



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 03.03.2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 27.06.2019, BK9-16/8200, wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten und die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit jeweiligen notwendigen außergerichtlichen Kosten tragen die Beschwerdeführerin zu 55 % und die Bundesnetzagentur zu 45 %.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin betreibt unter anderem ein Gasverteilernetz, an das rund 48.500 Ausspeisepunkte auf Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene angeschlossen sind. Sie ist lediglich Eigentümerin der Netzleitstelle sowie der Betriebs- und Geschäftsausstattung. Das Eigentum an den Verteilernetzen und -anlagen liegt größtenteils bei der L (im Folgenden: Subverpächterin). Diese hat ihre Verteilernetze und -anlagen an die S (im Folgenden: Verpächterin 1) verpachtet, die wiederum an die Beschwerdeführerin unterverpachtet. Weiterhin hat die Beschwerdeführerin mit Wirkung zum 01.01.2015 im Rahmen des Vollnetzübergangs den Gasnetzbetrieb der G übernommen und pachtet dieses Gasverteilernetz von der G (im Folgenden auch: Verpächterin 2).

Durch den angefochtenen Beschluss vom 27.06.2019 (Az.: BK9-16/8200) hat die Bundesnetzagentur die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode Gas (2018 bis 2022) festgelegt.

Dabei hat die Bundesnetzagentur zur kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung für die Beschwerdeführerin lediglich ... Euro als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen anerkannt. Dieses setzt sich zusammen aus den Bilanzwerten der Vorräte in Höhe von ... Euro sowie anerkannten Forderungen und sonstigen Vermögensgegenständen in Höhe von ... Euro. Das Erfordernis eines Kassenbestands hat die Bundesnetzagentur wegen vermeintlicher Abrechnungseffizienz vollständig verneint und den von der Beschwerdeführerin insoweit in Höhe von ... Euro geltend gemachten Kassenbestand auf null gekürzt, obgleich sich aus einer von der Beschwerdeführerin vorgelegten Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung für das Jahr 2015 ein kumulierter Liquiditätsbedarf in Höhe von ... Euro (... Euro für den Monat Januar und ... Euro für den Monat Februar) ergab. Dieses Liquiditätsdefizit resultiert daraus, dass in den Monaten Januar und Februar 2015 die Auszahlungen die Einzahlungen deutlich überstiegen. In den übrigen Monaten bestanden stets Einzahlungsüberschüsse. Im Januar 2015 betragen die Auszahlungen ... Euro, während die Einzahlungen bei ... Euro lagen (... Euro). Im Februar 2015 beliefen sich die Auszahlungen auf ... Euro und die Einzahlungen auf ... Euro (...Euro).

Die Beschwerdeführerin erklärt das Liquiditätsdefizit damit, dass es witterungsbedingt

im Jahr 2014 zu niedrigeren Gasabnahmemengen gekommen sei, was bei den Standardlastprofil-Kunden (im Folgenden: SLP-Kunden) angesichts des bei diesen praktizierten Abrechnungsverfahrens (Stichtagsablesung) zu erheblichen Guthaben geführt habe, die von ihr im Februar 2015 ausgekehrt bzw. verrechnet worden seien. Die Beschwerdeführerin erhebt bei den SLP-Kunden die Entgelte für die Netznutzung eines Gaswirtschaftsjahrs, das bei ihr dem Kalenderjahr entspricht, in 11 Abschlägen während der Monate Februar bis Dezember. Im Januar eines jeden Jahres erstellt sie so dann die Jahresendabrechnung für das Vorjahr (zum 31.12.).

Die Bundesnetzagentur erachtet diese Abrechnungsweise für ineffizient, was nach ihrer Ansicht durch die in den Monaten Januar und Februar 2015 aufgetretenen Liquiditätsdefizite belegt wird. Diese hätten bei Anwendung eines anderen Abrechnungsverfahrens, namentlich des rollierenden Abrechnungsverfahrens, das zu stetigen monatlichen Einzahlungen führe, vermieden werden können, wie eine „Kontrollüberlegung“ auf Basis einer – unterstellten – Gleichverteilung des von der Beschwerdeführerin im Jahr 2015 erzielten Jahresumsatzerlöses aus Netzentgelten zeige. Dies hätte zu monatlichen Einzahlungen in Höhe von ... Euro geführt (1/12 des Jahresumsatzerlöses von ... Euro). In diesem Fall hätten die liquiden Mittel ausgereicht um die Auszahlungen abzudecken. Dies zeige, dass die Vorhaltung eines Kassenbestands im Umlaufvermögen für den Betrieb der Beschwerdeführerin nicht notwendig sei. Hinzu komme, dass der Liquiditätsbedarf ohne weiteres durch die nach Ansicht der Bundesnetzagentur günstigere und effizientere Aufnahme von Fremdkapital hätte finanziert werden können. Die hierfür anfallenden Kreditkosten werden von ihr – unter Heranziehung der Bundesbankstatistik (Zeitreihe BBK01.SUD123) zu den von Geschäftskunden für Kontoüberziehungen im Rahmen genehmigter Kreditlinien im Jahr 2015 zu zahlenden Zinssätzen – mit (lediglich) ... Euro beziffert.

Weiterhin hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Berechnung der Kapitalkosten im Ausgangsniveau für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung der Beschwerdeführerin ein negatives Eigenkapital in Höhe von ... Euro bzw. eine Eigenkapitalquote von -... % ermittelt. Im Rahmen der Verzinsung des Eigenkapitals hat sie berücksichtigt, dass das bei der Beschwerdeführerin vorhandene Sachanlagevermögen zu ... % aus Neuanlagen und zu ... % aus Altanlagen besteht und hat in diesem Verhältnis bis zu einer Quote von 40 % die entsprechenden Zinssätze für Neuanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV in Höhe von 6,91 % bzw. für Altanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 GasNEV in Höhe vom 5,12 % angewendet. Den über -40 %-Punkte hinausgehenden

Anteil des Anlagevermögens hat sie ebenfalls mit dem Zinssatz für Neuanlagen in Höhe von 6,91 % verzinst und insgesamt eine negative Eigenkapitalverzinsung in Höhe von -... Euro ermittelt.

Des Weiteren hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals den von der Beschwerdeführerin im Jahresanfangsbestand in Höhe von ... Euro (0,- Euro im Jahresendbestand, ... Euro im Mittelwert) angesetzten aktiven Kapitalverrechnungsposten nicht anerkannt. Sie hat allerdings einen Kapitalverrechnungsposten in Höhe von ... Euro (Mittelwert), den die Beschwerdeführerin dem Eigenkapital zugeordnet hatte, auf der Passivseite beim Abzugskapital berücksichtigt mit der Begründung, dass es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung um einen Kredit einer anderen Geschäftssparte an die Sparte Gasnetz handele. Wären die passiven Kapitalverrechnungsposten haftende Mittel – so die Bundesnetzagentur weiter –, wäre die Summe der in den Spartenbilanzen ausgewiesenen haftenden Mittel höher als im Gesamtunternehmen, was offenkundig unzutreffend sei.

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

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 Satz 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.“

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

Schließlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Berechnung der Abschreibungen im Kapitalkostenabzug die Tagesneuwerte gemäß § 6a GasNEV berechnet. Die Europäische Kommission hat gegen die Bundesrepublik Deutschland am 19.07.2018 eine Klage beim EuGH wegen der fehlerhaften Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (nachfolgend: RL 2009/72/EG) und der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie (nachfolgend: RL 2009/73/EG) eingereicht (Az.: C-718/18), in der unter anderem die mangelnde Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden gerügt wird. Eine Entscheidung wird zeitnah erwartet.

Anlagen im Bau hat die Beschlusskammer bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs im Rahmen des § 6 Abs. 3 ARegV im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode mit null angesetzt und nicht als Bestandteil des Übergangssockels betrachtet. Zur Begründung hat sie darauf abgestellt, dass Anlagen im Bau nicht vom Anwendungsbereich des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV erfasst seien. Deren Kosten würden in den späteren Jahren der Regulierungsperiode ohnehin über den Kapitalkostenaufschlag der Erlösobergrenze hinzugefügt, so dass es zu einer Doppelanerkennung käme, wenn sie vom Kapitalkostenabzug ausgenommen würden.

Ebenfalls hat sie bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs i.S.d. § 6 Abs. 3 ARegV ausgehend von den Kosten des Basisjahres 2015 bei der Beschwerdeführerin Zuführungsaufwand in Höhe von insgesamt ... Euro zu Rückstellungen und bei der Subverpächterin Zuführungsaufwand zu Rückstellungen in Höhe von ... Euro in den Kapitalkostenabzug als „Aufwand für Fremdkapital“ einbezogen und keine Differenzierung zwischen verzinslichem Fremdkapital und Abzugskapital vorgenommen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, Fremdkapitalzinsen seien alle Zinsen und ähnliche Aufwen-

dungen aus Fremdkapital, wobei unter Fremdkapital die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen verstanden werde. Eine Differenzierung nach Zinsen für Fremdkapital, das in unmittelbarem Zusammenhang mit Investitionen stehe, und sonstigen Fremdkapitalzinsen sei im Verordnungswortlaut nicht angelegt. Soweit dadurch dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile einbezogen worden seien, obgleich weiterhin anererkennungsfähige Kosten in entsprechender Höhe vorhanden seien, sei dies durch eine Anpassung der Erlösbergrenzen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV auszugleichen.

Werden im anteiligen Kapitalkostenabzug der Beschwerdeführerin die Anlagen im Bau sowie der Zuführungsaufwand zu Rückstellungen eingefroren, entsteht bei der Netzbetreiberin als rechnerischer Zwischenschritt ein negativer Kapitalkostenabzug. Bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs im Rahmen des § 6 Abs. 3 ARegV nimmt die Beschlusskammer gerichtsbekannt einen Kapitalabzug dann nicht vor, wenn sich bei einem Unternehmen, z.B. wegen negativen Eigenkapitals, rechnerisch ein negativer Kapitalkostenabzug ergibt.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 27.06.2019.

Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens geltend, die Bundesnetzagentur habe rechtsfehlerhaft die Position „Kassenbestand, Bundesbankguthaben, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks“ auf null gekürzt, obgleich sie durch Vorlage einer den Vorgaben der Bundesnetzagentur genügenden Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung die Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands in Höhe von ... Euro nachgewiesen habe. Aus der Rechnung ergebe sich, dass die zu Jahresbeginn zu tätigen Auszahlungen nicht durch die erhaltenen Einzahlungen der Umsatzerlöse aus Netzentgelten hätten bedient werden können. Dies rechtfertige die Vorhaltung eines entsprechenden Kassenbestands und begründe dessen Betriebsnotwendigkeit; mehr bedürfe es hierfür nicht.

