR, 2. Aufl. 2019, § 4 ARegV Rn. 95). Somit belegt der vorgesehene Anpassungsmechanismus gerade, dass es im Hinblick auf die Qualifizierung der Kosten auf das Basisjahr ankommt.

Im Streitfall führt die Bundesnetzagentur entsprechend aus, dass der Sachverhalt der Umstrukturierung, die wie hier (erst) nach dem Basisjahr wirksam wird, gleichwohl noch bei der Bestimmung der Regulierungskontosalden der Jahre 2020 bis 2023 Berücksichtigung finden kann. Die durch die vorliegende Umstrukturierung entstehenden dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile werden gesondert ermittelt, und von den ab 2018 der Beschwerdeführerin entstehenden dauerhaft nicht beeinflussbaren

Kostenanteilen in Abzug gebracht. Die Differenz kann mit t-2 Verzug erstmalig im Kalenderjahr 2020 in der kalenderjährlichen Erlösobergrenze berücksichtigt werden.

2. Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerdeführerin schließlich hilfsweise darauf, dass die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten aufgrund einer Besonderheit des Geschäftsjahres 2016 im Vergleich zu den Geschäftsjahren ab 2018 darin bestehe, dass die Personalzusatzkosten im Jahr 2016 zu niedrig gewesen seien, da diese als Personalzusatzkosten des Dienstleisters in das Ausgangsniveau eingeflossen seien.

Ihr Begehren, nach dem Basisjahr eingetretene Umstände im Rahmen der Kostenzuordnung zu berücksichtigen, greift die Vorschrift des § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV weder unmittelbar noch im Wege einer analogen Anwendung auf.

2.1. Die Ausnahmeregelung ist bereits nach ihrem Wortlaut nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV bleiben Kosten, soweit sie dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Geschäftsjahres beruhen, auf das sich die Kostenprüfung bezieht, bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt. Die Beschwerdeführerin begehrt jedoch nicht eine Nichtberücksichtigung - also ein außer Acht lassen - von Kosten, sondern eine Umverteilung - demnach ein Verschieben - von Kostenanteilen. Sämtliche Kosten des Basisjahres sollen indessen - auch nach dem Begehren der Beschwerdeführerin - bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unverändert und damit entgegen dem Wortlaut der Vorschrift weiterhin Berücksichtigung finden. Darüber hinaus erfasst der Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV auch nicht das Begehren der Beschwerdeführerin, auf einer Besonderheit beruhende, im Verhältnis zu den folgenden Geschäftsjahren zu niedrige Kosten(anteile) zu erhöhen. Die Vorschrift erfasst nur zu hohe Kosten, denn nur solche, nicht aber besonders niedrige Kosten, können „unberücksichtigt“ bleiben (vgl. Meinzenbach, in: Säcker-BerIK Energierecht Band 3, 4. Auflage 2018, § 6 ARegV Rn 26; Schütz/Schütte in: Holznaegel/Schütz, ARegR 2. Auflage 2019, § 6 ARegV Rn. 83).

Da sich die Vorschrift bereits nach ihrem Wortlaut nur auf Kosten bezieht, die Teil der Ermittlung des Ausgangsniveaus sind, kann die Feststellung einer „Besonderheit“ zudem nur im Vergleich zwischen den Kosten des der Kostenprüfung zugrunde liegenden Basisjahres eines Netzbetreibers mit den Kosten der vorangegangenen Geschäftsjahre und nicht der nachfolgenden Geschäftsjahre erfolgen. Nur diese Kosten

sind bereits entstanden und können verlässlich für einen Vergleich herangezogen werden (vgl. Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, ARegR 2. Auflage 2019, § 6 ARegV Rn. 80). Vorliegend begehrt die Beschwerdeführerin jedoch einen Vergleich zwischen dem Basisjahr 2016 und dem Geschäftsjahr 2018.

2.2. Für eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV auf den vorliegenden Sachverhalt fehlt es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage. Die dem Begehren der Beschwerdeführerin zugrunde liegende Interessenlage ist mit der von § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV adressierten nicht vergleichbar. Durch die Regelung soll der Anreiz für Netzbetreiber, Kosten in das Basisjahr zu verlagern, reduziert werden. Die Nichtberücksichtigung von Kosten im Ausgangsniveau wirkt sich – und das entspricht der Intention der Vorschrift – somit zu Lasten der Netzbetreiber aus. Damit ist das Interesse der Beschwerdeführerin, eine dem Basisjahr nachfolgende Änderung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, schon im Ansatz nicht vergleichbar.

Zudem ist eine für eine Analogie erforderliche Regelungslücke nicht festzustellen. Der Verordnungsgeber hat sich in § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV mit der Problematik auseinandergesetzt und ausdrücklich geregelt, welche nachträglichen Änderungen nach dem Basisjahr zu einer Anpassung der Erlösobergrenze führen. Angesichts dessen, dass in § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV ausdrücklich Änderungen in Bezug auf die Höhe der Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV aufgenommen sind, wendet die Beschwerdeführerin ohne Erfolg ein, dass nur über die Ausnahmeregelung des § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV die Kosten ihres Netzbetriebs möglichst repräsentativ abgebildet werden könnten.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten im Hinblick auf die Einwendungen zu den Personalzusatzkosten sowie die von ihr im Verhandlungstermin vor dem Senat zurückgenommenen Einwendungen gegen die Methodik des Effizienzvergleichs; die übrigen, im Hinblick auf die Einwendungen gegen die Nichtberücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskosten beim Kapitalkostenabzug entstandenen Kosten trägt die Bundesnetzagentur, da die hiergegen gerichtete Beschwerde erfolgreich war.

II. Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin an der Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabschlag beläuft sich nach den übereinstimmenden Angaben der Verfahrensbeteiligten auf ... Euro und für die Anerkennung der geltend gemachten Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile auf ... Euro. Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin nicht weiterverfolgten Einwendungen hält der Senat deren wirtschaftliches Interesse mit ... Euro für angemessen beziffert. Es ist im Streitfall angemessen, die zunächst erhobenen grundsätzlichen methodischen Einwendungen gegen den Effizienzvergleich mit einem pauschalen Wertansatz zu beziffern, da völlig unklar ist, in welchem Umfang diese zu einer das wirtschaftliche Interesse konkret bestimmenden Erhöhung des Effizienzwertes und damit letztlich der Erlösobergrenze geführt hätten.

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 Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die

technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Klein Reesink

Dr. Webler