Soweit die Bundesnetzagentur wegen vermeintlicher Ineffizienz des von ihr bei den SLP-Kunden praktizierten Abrechnungsverfahrens auf Basis einer unterstellten Gleichverteilung der Einzahlungen der Umsatzerlöse aus Netzentgelten einen Liquiditätsbedarf verneint habe, sei dies schon deswegen rechtsfehlerhaft, weil dies nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche. Für eine Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung seien allein die tatsächlichen Zahlungsströme (Ein- und Auszahlungen) relevant,

die sich aus den unternehmensindividuellen Umständen zum Geschäfts- und Zahlungszyklus sowie den Zahlungsmodalitäten ergäben. Die Ungeeignetheit der Verfahrensweise der Bundesnetzagentur zeige sich auch daran, dass die vorgenommene Gleichverteilung nicht nur die Umsatzerlöse aus Netzentgelten der SLP-Kunden, sondern auch die Kunden mit registrierender Lastgangmessung (RLM) betreffe, deren Abrechnung monatlich auf Grundlage des tatsächlichen Verbrauchs erfolge.

Dass es für die Darlegung und den Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens allein auf die tatsächlichen Mittelzu- und -abflüsse ankomme, ergebe sich auch aus den Vorgaben der Bundesnetzagentur in der Festlegung vom 22.04.2016 (BK9-15/605-1) zur Durchführung der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die 3. Regulierungsperiode der Anreizregulierung gegenüber den Betreibern von Gasversorgungsnetzen. Auf Seite 9 der Anlage K 1 „Anforderungen an Struktur und Inhalt des nach § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV vorzulegenden Berichts samt Anhang“ sei ausgeführt, dass zum Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens eine Liquiditätsrechnung vorgelegt werden könne. Weiter heiße es dort, dass die Frage, ob Umlaufvermögen zur Bedienung von Verbindlichkeiten notwendig sei, im Ergebnis nur beurteilt werden könne, wenn die konkreten Mittelzu- und -abflüsse dargelegt würden, d.h. aufgezeigt werde, wann und aus welchen Mitteln diese Verbindlichkeiten getilgt werden sollen. Dazu solle das zur Verfügung gestellte Tabellenblatt „E\_CF\_Rechnung“ eine geeignete Darstellungsmöglichkeit bieten. An diese Vorgaben habe sie sich gehalten. Spätestens mit ihrer Stellungnahme vom 17.05.2017 habe sie eine sämtlichen Vorgaben der Bundesnetzagentur genügende Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung vorgelegt. Aus dieser gehe hervor, dass ihre tatsächlichen Ein- und Auszahlungen während des Jahres 2015 starken Schwankungen unterlägen hätten und insbesondere die von ihr zu Jahresbeginn zu tätigen Auszahlungen nicht mit den erhaltenen Einzahlungen hätten bedient werden können.

Entgegen der Behauptung der Bundesnetzagentur habe sie den Liquiditätsbedarf durch ihre Abrechnungsweise nicht künstlich erzeugt. Dieser resultiere vielmehr maßgeblich aus den negativen Einzahlungen im Monat Februar 2015, die ihre Ursache nicht in der bei den SLP-Kunden praktizierten Stichtagsabrechnung hätten, sondern in dem warmen Jahr 2014, den damit einhergehenden niedrigeren Gasabnahmen und den dadurch bestehenden Überzahlungen der SLP-Kunden aus den für das Jahr 2014 geleisteten Abschlagszahlungen, die im Februar 2015 ausgekehrt bzw. verrechnet

worden seien. In Abhängigkeit von den tatsächlichen Witterungsverhältnissen entstünden bei ihr entweder Überzahlungen der SLP-Kunden, d.h. Verbindlichkeiten, die von ihr auszukehren seien, oder Unterzahlungen, d.h. (Nach-)Forderungen gegenüber den SLP-Kunden. Dieser Zusammenhang werde auch durch die Entwicklung der Gradtagszahlen in ihrem Netzgebiet belegt, die im Jahr 2014 gegenüber dem Vorjahr deutlich zurückgegangen seien. Dies sei davor zuletzt im Jahr 2011 der Fall gewesen. Es komme mithin nicht in jedem Jahr zu einer Rückzahlung von Netzentgelten. Dementsprechend verfange auch der Vorwurf der Bundesnetzagentur nicht, die von ihr bei den SLP-Kunden praktizierte Stichtagsabrechnung sei per se ineffizient.

Auch der Umstand, dass der Liquiditätsbedarf lediglich in den Monaten Januar und Februar 2015 bestanden habe, lasse die Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands in Höhe des Liquiditätsdefizits nicht entfallen, auch wenn dies in der Konsequenz dazu führe, dass dieser ganzjährig als Eigenkapital zu verzinsen sei. Es komme allein darauf an, dass es in einem oder mehreren Monaten zu Auszahlungsspitzen komme, die nicht durch die laufenden Einnahmen gedeckt werden könnten.

Die erfolgten Rückzahlungen seien auch im Februar 2015 fällig gewesen. Die mit den SLP-Kunden geschlossenen Verträge entsprächen dem standardisierten Lieferantenrahmenvertrag der Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen (KOV), deren Vertragspartner sie, die Beschwerdeführerin, sei. Im Rahmen der KOV hätten sich die Vertragspartner in Umsetzung der Vorgaben des § 20 Abs. 1 EnWG dazu verpflichtet, gemeinsame Vertragsstandards zur Standardisierung der Geschäftsprozesse einzuführen. Der maßgebliche Lieferantenrahmenvertrag (im Folgenden: LRV) entspräche den Vorgaben der KOV V. In § 10 Abs. 4 LRV sei geregelt, dass Rechnungen zum angegebenen Zeitpunkt, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang, fällig würden. Diese Regelung habe sie für die Rückzahlungen entsprechend angewendet. Das heißt, sie habe die Beträge innerhalb von vierzehn Tagen nach Rechnungszugang ausgezahlt. Die Abrechnungen des Vorjahres würden von ihr – wie bereits dargelegt – im Laufe des Januars erstellt und ab der zweiten Januarhälfte bis in den Februar hinein sukzessive versendet. Aus Effizienzgesichtspunkten erfolge die Versendung dabei nicht einzeln, sondern in Blöcken von ca. 5.000 bis 10.000 Kunden. Die Abrechnungen, mit den dann feststehenden Forderungen oder Verbindlichkeiten, würden per INVOIC an die Lieferanten versandt. Die Fälligkeit der Rückzahlung trete dementsprechend sukzessive im Februar ein. Die Rückzahlungen hätten im Übrigen ausschließlich die SLP-Kunden betroffen,

da die RLM-Kunden monatlich auf Grundlage der tatsächlichen Verbräuche abgerechnet würden.

Entgegen der Behauptung der Bundesnetzagentur sei die von ihr bei den SLP-Kunden praktizierte Stichtagsablesung auch nicht ineffizient; das Gegenteil sei der Fall. Indem sie bei den SLP-Kunden die Entgelte für die Netznutzung eines Gaswirtschaftsjahrs in 11 Abschlägen während der Monate Februar bis Dezember erhebe, sei es ihr möglich, bereits im Januar eines jeden Jahres die Jahresendabrechnung des Vorjahrs zu stellen und ab Mitte Februar die neuen Abschläge für das laufende Kalenderjahr kurzfristig an die tatsächlichen Verhältnisse (als Prognosewerte) und die aktuell gültigen Netzentgelte anzupassen. Durch dieses Vorgehen werde in milden Wintern ausgeschlossen, dass sie von den SLP-Kunden im Januar eine Abschlagszahlung erhalte, die zu Überzahlungen führe, die sie erst mit der nächsten Jahresendabrechnung zurückzahlen könne. Des Weiteren könne sie durch dieses Vorgehen die vielen, zum 1. Januar eines Jahres angemeldeten und vorgenommenen Lieferantenwechsel berücksichtigen und die SLP-Kunden den neuen Transportkunden (Gaslieferanten) zuordnen. Hierdurch würden Abweichungen von Abschlagsbeträgen gegenüber Transportkunden und damit verbundene Zahlungsablehnungen (APERAK-/ oder negative REMADV-Meldungen) von Transportkunden vermieden. Zahlungsablehnungen würden neben dem damit einhergehenden Verwaltungsaufwand zu verspäteten Abschlagszahlungen (Einnahmen) führen, was ineffizient wäre. Darin liege zugleich der Nachteil der von der Bundesnetzagentur für vorzugswürdig erachteten rollierenden Abrechnungsmethode, die zudem zu einem erheblichen administrativen kaufmännischen und technischen Mehraufwand führe. So müssten vermehrt Abgrenzungsbuchungen zu den einzelnen Abrechnungsgruppen und Abstimmungen (Abgrenzung vs. IST-Abrechnung) durchgeführt werden. Sie, die Beschwerdeführerin, sei im Übrigen nicht die einzige Netzbetreiberin, die bei den SLP-Kunden eine Stichtagsabrechnung vornehme.

Entgegen der Darstellung der Bundesnetzagentur handele es sich bei dem rollierenden Abrechnungsverfahren (auch) nicht um das Standardabrechnungsverfahren. In der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) sei kein vorzugswürdiges Verfahren für die Abrechnung durch die Netzbetreiber vorgeschrieben. Diese lasse den Netzbetreibern vielmehr die Wahl, die Netzentgeltabrechnung einmal jährlich für alle Kunden zu einem bestimmten Stichtag durchzuführen oder rollierend über das ganze Jahr verteilt. Auch die KOV enthalte keine Vorgabe für eine rollierende und gegen eine stichtagsbezo-

gene Abrechnung. Beide Abrechnungsmethoden stünden den Netzbetreibern vielmehr gleichberechtigt zur Verfügung; es handele sich um verschiedene, jeweils zulässige Verfahren.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur sei der nachgewiesene Liquiditätsbedarf auch nicht durch die kurzfristige Aufnahme von Fremdkapital zu decken gewesen. Die Bundesnetzagentur missachte mit diesem Ansatz die sich aus § 7 Abs. 1 GasNEV ergebenden Maßgaben. Die GasNEV mache bewusst keine Vorgaben, wie der Netzbetreiber seine Vermögenswerte im Einzelnen zu finanzieren habe. Das heißt, eine Vorgabe, Kassenbestand stets mit Fremdkapital zu finanzieren, gebe es nicht. Ihm stehe es vielmehr frei, diesen mit Eigen- oder Fremdkapital zu finanzieren. Soweit die Bundesnetzagentur eine entsprechende Verpflichtung der Netzbetreiber aus dem in § 21 Abs. 2 EnWG normierten Effizienzgedanken ableite, gehe dieser Ansatz schon deswegen fehl, weil die darin enthaltenen Vorgaben durch die GasNEV konkretisiert würden. Die individuelle Effizienz eines Netzbetreibers werde im Rahmen des Effizienzvergleichs nach §§ 12 ff. ARegV gemessen. Wenn eine Finanzierung über Fremdkapital günstiger wäre, bekomme der Netzbetreiber aufgrund der gewählten Eigenkapitalfinanzierung einen schlechteren individuellen Effizienzwert zugewiesen.

Die Bundesnetzagentur verkenne überdies, dass die in § 7 GasNEV normierte kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nicht ausschließlich dem Schutz der Netznutzer diene, sondern auch einen liquiden und damit funktionstüchtigen Netzbetrieb sicherstellen solle, was mithilfe des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens gewährleistet werde. Bei ihrem Verweis auf die Bundesbankstatistik zu den Zinssätzen zum Beleg für die vermeintliche Effizienz der Fremdkapitalaufnahme übersehe die Bundesnetzagentur zudem, dass diese Daten zu Beginn des Jahres 2015 noch nicht vorgelegen hätten und daher bei ihrer damaligen unternehmerischen Entscheidung auch nicht hätten berücksichtigt werden können.

Eine Verpflichtung zu einer vermeintlich kostengünstigeren Fremdkapitalaufnahme anstelle der Vorhaltung von Umlaufvermögen lasse sich auch der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 22.04.2016 (BK9-15/605-1) nicht entnehmen. Den darin gemachten Vorgaben sei sie – wie bereits dargelegt – ausnahmslos nachgekommen. Insbesondere habe sie die Liquiditätsrechnung gemäß dem von der Bundesnetzagentur zur Verfügung gestellten Tabellenblatt „E\_CF\_Rechnung“ erstellt, das auch nach dem

Verständnis der Bundesnetzagentur eine geeignete und hinreichende Form der Darstellung zum Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens sei. Dass ein sich danach ergebender Liquiditätsbedarf gegebenenfalls durch die Aufnahme von Fremdkapital zu decken sei, könne dem nicht entnommen werden. Die Fremdkapitalaufnahme stelle lediglich eine von mehreren Möglichkeiten zur Deckung eines Liquiditätsbedarfs dar; zwingend sei diese Option nicht. Ihr, der Beschwerdeführerin, stehe es als Netzbetreiber vielmehr frei, sich bei der Deckung von auftretenden Liquiditätsengpässen zwischen dem Einsatz von Umlaufvermögen in Form von Kassenbestand und dem Einsatz von Fremdkapital zu entscheiden. Die Bundesnetzagentur habe die Anforderung, dass ein unterjähriger Liquiditätsengpass durch die Aufnahme von Fremdkapital zu decken sei, erstmals im Rahmen der Anhörung aufgestellt, als sich abgezeichnet habe, dass sie über die Vorlage einer Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung die Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens würde belegen können.

Dass für unterjährige Liquiditätsengpässe unter Umständen ganzjährig finanzielle Mittel vorzuhalten und dementsprechend auch ganzjährig als Eigenkapital zu verzinsen seien, sei Folge der Regelungen in der GasNEV. Diese gebe die ganzjährige Betrachtung vor, indem bei sämtlichen Bilanzpositionen auf den Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand abgestellt werde. Wenn Aktiva wie das Umlaufvermögen im Übrigen nicht ganzjährig zur Verfügung stehen müssten, müsse dasselbe für die sie finanzierenden Passiva gelten, die indes von der Bundesnetzagentur wie selbstverständlich mit ihrem Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand berücksichtigt würden.

Darüber hinaus sei die Finanzierung eines auf der Passivseite der Bilanz bestehenden Liquiditätsbedarfs keine Frage der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens bzw. des Kassenbestands auf deren Aktivseite. Wenn – so wie hier – ein Liquiditätsbedarf mittels einer Liquiditätsrechnung nachgewiesen sei, bestehe das Erfordernis eines Kassenbestands, der damit auch betriebsnotwendig sei. Auch wenn der Netzbetreiber Fremdkapital aufnehme, führe dies auf der Aktivseite der Bilanz zu Kassenbestand, den dieser für die Rückzahlungen verwende. Nach den Vorgaben des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV sei das Umlaufvermögen nicht mit seinen Bilanzwerten, sondern in der durch die Liquiditätsrechnung nachgewiesenen Höhe als betriebsnotwendig einzustufen.

Eine Korrektur des Liquiditätsbedarfs am Maßstab der Betriebsnotwendigkeit könne im Ergebnis jedenfalls nicht dazu führen, dass überhaupt kein Kassenbestand anzuerkennen sei. Wenn man die ganzjährige Vorhaltung eines Kassenbestands in Höhe von ... Euro wegen eines allein in den Monaten Januar und Februar 2015 bestehenden Liquiditätsdefizits nicht für erforderlich erachte und dabei zugleich die in § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV enthaltene Vorgabe beachte, dass im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung bei allen Bilanzpositionen, d.h. bei Aktiva und Passiva, stets eine ganzjährige Betrachtung aus Jahresanfangs- und Jahresendbeständen zu erfolgen habe, dann müsste zumindest ein Kassenbestand in Höhe von ... Euro als Mittelwert (Jahresanfangsbestand ... Euro, Jahresendbestand 0,- Euro) anerkannt werden. Dafür spreche auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 29.01.2019, EnVR 63/17) zur Behandlung von Rückstellungen aus Gewinnabführung, die vollumfänglich im Jahresanfangsbestand berücksichtigt würden, auch wenn sie nicht das gesamte Jahr bestünden, da es in der Regel bereits in der ersten Jahreshälfte zur Gewinnabführung komme. Für den Kassenbestand könne nichts anderes gelten; andernfalls würden Aktiva und Passiva unterschiedlich behandelt.

Fehlerhaft wende die Bundesnetzagentur bei der Verzinsung des negativen Eigenkapitals auf das über -40 % hinausschießende negative Eigenkapital nicht den Zinssatz nach § 7 Abs. 7 GasNEV für das überschießende Eigenkapital an. Die Bundesnetzagentur habe nicht berücksichtigt, dass der tatsächlichen Eigenkapitalquote nach § 7 GasNEV in Höhe von -... % eine hohe handelsbilanzielle Fremdkapitalquote gegenüber stehe. Im Basisjahr 2015 seien auf der Aktivseite Bilanzwerte in Höhe von ... Euro im Mittelwert und auf der Passivseite Bilanzwerte des Fremdkapitals in Höhe von insgesamt ... Euro im Mittelwert ausgewiesen worden. Die Bilanzwerte der Aktivseite seien zu ... % mit Fremdkapital finanziert worden. Somit stelle das über -40 % hinauschießende negative Eigenkapital der Beschwerdeführerin eine mit § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV vergleichbare Konstellation dar. Diesem Umstand hätte die Bundesnetzagentur dadurch Rechnung tragen müssen, indem sie die die Eigenkapitalquote von -40 % überschießenden ... %-Punkte nach § 7 Abs. 7 GasNEV verzinst. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur widerspreche bereits dem Wortlaut des § 7 GasNEV, der nicht nach betriebsnotwendigem Eigenkapital mit positivem und negativem Vorzeichen unterscheide. Werde das negative Eigenkapital der Beschwerdeführerin hingegen nicht zu einem Anteil von ... % mit dem Fremdkapitalzinssatz, sondern

mit dem Neuanlagenzinssatz verzinst, werde ihrer, der Beschwerdeführerin, Kapitalstruktur nicht Rechnung getragen, sondern eine fiktive Kapitalstruktur der Verzinsung des negativen Eigenkapitals zugrunde gelegt, was der Bundesgerichtshof ausdrücklich ablehne. Der Einwand der Bundesnetzagentur, die Vermögenswerte der Beschwerdeführerin seien im Wesentlichen durch Rückstellungen, insbesondere Pensionsrückstellungen finanziert worden, weshalb das überschießende negative Eigenkapital nicht wie Fremdkapital zu verzinsen sei, stehe in Widerspruch zu ihrer Regulierungspraxis. Beim Kapitalkostenabzug lehne es die Bundesnetzagentur gerade ab, den Zinszuführensaufwand für Pensionsrückstellungen beim Fremdkapitalzinsaufwand unberücksichtigt zu lassen, sondern schmelze diesen genauso ab wie Zinszahlungen an Kreditinstitute. Auch handelsbilanziell gehörten Rückstellungen für Pensionsverpflichtungen zum Fremdkapital. Im vorliegenden Fall werde die Verzinsung des negativen Kapitals des Netzbetreibers zudem anderen sachlichen Maßstäben unterworfen als die Verzinsung des positiven Eigenkapitals der Verpächter. Auch wenn die Kapitalstrukturen von Verpächter und Netzbetreiber strikt entkonsolidiert zu betrachten seien, gebe es für eine Anwendung unterschiedlicher sachlicher Maßstäbe für die Bewertung der Kapitalstrukturen bei Netzbetreiber und Verpächter im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung keine sachlichen oder rechtlichen Gründe. Indem die Bundesnetzagentur das -40 %-Punkte überschießende negative Kapital der Beschwerdeführerin mit dem Zinssatz für Neuanlagen verzinse, lasse sie zudem Sinn und Zweck des § 7 GasNEV vollkommen unberücksichtigt. Netzbetreiber sollten durch die Begrenzung der Eigenkapitalquote auf 40 % angehalten werden, ihren Kapitalbedarf zu mindestens 60 % mit Fremdkapital zu decken. Dieser normativen Wertentscheidung sei sie, die Beschwerdeführerin, gefolgt.

Die Bundesnetzagentur habe ferner zu Unrecht den von ihr angesetzten aktiven Kapitalverrechnungsposten in Höhe von ... Euro nicht gemäß § 7 Abs. 1 GasNEV beim betriebsnotwendigen Eigenkapital berücksichtigt, während sie im Gegenzug im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16) einen passiven Kapitalverrechnungsposten gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV beim Abzugskapital in Ansatz gebracht habe. Dies sei inkonsequent; aktive und passive Kapitalverrechnungsposten seien gleich zu behandeln. Zumindest in Höhe von ... Euro (= ... % von ... Euro) hätte der angesetzte aktive Kapitalverrechnungsposten Berücksichtigung finden müssen, weil er in dieser Höhe Teile des Sachanlagevermögens, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie Vorräte repräsentiere bzw. mit

diesen gleichzusetzen sei.

Wegen der sie als vertikal integriertem Energieversorgungsunternehmen gemäß § 6b Abs. 3 EnWG treffenden Verpflichtung zur Erstellung separater Tätigkeitsabschlüsse und zur Führung getrennter Konten habe sie unter anderem für den hier in Rede stehenden Tätigkeitsbereich der „Gasverteilung“ einen Tätigkeitsabschluss erstellt. Da eine ausschließliche direkte Zuordnung zu den jeweiligen Tätigkeitsbereichen nicht möglich gewesen sei, habe sie diese Positionen entsprechend der sich aus § 6b Abs. 3 Satz 5 EnWG unter Anwendung sachgerechter testierter Schlüssel zugeordnet. Infolge der mit einer Schlüsselung zwangsläufig einhergehenden Ungenauigkeiten sei eine Bilanzlücke entstanden, die mithilfe des angesetzten aktiven Kapitalverrechnungspostens ausgeglichen worden sei. Bei den zu schlüsselnden Bilanzwerten der Aktivseite habe es sich zu einem weit überwiegenden bzw. nicht unerheblichen Anteil um Sachanlagen (die bei ihr aus typischerweise zu schlüsselnden Positionen wie Grundstücken, Gebäuden und Geschäftsausstattung bestünden), Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie Vorräte gehandelt. Es sei daher naheliegend und plausibel davon auszugehen, dass auch der aktive Kapitalverrechnungsposten zu diesem Anteil mit den geschlüsselten Bilanzpositionen gleichzusetzen sei. Im Jahr 2015 (Jahresanfangsbestand) seien bezogen auf den Tätigkeitsbereich der „Gasverteilung“ Bilanzwerte in Höhe von insgesamt ... Euro durch Schlüsselung ermittelt worden. Hiervon seien ... Euro (= ... %) auf die geschlüsselten Bilanzwerte des Sachanlagevermögens, der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie der Vorräte entfallen. Daher sei es naheliegend, einen Anteil von ... % (= ... Euro) des in Höhe von ... Euro auf der Aktivseite verbuchten Kapitalverrechnungspostens als Teil des betriebsnotwendigen Sachanlagevermögens, der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie der Vorräte zu behandeln. Im Jahr 2014 (Jahresendbestand) hätten diese Bilanzwerte beim Gesamtunternehmen einen Anteil von ... % (= ... Euro von insgesamt ... Euro) und in der Sparte der Gasverteilung einen Anteil von ... % (= ... Euro von ... Euro) ausgemacht. Wenn – so wie hier – zu einem weit überwiegenden Teil das Sachanlagevermögen und die Vorräte geschlüsselt worden seien, sei offensichtlich, dass die Ungenauigkeiten bei der Zuordnung dieser Vermögensbestandteile aufgetreten seien und der anzusetzende aktive Kapitalverrechnungsposten diese Ungenauigkeiten abbilde und letztlich ausgleiche.

Der aktive Kapitalverrechnungsposten sei von der Bundesnetzagentur überdies nicht als aktive Gegenposition (Forderung) für Verbindlichkeiten auf der Passivseite gebucht worden. Gerade Forderungen und Rechnungsabgrenzungsposten seien nämlich zum

weit überwiegenden Teil den Tätigkeiten direkt zugeordnet und nur zu einem sehr geringen Teil geschlüsselt worden. Auch im Hinblick darauf sei davon auszugehen, dass der aktive Kapitalverrechnungsposten zu einem nicht unerheblichen Anteil durch die Schlüsselung von Sachanlagevermögen und Vorräten hervorgerufen worden sei.

Ebenso wenig wie passive Kapitalverrechnungsposten bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals nicht mit der Begründung außenvorgelassen werden dürften, dass es sich um einen reinen Bilanzansatz handle, dem keine konkreten Vermögenswerte zugeordnet seien, dürfe auch ein aktiver Kapitalverrechnungsposten nicht als reiner Bilanzansatz bei der Bewertung außer Betracht bleiben. Die Bundesnetzagentur habe vielmehr zu berücksichtigen, dass sie als Netzbetreiberin nach dem Tätigkeitsabschluss über Passiva verfüge, denen nicht hinreichend Vermögenswerte auf der Aktivseite gegenüberstünden.

Für die richtige kalkulatorische Bewertung eines Kapitalverrechnungspostens – unabhängig davon, auf welcher Seite der Bilanz er stehe – sei anknüpfend an die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 11.01.2021 (53 Kart 1/18) zu passiven Kapitalverrechnungsposten ausschlaggebend, welche Bilanzpositionen auf der maßgeblichen Bilanzseite in nicht unerheblichem Umfang geschlüsselt worden seien und damit das Bedürfnis nach einem aktiven oder passiven Kapitalverrechnungsposten überhaupt hervorgerufen hätten. Wenn – so wie vorliegend – zu einem weit überwiegenden Teil das Sachanlagevermögen und die Vorräte geschlüsselt worden seien, sei offensichtlich, dass die Ungenauigkeiten bei der Zuordnung dieser Vermögensbestandteile aufgetreten seien und der anzusetzende aktive Kapitalverrechnungsposten diese Ungenauigkeiten abbilde und letztlich ausgleiche. Diese Bilanzposition sei zwar ein „aliud“ zum betriebsnotwendigen Sachanlagevermögen und den Vorräten, die jedoch aufgrund ihres Ursprungs sowie nach Sinn und Zweck als Teil des betriebsnotwendigen Vermögens nach § 7 Abs. 1 GasNEV anzuerkennen sei.

Entgegen der Darstellung der Bundesnetzagentur resultiere der Kapitalverrechnungsposten nicht aus der Kostenwälzung für Biogas. Sie führe getrennte Konten für die Tätigkeiten „Gasverteilung“, „Kostenwälzung für Biogas“ und seit 2016 „Marktraumumstellung“. Sie habe bereits im Anhörungsverfahren in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2017 anhand einer Kontenübersicht dargelegt, dass der aktive Kapitalverrechnungsposten auf dem Konto „Gasnetzverteilung“ und der passive Kapitalverrechnungsposten auf dem Konto „Biogaskostenwälzung“ entstanden seien. Ferner habe

sie in dem Bericht nach § 28 GasNEV vom 06.07.2016 sowie in dem eingereichten Erhebungsbogen die im Zusammenhang mit der Biogaskostenwälzung stehenden Bilanzwerte offen ausgewiesen. Aus der getrennten Kontenführung und den im Anhörungsverfahren vorgelegten Unterlagen sei ersichtlich, dass das Konto „Gasnetzverteilung“ im Jahresanfangsbestand einen aktiven Kapitalverrechnungsposten in Höhe von ... Euro ausgewiesen habe, jedoch keinen passiven Kapitalverrechnungsposten. Es sei weiter ersichtlich, dass im Konto „Biogaskostenwälzung“ im Jahresanfangsbestand ein passiver Kapitalverrechnungsposten in Höhe von 6.559.897 Euro verbucht sei.

Der Tätigkeitsabschluss für die Sparte „Gasverteilung“ ergebe sich nach den energiewirtschaftsrechtlichen Vorgaben aus den Konten „Gasnetzverteilung“, „Kostenwälzung für Biogas“ und „Marktraumumstellung“; er werde durch eine Zusammenführung dieser Konten gebildet. Bei der Kontenzusammenführung für den Tätigkeitsabschluss hätten sich die auf den jeweiligen Konten gebuchten Bilanzpositionen teilweise kompensiert. Insoweit sei der aktive Kapitalverrechnungsposten aus dem Konto „Gasnetzverteilung“ von dem passiven Kapitalverrechnungsposten aus dem Konto „Biogaskostenwälzung“ abgezogen worden (... Euro - ... Euro = ... Euro). Der aktive Kapitalverrechnungsposten sei mithin in dem im Tätigkeitsabschluss ausgewiesenen passiven Kapitalverrechnungsposten (= „Verbindlichkeiten gegenüber anderen Unternehmensbereichen“) enthalten.

Die Verrechnung sei erfolgt, um keine Bilanzverlängerung vornehmen zu müssen. Dies sei plausibel und für die Bundesnetzagentur anhand der ihr vorliegenden Informationen aus der Kontenführung auch nachvollziehbar. Zumal sie diese Informationen auch genutzt habe, um den ursprünglich im Tätigkeitsabschluss ausgewiesenen, dem Konto „Biogaskostenwälzung“ entstammenden passiven Kapitalverrechnungsposten nicht beim betriebsnotwendigen Eigenkapital in Ansatz zu bringen. Wenn die Bundesnetzagentur die Richtigkeit der passiven Bilanzpositionen mit Hilfe der Konten prüfe, müsse sie dies auch bei den aktiven Bilanzpositionen und könne dem aktiven Kapitalverrechnungsposten nicht unter bloßem Hinweis auf die fehlende Ausweisung im Tätigkeitsabschluss die Anerkennung versagen.

Auch die Betriebsnotwendigkeit sei zu bejahen. Die Bilanzwerte der Sachanlagen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie der Vorräte seien von der Bundesnetzagentur,

auch soweit sie durch Schlüsselung ermittelt bzw. zugeordnet worden seien, ohne weiteres als betriebsnotwendig anerkannt worden. Dies müsse daher auch für den ... %-Anteil des angesetzten aktiven Kapitalverrechnungspostens gelten, da dieser solche Bilanzwerte repräsentiere und „auffülle“. Vor diesem Hintergrund obliege es auch nicht ihr, der Beschwerdeführerin, einen (weiteren) Nachweis für die Betriebsnotwendigkeit zu erbringen. Es sei vielmehr an der Bundesnetzagentur, konkrete Anhaltspunkte für eine vermeintlich fehlende Betriebsnotwendigkeit des in dieser Höhe solche Bilanzwerte verkörpernden aktiven Kapitalverrechnungspostens aufzuzeigen. Den ihr als Beschwerdeführerin obliegenden Mitwirkungspflichten habe sie genügt. Mehr könne von ihr nicht verlangt werden, auch weil sie keine Übersicht über die Bilanzwerte, die Schlüsselungen bzw. allgemein über das Wirtschaften anderer Netzbetreiber habe.

Darüber hinaus habe die Bundesnetzagentur auch den Kapitalkostenabzug rechtswidrig bestimmt. Die seitens der Bundesnetzagentur bei der Subverpächterin und der Verpächterin 2 vorgenommene Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge aus dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2015 auf die Restwerte des Basisjahres sei rechtswidrig, da diese von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV nicht erfasst würden. Vielmehr hätte die Auflösung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabzug schon in der 3. Regulierungsperiode berücksichtigt werden müssen.

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

Auch der Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV spreche gegen die Handhabung der Bundesnetzagentur. Die Übergangsregelung sei Ausfluss des verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatzes des Vertrauensschutzes. Die

Vorschrift sei ausdrücklich zugunsten der Netzbetreiber eingefügt worden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge benachteilige jedoch die Netzbetreiber, ohne dass dafür ein zweckdienlicher Grund gegeben sei. Die Netzbetreiber hätten auf das vom Ordnungsgeber etablierte Regulierungssystem und damit auf die Gewährung des positiven Sockeleffekts über die 3. Regulierungsperiode hinaus vertraut. Vor diesem Hintergrund müsse die Vorschrift jedenfalls im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung teleologisch reduziert werden, da es sich anderenfalls nicht um eine verfassungsrechtlich notwendige, angemessene Kompensation für die durch den Systemwechsel bedingten Nachteile handele.

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

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

Die Regelung des § 6a GasNEV zu den Tagesneuwerten sei mit höherrangigem europäischem Recht unvereinbar. Der Bundesgerichtshof unterstelle in seinem Beschluss vom 25.04.2017 (EnVR 17/16) zu den Indexreihen, dass die Erwägungen des Ordnungsgebers zur Ordnungsänderung zutreffend seien und im Einklang mit den Vorgaben des EnWG stünden. Im Übrigen räume der Bundesgerichtshof dem Ordnungsgeber einen weiten Gestaltungsspielraum ein, was zu einer reinen Plausibilitätskontrolle der Indexreihen führe. Die Gerichte könnten zwar die Wirksamkeit der Rechtsverordnung überprüfen, seien aber an die Entscheidung des Ordnungsgebers gebunden, wenn sie sich innerhalb der eingeräumten Gestaltungskompetenz halte. Dies führe zu einer Verkürzung des effektiven Rechtsschutzes. Die normativen Vorgaben hätten darüber hinaus auch Einfluss auf die Stellung und Kompetenzen der Regulierungsbehörde. Je intensiver die Regulierung durch Rechtsverordnung erfolge, desto weniger Spielraum verbleibe für die administrative Tätigkeit. Bis zur Einführung des § 6a GasNEV habe die Regulierungsbehörde die Indexreihen in einer Festlegung

festgelegt. Nun gebe der Verordnungsgeber die Indexreihen vor durch Rückgriff auf einige wenige übergeordnete Indexreihen. Die Regulierungsbehörde vollziehe diese Entscheidung nur noch. Damit verstoße § 6a GasNEV gegen höherrangiges europäisches Recht, insbesondere gegen Art. 41 Abs. 6 i.V.m. Art. 39 Abs. 4 und 5 RL 2009/73/EG. Nach Art. 37 Abs. 6 RL 2009/72/EG und Art. 41 Abs. 6 RL 2009/73/EG obliege es der Regulierungsbehörde, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung und Verteilung oder ihrer Methoden vorzugeben. Diese Regelung müsse zudem im Lichte des Unabhängigkeitserfordernisses in Art. 39 Abs. 4 und 5 RL 2009/73/EG gesehen werden. Danach sollten die Regulierungsbehörden funktionell unabhängig agieren und selbstständige Entscheidungen treffen können. Auch der EuGH habe zu der nahezu gleichlautenden Vorschrift des Art. 37 Abs. 3 RL 2009/72/EG – Art. 23 Abs. 2 lit. a) RL 2003/54/EG – entschieden, dass die Norm eine klare Aufgabenzuweisung an die Regulierungsbehörde enthalte und eine abweichende Auslegung vom Wortlaut der Norm nicht in Betracht komme. Noch deutlicher habe sich der EuGH zu Art. 23 Abs. 2 lit. a) RL 2003/54/EG in einem weiteren Verfahren aus dem Jahr 2009 geäußert. Nicht überzeuge, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung die Auffassung des EuGH nicht für einschlägig halte (EnVR 58/18).

Eine entsprechende Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung der hier streitigen Methoden folge auch nicht aus anderen Vorschriften der Energiebinnenmarkt-Richtlinie. Soweit das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss zu Art. 23 Abs. 2 lit. a) Richtlinie 2003/54/EG ausgeführt habe, die Richtlinie überlasse es trotz des Wortlauts den Mitgliedstaaten, ob sie die einzelnen Inhalte administrativ oder normativ regeln wollen, beziehe sich dies auf § 21 EnWG, der hinsichtlich seines Detaillierungsgrades nicht ansatzweise mit § 6a GasNEV vergleichbar sei (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 21.12.2009, 1 BvR 2738/08). Zwar treffe es zu, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 288 AEUV im Hinblick auf die Wahl, die Form und die Mittel zur Umsetzung der Richtlinie grundsätzlich frei seien (Verfahrensautonomie). Dies bedeute indes nicht, dass die Zielsetzungen der Richtlinie konterkariert werden dürften. Auch sei die Auffassung, das verfassungsrechtlich gewährleistete Demokratieprinzip stehe einer administrativen Regulierung durch völlig unabhängige Regulierungsbehörden entgegen, durch die Rechtsprechung des EuGH überholt.

Die Genese zu Art. 23 Abs. 2 lit. a) RL 2003/54/EG spreche ebenso für ihre Rechtsauffassung. Beim zweiten „Energiebinnenmarktpaket“ habe das Europäische Parlament eine entsprechende Festlegungskompetenz für die Mitgliedstaaten kodifizieren wollen. Dieser Vorschlag habe jedoch im Gesetzgebungsverfahren keine Berücksichtigung gefunden. Nichts anderes folge aus Sinn und Zweck der Regelung. Nach Ziff. 29 RL 2009/73/EG solle den Regulierungsbehörden eine Schlüsselrolle bei der Regulierung zukommen, verbunden mit weitreichenden Befugnissen. Den Grundsatz der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden, der auch das Verhältnis zwischen der Regulierungsbehörde und der Legislative des Mitgliedstaates betreffe, habe der Richtliniengeber mittlerweile sogar ausdrücklich in Erwägungsgrund 13 RL 2009/140/EG kodifiziert. Er gelte sektorübergreifend sowohl für das Telekommunikationsrecht als auch für das Energiewirtschaftsrecht.

Es liege auch ein Verstoß gegen Art. 41 Abs. 17 und 16 RL 2009/73/EG vor. Diese Normen garantierten eine volle tatsächliche und rechtliche Kontrolle der von den Regulierungsbehörden getroffenen Entscheidungen. Dieses auch in Art. 47 GRC vorgesehene Recht auf einen effektiven Rechtsschutz dürfe nicht beeinträchtigt werden. Ein solcher Rechtsschutz sei indes nicht gegeben, wenn die Regelungen einer Rechtsverordnung nur einer Evidenzkontrolle unterworfen würden. Demgegenüber sei die übliche Handlungsform der Regulierungsbehörde, die Festlegung oder Genehmigung, vollumfänglich gerichtlich überprüfbar.

Aufgrund des absoluten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts dürfe die Regulierungsbehörde die europarechtswidrige Regelung in § 6a GasNEV ihrer streitgegenständlichen Festlegung nicht zugrunde legen. Dementsprechend sei das Verfahren gemäß § 94 VwGO auszusetzen. Denn es bestehe für alle Organe und Mitgliedstaaten die Pflicht, den Anwendungsvorrang hinreichend klarer und unbedingter Richtlinienbestimmungen zu beachten. Die Richtlinie 2009/73/EG sei auch inhaltlich unbedingte. Sie enthalte in Art. 39 Abs. 4 und 5 die unmissverständliche und unbedingte Vorgabe der funktionalen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden, in Art. 41 Abs. 6 zumindest die Festlegung der Methoden durch die Regulierungsbehörde.

Aus der unmittelbaren Anwendung der Richtlinienbestimmung folge auch ein subjektives Recht für den Einzelnen, deren Nichtumsetzung zu rügen. Nur so könne dem effektuthe-Grundsatz Anwendung verschafft werden. Diese Rechte des Einzelnen müssten geschützt werden, indem notfalls jede Bestimmung durch den Senat unangewendet

bleibe, deren Anwendung im konkreten Einzelfall zu einem gegen diese Richtlinie verstoßenden Ergebnis führe. Es sei auch nicht ersichtlich, inwieweit es durch eine Nichtanwendung des Unionsrechts zu einer unmittelbaren Belastung eines Dritten komme. Im Ergebnis sei es daher erforderlich, das Beschwerdeverfahren auszusetzen und den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen. An Stelle der Indexreihen gemäß § 6a GasNEV wären Indexreihen angemessen, die sich im Ausgangspunkt aus der Festlegung der Bundesnetzagentur für die erste Regulierungsperiode ergäben. Diese wären entsprechend der dazu ergangenen Rechtsprechung des Senats (VI-3 Kart 249/07) zu korrigieren und auf die 3. Regulierungsperiode fortzuschreiben.

Schließlich sei das überschießende Eigenkapital der Subverpächterin als auch der Verpächterin 2 rechtswidrig zu niedrig verzinst worden. Aus den zuvor genannten Gründen sei auch § 7 Abs. 7 GasNEV mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Art. 41 Abs. 6 RL 2009/73/EG unvereinbar. Die Bundesregierung habe nach den Richtlinien des dritten „Binnenmarktpakets“ nicht die Kompetenz für die Festlegung des Zinssatzes auf das überschießende Eigenkapital. Vielmehr sei der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital von der Regulierungsbehörde festzulegen. Gemäß § 7 Abs. 7 GasNEV sei der Zinssatz nun aus drei Umlaufrenditen der Deutschen Bank zu – je einem Drittel – zu gewichten. Die Regulierungsbehörde habe damit bei der Ermittlung des vorbezeichneten Zinssatzes keinen Entscheidungsspielraum mehr, sondern füge lediglich die Variablen zur Berechnung des Zinssatzes ein und vollziehe damit bereits getroffene Entscheidungen des Verordnungsgebers. Die verordnungsrechtlichen Vorgaben verstießen auch gegen die Verfahrensgarantien aus Art. 41 Abs. 17 RL 2009/73/EG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 GCR. Der Bundesgerichtshof unterstelle in seinen Entscheidungen EnVR 17/16 und EnVR 58/18 ohne nachvollziehbare und tiefgreifende Prüfung die Richtigkeit der typisierenden Annahme des Verordnungsgebers, dass Netzbetreiber keinen wesentlichen wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt seien. Ob und inwieweit im Einzelfall ein angemessener Risikozuschlag im Sinne des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG zu gewähren sei, werde vom Bundesgerichtshof nach der Neuregelung des § 7 Abs. 7 GasNEV bewusst offen gelassen und nicht mehr geprüft. Diese aus dem Verordnungscharakter resultierende verkürzte gerichtliche Kontrolldichte schränke das Gebot des effektiven Rechtsschutzes der Beschwerdeführerin unzumutbar ein.

Rechtsfehlerhaft habe die Bundesnetzagentur des Weiteren bei der Netzbetreiberin, der Subverpächterin und der Verpächterin 2 die fortgeführten Restwerte der Anlagen im Bau, die zum 31.12.2015 im Bestand gewesen seien und vom Sockelbetrag gemäß § 34 Abs. 5 ARegV erfasst würden, bei der Ermittlung der fortgeführten Kapitalkosten in den jeweiligen Jahren der Regulierungsperiode mit null angesetzt. Dieses Vorgehen lasse sich bereits nicht mit dem Wortlaut der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV vereinbaren, die einen umfassenden Aussetzungsbefehl im Hinblick auf Kapitalkosten aus Investitionen in sämtliche Anlagegüter in dem beschriebenen Zeitraum enthalte. Eine Differenzierung zwischen Anlagen im Bau und fertiggestellten Sachanlagen sei in § 6 Abs. 3 Satz 4 ARegV nicht angelegt. Etwas anderes folge auch nicht aus Sinn und Zweck der Regelungen. § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV sei nichts anderes als die verfassungsrechtlich notwendige Übergangsregelung für die im Vertrauen auf den Fortbestand des positiven Sockeleffekts seit dem Inkrafttreten der Anreizregulierung getätigten Investitionen, die alle aktivierten Restwerte des Sachanlagevermögens erfasse. Die durch die in § 34 Abs. 5 ARegV angeordnete Prolongierung des positiven Sockeleffekts generierten Vorteile stünden auch nicht unter der Bedingung, dass sie systemkonform mit dem nunmehr geltenden Instrumentarium zur Abbildung von Kapitalkosten seien, so dass sich „doppelte Begünstigungen“ als bewusste Folge des zeitweiligen Nebeneinanders der Kostenerfassungssysteme darstellten. Für dieses Verständnis spreche auch die Genese.

Auch führe die Bundesnetzagentur rechtswidrig bei der Beschwerdeführerin und bei der Subverpächterin sämtlichen Fremdkapitalzinsaufwand im Kapitalkostenabzug fort und differenziere hierbei nicht nach Fremdkapitalzinsaufwand für verzinsliches Fremdkapital einerseits und Zuführungsaufwand für Rückstellungen andererseits. Bereits aus der Legaldefinition für den Fremdkapitalzinsaufwand in Anlage 2a zu § 6 ARegV ergebe sich, dass nur der auf das Sachanlagevermögen entfallende Fremdkapitalzinsaufwand fortzuführen sei. Der Verordnungsgeber habe hinsichtlich der Definition des Fremdkapitalzinsaufwandes nicht auf § 5 GasNEV verwiesen. Für einen Gleichklang zwischen § 6 Abs. 3 ARegV und § 5 GasNEV bestehe auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs kein Bedürfnis. Sie finanziere aus den Zuführungen zu den Rückstellungen gerade nicht ihre Investitionen ins Sachanlagevermögen, für Pensionsrückstellungen sei ihr dies sogar betriebsverfassungsrechtlich verboten. Ein bilanzieller Zusammenhang bestehe allein mit Finanzanlage- und Umlaufvermögen. § 6 Abs. 3 ARegV enthalte hinsichtlich des Fremdkapitalzinsaufwandes

– anders als § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV – gerade keinen Verweis auf § 5 Abs. 2 GasNEV, was systematisch gegen eine vollständige Berücksichtigung des Fremdkapitalzinsaufwandes spreche. Auch beim Kapitalkostenaufschlag werde schließlich der Fremdkapitalzinsaufwand ausschließlich anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten der Sachanlagen und den sich hieraus ergebenden kalkulatorischen Restwerten der Sachanlagen bemessen. Nach Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs, die auf die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens entfallenden Kapitalkosten abzuschmelzen, könne sich der Abschmelzungsbefehl nur auf solchen Fremdkapitalzinsaufwand beziehen, der zur unmittelbaren Finanzierung betriebsnotwendigen Anlagevermögens entstanden sei. Die Auffassung der Bundesnetzagentur als zutreffend unterstellt, sei jedenfalls hilfsweise der Kapitalkostenabzug für den hier streitgegenständlichen Fremdkapitalzinsaufwand für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auszusetzen.

Dass bei der Beschwerdeführerin ein negativer Kapitalkostenabzug entstehe, wenn bei deren anteiligen Kapitalkostenabzug die Anlagen im Bau und der Zuführungsaufwand für Rückstellungen eingefroren würden, ändere nichts an der Neubescheidungsverpflichtung der Bundesnetzagentur. Es handele sich insoweit nur um einen rechnerischen Zwischenschritt, der nichts an der Reduzierung der Erlösobergrenzen durch den Kapitalkostenabzug insgesamt ändere. Der Beschluss des Senats vom 20.12.2020 (VI-3 Kart 769/19 [V]) stehe dem nicht entgegen, da sich dort ein negativer Kapitalkostenabzug nicht nur als rechnerischer Zwischenschritt sondern insgesamt ergeben hätte, so dass der Kapitalkostenabzug – anders als vorliegend – die Erlösobergrenze erhöht hätte.

Die Beschwerdeführerin hat ihre Beschwerde in Bezug auf den Beschwerdepunkt „unterjährig vereinnahmte Baukostenzuschüsse im Jahresanfangsbestand“ zurückgenommen und beantragt im Übrigen,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 27.06.2019 (BK9-16/8200) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angegriffenen Beschluss und trägt ergänzend vor:

Die Vorhaltung und Anerkennung eines Kassenbestands in Höhe von ... Euro als Bestandteil des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens sei nicht erforderlich, um die Auszahlungen zu bedienen. Bei effizienter Leistungserbringung, namentlich unter Anwendung des rollierenden Abrechnungsverfahrens, wäre ein Liquiditätsbedarf schon gar nicht entstanden. Dies werde durch die von ihr im Rahmen einer „Kontrollüberlegung“ zwecks Durchführung einer Jahresbetrachtung vorgenommene Gleichverteilung bzw. Verstetigung der Umsatzerlöse aus Netzentgelten belegt, da sie zu monatlichen Einzahlungen in Höhe von ... Euro und daran anknüpfend zu monatlichen Einzahlungsüberschüssen führe. Ein anderes Ergebnis ergäbe sich auch nicht, wenn man die RLM-Kunden bei der Gleichverteilung außer Betracht ließe. Aus der Datenmeldung der Beschwerdeführerin gehe hervor, dass mit den RLM-Kunden insgesamt Umsatzerlöse in Höhe von ... Euro erzielt worden seien. Selbst wenn man diesen Betrag außen vorließe und unterstellte, dass der Beschwerdeführerin insoweit monatlich lediglich ... Euro (= [... Euro - ... Euro] ./ 12) zufließen, wäre der kumulierte Cash-Flow zu jedem Zeitpunkt des Jahres positiv und damit das Vorhalten eines Kassenbestands nicht betriebsnotwendig.

Bei der vorgenommenen Gleichverteilung handele es sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch keineswegs um eine ungeeignete Fiktion, sondern um eine zulässige und gebotene Erwägung zu einer möglichen Abdeckung der im Januar und Februar 2015 aufgetretenen Liquiditätsengpässe durch die vorhandenen liquiden Mittel, die sich aus dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit ergebe. In welcher Höhe Umlaufvermögen zum jeweiligen Bilanzstichtag betriebsnotwendig sei, hänge in hohem Maße von den unterjährigen Gegebenheiten ab. Um diese zu ermitteln, bediene sie sich der von den Netzbetreibern zu erstellenden Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung. Hierbei handele es sich indes lediglich um einen der Informationsaufbereitung dienenden Zwischenschritt, an den sich eine inhaltliche Prüfung und Interpretation der

Daten am Maßstab der Betriebsnotwendigkeit anschließe. Hieraus ergebe sich, dass es – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – für den Betrieb des Netzes nicht notwendig sei, für unterjährige Liquiditätsengpässe ganzjährig als Eigenkapital zu verzinsende Mittel als Kassenbestand vorzuhalten. Das Liquiditätsdefizit sei vielmehr allein Folge der von der Beschwerdeführerin bei den SLP-Kunden praktizierten, „künstlich“ einen Liquiditätsbedarf „provozierenden“ und letztlich ineffizienten Abrechnungsweise. Dadurch entstünden Liquiditätsbedarfe, die bei Anwendung eines anderen Abrechnungsverfahrens, namentlich des rollierenden Verfahrens vermeidbar wären. Das rollierende Verfahren sei branchenweit anerkannt und stelle ein Standardabrechnungsverfahren dar. Mit diesem könnten volatile Mittelzuflüsse unterbunden werden, weil gleichmäßig während des gesamten Jahres abgerechnet werde. Die Zuflüsse aufgrund von Einzahlungen würden verstetigt und könnten somit für laufende Auszahlungen im jeweiligen Monat verwendet werden, so dass keine zusätzliche Liquidität vorgehalten werden müsste. Diese Form der Finanzierung von Auszahlungen sei effizient, da sie keine Kosten in Form von zusätzlichen Eigenkapitalzinsen verursache. Kosten, die durch ein ineffizientes Abrechnungsverfahren entstünden und bei Anwendung eines anderen Verfahrens vermieden werden könnten, seien bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenze nicht zu berücksichtigen.

Soweit die Beschwerdeführerin ausführe, dass sie das Stichtagsverfahren gewählt habe, um zu hohe Abschlagszahlungen in Folge eines milden Winters und dadurch reduzierter Gasabnahmemengen zu vermeiden, sei dieses Argument mit Blick auf den Zeitpunkt des von dieser gewählten Abrechnungsstichtags (nämlich zu Beginn bzw. während des Winters) zweifelhaft. Denn nur bei einem nach dem Winterende liegenden Abrechnungsstichtag wäre für diese erkennbar, ob es einen milden Winter mit Überzahlungen gegeben habe oder nicht. Überdies belegten die hohen Rückzahlungen im Februar 2015, dass das Ansinnen der Beschwerdeführerin, durch das Stichtagsverfahren Überzahlungen zu vermeiden, nicht erfolgreich gewesen sei. Mit dem rollierenden Verfahren hätten die zu hohen Abschlagszahlungen dagegen bereits zu großen Teilen im Laufe des Jahres 2014 an die Netzkunden zurückgezahlt werden können. Ihr, der Bundesnetzagentur, sei im Übrigen kein Fall bekannt – diese Behauptung wird von der Beschwerdeführerin mit Nichtwissen bestritten –, in dem andere Netzbetreiber, die ähnlichen Witterungsverhältnissen und Marktgegebenheiten wie die Beschwerdeführerin ausgesetzt seien, eine Anerkennung von betriebsnotwendigem Umlaufvermögen geltend gemacht hätten.

Auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf die vielen zum 1. Januar eines Jahres angemeldeten und durchgeführten Lieferantenwechsel und die damit einhergehende Zuordnung der SLP-Kunden zu den neuen Transportkunden sei – entgegen deren Ansicht – nicht geeignet, die Effizienz des Stichtagsverfahrens zu begründen. Zunächst erfolgten Lieferantenwechsel über das ganze Jahr verteilt, so dass schon nicht erkennbar sei, dass der 1. Januar bzw. der Zeitraum zu Beginn des Gaswirtschaftsjahres eine herausgehobene Rolle für einen Lieferantenwechsel einnehme. Darüber hinaus seien Lieferantenwechsel – wie die Beschwerdeführerin selbst zugestehende – bereits im Vorfeld anzumelden, so dass die Netzbetreiber bereits vor dem tatsächlichen Wechsel Kenntnis von dem Lieferantenwechsel hätten, den sie überdies gegenüber den Lieferanten bestätigen müssten. Ob die Beschwerdeführerin dem Transportkunden den gewechselten SLP-Kunden weiterhin in Rechnung stelle, habe eher etwas mit dem Forderungsmanagement als mit dem Abrechnungsverfahren zu tun. Schließlich sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund mit dem rollierenden Abrechnungsverfahren Zahlungsablehnungen einhergehen sollten.

Darüber hinaus zeige die Analyse der von der Beschwerdeführerin nach deren eigenen Angaben im Zeitraum 2011 bis 2019 generierten Einzahlungen aus Umsatzerlösen (vgl. die Tabelle auf S. 12 der Replik), dass diese im Durchschnitt zu hohe Abschlagszahlungen vereinnahmt habe mit der Folge, dass es im Februar regelmäßig zu erheblichen Rückerstattungen gekommen sei. Im Februar 2015 sei es insoweit nicht nur zu einer Minderung der vereinnahmten Umsatzerlöse, sondern zu einer „Überkompensation“ gekommen, die im Saldo zu einer Auszahlung geführt habe. Auch dies zeige, dass das Vorhalten zusätzlicher liquider Mittel nicht betriebsnotwendig sei. Denn die für die Rückerstattung notwendigen liquiden Mittel seien ihr durch den Netzkunden bereits im Vorjahr in Form der Abschlagszahlungen zinslos zur Verfügung gestellt worden. Durch die Finanzierung der Rückerstattungsbeträge entstünden der Beschwerdeführerin somit keinerlei Finanzierungskosten.

Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass die Höhe der Abschlagszahlungen (= Zufluss liquider Mittel) zunächst ex ante fixiert sei und gerade nicht durch die warmen Temperaturen unmittelbar beeinflusst werde. Überdies würden die Abschläge erst ein Jahr später zurückgezahlt. Die Mindererlöse hätten hingegen zunächst keinen Einfluss auf die Liquidität und würden darüber hinaus im Regulierungskonto erfasst und dort zu Gunsten der Beschwerdeführerin verzinst, weshalb es keiner zusätzlichen Verzinsung

im Rahmen des Umlaufvermögens bedürfe. Es sei auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung der Überzahlungen vertraglich verpflichtet sei. Der Netznutzer habe dieser durch seine überhöhten Abschläge nämlich bereits im Vorjahr – seinerseits unverzinslich – die hierfür erforderlichen liquiden Mittel zur Verfügung gestellt, die diese nun lediglich zinslos zurückzahle.

Auch wenn man nicht von einer Gleichverteilung bzw. Verstetigung der Umsatzerlöse ausgehen wollte und eine für den Monat Februar zu erwartende hohe Rückerstattung unberücksichtigt ließe, würde dies an dem Ergebnis der fehlenden Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands im Umlaufvermögen nichts ändern, wie eine (weitere) Kontrollrechnung zeige, bei der als Einzahlung statt des Betrags von ... Euro der im Basisjahr monatlich im Durchschnitt an Abschlagszahlungen vereinnahmte Betrag von ... Euro angesetzt werde. Auch diese Berechnung belege, dass bei Nichtberücksichtigung der nicht betriebsnotwendigen Rückerstattung kein zusätzlicher Liquiditätsbedarf bestehe.

Das Verfahren der Verstetigung bzw. Gleichverteilung sei auch nicht ungewöhnlich oder unüblich, was sich daran zeige, dass die Beschwerdeführerin selbst einen erheblichen Teil der Ein- und Auszahlungen einer Gleichverteilung unterzogen habe. So habe die Beschwerdeführerin im Rahmen des Erhebungsbogens zur Liquiditätsrechnung (unter „E\_CF\_Rechnung“) bezüglich der Auszahlungen bei den Positionen „Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe“ (1.1.1), „Überlassung von Netzinfrastruktur“ (1.1.2.1), „Ansetzbare betriebliche Steuern“ (1.4) und „Sonstiges“ (1.5) eine Gleichverteilung vorgenommen. Selbst wenn man unterstellte, dass die Überlassung von Netzinfrastruktur gegebenenfalls tatsächlich zu monatlichen konstanten Abschlagszahlungen führte und diese außer Acht ließe, seien insgesamt ... Euro, mithin ... % der anerkannten Netzkosten, von der Beschwerdeführerin mittels Gleichverteilung berücksichtigt worden. Ein ähnliches Bild ergebe sich bei den nicht auf Umsatzerlöse aus Nutzungsentgelten zurückzuführenden Einzahlungen. Hier habe die Beschwerdeführerin bei den Positionen „Sonstige Umsatzerlöse“ (5.2), „Zinserträge“ (5.4), „Sonstige Erträge“ (5.5) und „Sonstige Einzahlungen“ (8) eine Verstetigung vorgenommen und diese gleichmäßig auf das Jahr verteilt. Diese von der Beschwerdeführerin selbst vorgenommene Gleichverteilung stehe letztlich einer monatscharfen Betrachtung entgegen bzw. mache eine solche unmöglich.

Selbst wenn man mit der Beschwerdeführerin dennoch einen Liquiditätsbedarf bejahen wollte, dann hätte dieser effizienter durch die Aufnahme von Fremdkapital gedeckt werden können, da er lediglich temporär (zeitweise und kurzfristig) bestanden habe. Es sei nicht notwendig, für unterjährige Liquiditätsengpässe ganzjährig Mittel vorzuhalten. Stattdessen sei es günstiger und damit effizienter, kurzfristige Kreditlinien in Anspruch zu nehmen. Alternative Handlungsmöglichkeiten seien unter Effizienzgesichtspunkten gegeneinander abzuwägen. Aus § 21 EnWG ergebe sich die Verpflichtung der Netzbetreiber zu effizientem Wirtschaften. Dies bedeute auch, dass – so wie hier – auf eine kostengünstigere Fremdkapitalaufnahme zurückzugreifen sei. Denn die permanente Vorhaltung von Umlaufvermögen verursache über das ganze Jahr kalkulatorische Eigenkapitalzinsen, während mit dem Abruf einer Kreditlinie lediglich für die Dauer der Inanspruchnahme aufwandsgleiche Fremdkapitalzinsen verbunden seien. Die insoweit unter Zugrundelegung der Bundesbankstatistik anfallenden Kreditkosten hätten sich auf lediglich ... Euro belaufen. Würden stattdessen – wie von der Beschwerdeführerin gewünscht – ... Euro für die Dauer eines ganzen Jahres verzinst, ergäben sich selbst unter Heranziehung des niedrigeren Zinssatzes gemäß § 7 Abs. 7 GasNEV (EK II-Zinssatz) in Höhe von ... % kalkulatorische Kapitalkosten in Höhe von ... Euro, die somit ...-mal höher seien als bei kurzfristiger und punktgenauer Fremdfinanzierung.

Sie, die Bundesnetzagentur, habe für die Verzinsung des negativen Eigenkapitals zu Recht den in § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV vorgesehenen Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen als maßgeblich angesehen. Die Beschwerdeführerin habe unstreitig das Pachtmodell gewählt und könne somit nicht eine isolierte Anwendung der Zinssätze anhand ihrer eigenen Kapitalstruktur verlangen. Eine Verzinsung mit dem in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehenen Zinssatz entspreche nicht dem Zweck des § 4 Abs. 5 GasNEV. Allein eine Verzinsung mit dem Zinssatz für Neuanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV werde dem „negativen Eigenkapital“ im Pachtmodell gerecht. Die von ihr gewählte Methode zur Berechnung der Verzinsung des negativen Eigenkapitals sei vom Bundesgerichtshof bestätigt worden. Der Bundesgerichtshof habe entschieden, dass Ausnahmekonstellationen, die zur Heranziehung des Zinssatzes für den überschüssenden Anteil des Eigenkapitals führen könnten, im Falle des „negativen Eigenkapitals“ nicht vorlägen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei der Fremdfinanzierungsanteil nicht ursächlich für die negative Eigenkapitalquote. Das Vermögen der Beschwerdeführerin werde überwiegend durch Rückstellungen, insbesondere

Pensionsrückstellungen, finanziert. Dies sei regelmäßig der Fall und keine Sonderkonstellation.

Ein aktiver Kapitalverrechnungsposten im betriebsnotwendigen Eigenkapital sei – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht anzuerkennen. Im maßgeblichen Tätigkeitsabschluss der Sparte „Gasverteilung“ sei schon kein aktiver Kapitalverrechnungsposten ausgewiesen. Darüber hinaus fehle es am Nachweis der Betriebsnotwendigkeit, die gemäß § 7 Abs. 1 GasNEV jedoch Voraussetzung für die Anerkennung von Sachanlage- und Umlaufvermögen als der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung unterliegende Vermögensbestandteile sei. Der Vortrag der Beschwerdeführerin, „es sei davon auszugehen“, dass der aktive Kapitalverrechnungsposten zu einem nicht unerheblichen Anteil durch die Schlüsselung von Sachanlagevermögen und Vorräten hervorgerufen worden sei, sei hierfür nicht genügend.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die im Rahmen des § 7 GasNEV zur Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung vorzunehmende kalkulatorische Bewertung der einzelnen Vermögens- und Kapitalpositionen immer zu einem systematischen Ungleichgewicht führe, ohne dass damit jeweils automatisch die Anerkennung eines aktiven oder passiven Kapitalverrechnungspostens verbunden sei. Dies liege an den im Vergleich zur Handelsbilanz abweichenden Ansatz- und Bewertungsvorschriften. Zudem verwundere die Aussage der Beschwerdeführerin, der aktive Kapitalverrechnungsposten sei stets in der Gasverteilung gebucht worden. Denn Kapitalverrechnungsposten würden im Rahmen der Aufstellung von Tätigkeitsabschlüssen gebildet, d.h. eine „laufende“ Buchung von Kapitalverrechnungsposten gebe es nicht.

Im Übrigen ergebe sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin im Rahmen der Anhörung, dass der geltend gemachte aktive Kapitalverrechnungsposten aus der stattgefundenen Bereinigung des Tätigkeitsabschlusses der Sparte „Gasverteilung“ von Biogassachverhalten resultiere. Auf S. 48 f. ihrer Stellungnahme vom 05.05.2017 heiße es insoweit:

„Die folgende Darstellung zeigt eine vereinfachte Gegenüberstellung der Tätigkeitsbilanzen vor und nach der Bereinigung von den Effekten aus der Biogaskostenwälzung. Es wird deutlich, dass nach der Bereinigung von Effekten aus der Biogaskostenwälzung der Gasverteilung ein aktiver Kapitalausgleichsposten zuzuordnen ist. [ ... ] Wir bitten um eine vollständige Bereinigung aller Effekte der Biogaskostenwälzung auf die Bilanz der Gasverteilung für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, da die Biogaskostenwälzung keinen Einfluss auf das Ausgangsniveau eines Netzbetreibers haben darf.“

Die Beschwerdeführerin versuche nunmehr, über den aktiven Kapitalverrechnungsposten das durch die Biogasbereinigung entstandene bilanzielle Ungleichgewicht zu schließen. Damit werde im Ergebnis die notwendige Bereinigung von Biogassachverhalten, die auch von der Beschwerdeführerin anerkannt werde, rückgängig gemacht. Denn der geltend gemachte aktive Kapitalverrechnungsposten stelle nichts Anderes dar als den Saldo der bereinigten Biogassachverhalte über die verschiedenen Bilanzpositionen auf der Aktiv- wie der Passivseite, der in der Biogasumlage und nicht in den Netzentgelten abgebildet werde.

Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien von § 34 Abs. 5 ARegV erfasst. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung. Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs seien in § 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 ARegV definiert und umfassten deshalb auch Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter resultierten. Der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV sehe lediglich eine Differenzierung in zeitlicher Hinsicht vor, nicht aber bezüglich einzelner Bestandteile der Kapitalkosten. Ohnehin gingen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge untrennbar mit Investitionen in das betriebsnotwendige Anlagevermögen einher. Der Verordnungsgeber hätte daher eine explizite Regelung vorsehen müssen, hätte er eine unveränderte Fortführung nicht gewollt. Zur Kompensation etwaiger Einbußen durch den Systemwechsel vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich habe der gesamte in § 6 Abs. 3 ARegV geregelte Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs ausgesetzt werden und der Systemwechsel erst später stattfinden sollen. Aus der Verordnungsbegründung folge, dass dies nicht selektiv einzelne Elemente des Kapitalkostenabzugs umfassen sollte. Auch systematische Erwägungen unterstützten ihre Auffassung. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge seien sowohl beim Kapitalkostenaufschlag als auch beim Kapitalkostenabzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. So wie der Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs. 3 Satz 4 ARegV unterstelle, dass aus sinkenden kalkulatorischen Restbuchwerten und der hierauf entfallenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse zwangsläufig auch sinkende Kapitalkosten resultierten, unterstelle die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs für die 3. Regulierungsperiode konstante Restbuchwerte zu Gunsten der Netzbetreiber und konstante Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zu Gunsten der Netznutzer. Sinn und Zweck der Übergangsregelung sei die Vermeidung individu-

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

Sowohl der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf als auch der Bundesgerichtshof hätten entschieden, dass die verordnungsrechtlichen Regelungen des § 6a GasNEV zu Tagesneuwerten und des § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV zur Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals rechtmäßig seien und hätten dabei auch zu der Frage der Europarechtskonformität Stellung genommen. Der Vortrag der Beschwerdeführerin sei nicht neu, sondern bereits Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens und der Anhörungsrüge vor dem Bundesgerichtshof gewesen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien bis zum 31.12.2016 aktivierte Anlagen im Bau nicht von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV erfasst. § 6 Abs. 3 ARegV sei für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nur auf Kapitalkosten aus abgeschlossenen Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert worden seien, nicht anzuwenden. Denklogisch könnten Anlagen im Bau schon deshalb nicht von der streitgegenständlichen Übergangsregelung erfasst sein, da es andernfalls zu einer Doppelberücksichtigung der Kapitalkosten dieser Anlagen komme. Die während der 3. Regulierungsperiode in Betrieb genommenen Anlagen seien Zugänge im Anlagevermögen und könnten damit vollständig zu Gunsten des Netzbetreibers dem Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV zugrunde gelegt werden. Eine Refinanzierung sei damit gewährleistet. Würden diese Anlagen im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode bei der Ermittlung der Kapitalkosten nicht mit null angesetzt, sondern mit ihrer tatsächlichen Höhe als unveränderlich betrachtet,

müsste konsequenterweise eine Berücksichtigung dieser Anlagen über den Kapitalkostenaufschlag unterbleiben, zumal es bei der Inbetriebnahme der Anlagen keine erneute Aktivierung i.S.d. § 10a Abs. 2 ARegV gebe, sondern lediglich einen Umbuchungsvorgang.

Eine Nichteinbeziehung von Anlagen im Bau in den für die 3. Regulierungsperiode übergangsweise beibehaltenen positiven Sockeleffekt – den sogenannten „Übergangssockel“ – sei auch mit dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung vereinbar. Soweit die Vorschrift dazu diene, „individuelle Härtefälle“ auszugleichen, beziehe sich das nicht auf Anlagen im Bau. Die Besonderheit der Anlagen im Bau sei durch ihre Berücksichtigung im Kapitalkostenaufschlag ausreichend gewürdigt. Ein gegenteiliges Ergebnis sei sachfremd.

Eine in § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV geregelte Nichtanwendbarkeit des § 6 Abs. 3 ARegV könne sich ohnehin nur auf solche Investitionen beziehen, die auch tatsächlich einem Werteverzehr unterlägen. Dies treffe auf Anlagen im Bau gerade nicht zu, da es sich bei diesen erst ab einer Umbuchung in das Sachanlagevermögen um eine Bestandsanlage handele, die der Abschreibung unterliege. Der Ordnungsgeber habe bei der Übergangsregierung abschmelzende Restwerte im Blick gehabt und habe für diese den positiven Sockeleffekt erhalten wollen.

Sie habe auch den Aufwand für Fremdkapitalzinsen zutreffend bestimmt. Weder der Wortlaut des § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV noch der in Abs. 4 Nr. 11 zu Anlage 2a ARegV träfen eine Unterscheidung des Fremdkapitals nach verschiedenen Teilen, auf den sich der Zinsaufwand beziehen solle. Der in beiden Vorschriften gewählte Bezug auf die betriebsnotwendigen Anlagegüter des Ausgangsniveaus diene lediglich dazu, dass bei der Berechnung stets der gleiche Multiplikator verwendet werde. Darüber hinaus handele es sich bei den Fremdkapitalzinsen um Kosten, die nach § 4 Abs. 2 Satz 2 GasNEV in die Netzkostenermittlung als aufwandsgleiche Kosten einzubeziehen seien, wobei Maßstab zur Ermittlung die handelsrechtliche Gewinn- und Verlustrechnung nach § 5 GasNEV sei. Insoweit seien die Fremdkapitalzinsen den kalkulatorischen Kosten gleichgestellt, ohne dass hinsichtlich der Mittelverwendung differenziert werde. Auch handelsrechtlich handele es sich eindeutig um Zinsaufwand. Die in Anlage 2a Abs. 4 ARegV aufgeführten 11 Ziffern enthielten das materielle Prüfprogramm der Regulierungsbehörden bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs. Gemäß An-

lage 2a Abs. 4 Nr. 11 ARegV würden sämtliche Fremdkapitalzinsen quotial zu der Entwicklung des Gesamtvermögens und somit des Gesamtkapitals angepasst. Der Verordnungsgeber stelle danach auf das Vermögen ab, das sich nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 StromNEV nicht nur aus dem Sachanlagevermögen, sondern aus den Bilanzwerten der betriebsnotwendigen Finanzanlagen und den Bilanzwerten des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens unter Abzug des Steueranteils der Sonderposten mit Rücklageanteil zusammensetze und dem Gesamtkapital, mithin der Summe aus Eigen- und Fremdkapital entspreche. Dadurch werde sichergestellt, dass der Aufwand für Fremdkapitalzinsen mit einem Multiplikator im Rahmen des Kapitalkostenabzugs abgeschmolzen werde, der alle relevanten Vermögensgegenstände umfasse, die durch das Fremdkapital finanziert würden. Es werde nicht unterschieden, ob es mit Eigenkapital oder mit unterschiedlichen Formen des Fremdkapitals, zu denen neben Bankdarlehen oder Lieferverbindlichkeiten auch Rückstellungen gehörten, finanziert worden sei. Rückstellungen gehörten als ungewisse Verbindlichkeiten ebenfalls zum Fremdkapital. Es sei daher auch nur konsequent, sämtliche Fremdkapitalzinsen zu erfassen. Auch der von der Beschwerdeführerin vorgenommene systematische Vergleich mit dem Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV überzeuge nicht. Beim Kapitalkostenaufschlag sei unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Netzbetreibers eine Kapitalstruktur von 40 % Eigen- und 60 % Fremdkapital zu unterstellen. Eine vergleichbare Regelung gebe es für den Kapitalkostenabzug nicht. Der Kapitalkostenabzug sei auch nicht hilfsweise auszusetzen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass der Zinsaufwand in dem Umfang, in dem das Vermögen aufgrund des § 34 Abs. 5 ARegV nicht abgeschmolzen werde, ebenfalls keiner Abschmelzung unterliege.

Auch Sinn und Zweck des Kapitalabzugs widersprächen nicht der von ihr vertretenen Auffassung. Die zu den hier in Frage stehenden Zinspositionen korrespondierenden Rückstellungen schmolzen ebenso mit den im Zeitverlauf sinkenden kalkulatorischen Restwerten der betriebsnotwendigen Anlagengüter ab wie das restliche Fremdkapital. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, ein durch das Einfrieren der Anlagen im Bau sowie des Zuführungsaufwands für Rückstellungen als rechnerischer Zwischenschritt bei der Beschwerdeführerin errechneter negativer Kapitalkostenabzug müsse in Ansatz

gebracht und dürfe nicht auf null gesetzt werden, stehe die Rechtsprechung des Senats zum Umgang mit einem rechnerisch ermittelten negativen Kapitalkostenabzug entgegen.

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

## **B.**

Auf die Beschwerde war der angegriffene Bescheid teilweise aufzuheben und die Bundesnetzagentur im nachfolgend dargelegten Umfang zur Neubescheidung zu verpflichten.

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

**I.** Der angefochtene Beschluss ist insoweit rechtsfehlerhaft ergangen, als die Bundesnetzagentur die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die in den Jahren 2007 bis 2015 von der Beschwerdeführerin vereinnahmt worden sind, angewandt hat. Das Absinken der Werte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ist im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 Satz 4 ARegV auch schon für die 3. Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Diesbezüglich hat der Senat bereits entschieden (vgl. Senat, Beschlüsse v. 01.07.2020, VI-3 Kart 770/19 [V], Rn. 26 ff.; VI-3 Kart 783/19 [V], Rn. 33 ff.; VI-3 Kart 813/19 [V], Rn. 23 ff. – juris); eine hiervon abweichende Bewertung ist nicht veranlasst.

**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 Satz 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 Satz 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 – sogenannter 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 Satz 4 ARegV vorgesehene Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs wird nicht durch die Regelung in § 34 Abs. 5 Satz 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 Satz 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 Satz 4 aufgeführten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge erstrecke, folgt der Senat nicht. Der Verweis in § 34 Abs. 5 Satz 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 Satz 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 Satz 2 ARegV definiert. Danach sind Kapitalkosten die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen. Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge sind in der Aufzählung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV nicht enthalten, sondern werden erst in § 6 Abs. 3 Satz 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 Satz 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 einen gemeinsamen Oberbegriff der Kapitalkosten aus Investitionen zu subsumieren (a.A. Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss v. 26.09.2019, 53 Kart 4/18, Rn. 121, juris). Damit sieht der Wortlaut der Ausnahmeregelung in § 34 Abs. 5 Satz 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 Satz 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 Satz 4 ARegV in den Kapitalkostenabzug aufgenommen worden sind. Schon angesichts der zeitlichen Abfolge zwischen Verordnungsbegründung und Änderung des § 6 Abs. 3 Satz 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 Verordnungsgebers bezogen sich bereits nicht auf die Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen. Der Verordnungsgeber hat Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zudem in Kenntnis der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV nachträglich in § 6 Abs. 3 Satz 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 Verordnungsgebers nicht.

Unabhängig davon kann dieser Formulierung auch in der Sache nicht entnommen werden, dass der Aussetzungsbefehl des § 34 Abs. 5 Satz 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 Satz 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, das zum Ausgleich individueller Lasten, die sich als Folge des Systemwechsels einstellen können, beiträgt (vgl. Senat, Beschluss v. 07.03.2019, VI-3 Kart 121/17 [V], Rn. 40 ff.; Beschluss v. 12.06.2019, VI 3 Kart 165/17 [V], Rn. 78 ff. – juris). Die Ausnahmeregelung ist als pauschaler Härtefallausgleich (vgl. in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.03.2019, 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 Satz 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 Satz 1 ARegV, die für die Dauer der 3. Regulierungsperiode mittels der periodenübergreifenden Fortführung des Sockeleffekts insoweit ein Nebeneinander des Instrumentariums der ersten beiden Regulierungsperioden und des neu eingeführten Kapitalkostenabgleichs anordnet, stellt damit im Hinblick auf die Behandlung von Kapitalkosten eine bewusste Abkehr von der periodenbezogenen Abgrenzung und damit einen Systembruch dar. Angesichts dessen sind Anwendung und Umsetzung dieser Vorschrift gerade nicht an die grundsätzliche Wirkungsweise des neuen Instrumentariums anzupassen. Eine unterschiedliche Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits stellt demnach keine mit Blick auf den Mechanismus des Kapitalkostenabzugs zu vermeidende selektive Ungleichbehandlung dar, sondern folgt aus der Natur des Systembruchs, der nur für Kapitalkosten aus Investitionen ein Übergangswesiges Nebeneinander des Sockeleffekts und des Kapitalkostenabzugs vorsieht.

**2.3.2.** Die Bundesnetzagentur stützt die Erstreckung der in § 34 Abs. 5 Satz 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 Übergangssockel 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 erfassen, obwohl die sinkenden Restbuchwerte nicht berücksichtigt werden. Die von der Bundesnetzagentur beabsichtigte Gleichbehandlung hat jeweils gegenteilige Effekte zur Folge: Während die Fixierung der Restbuchwerte auf den Wert des Basisjahres zum Übergangssockel beiträgt und sich günstig auf die Erlössituation auswirkt, führt die Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zu einem höheren Kapitalkostenabzug und damit zu einem belastenden Effekt. Diese Gegenläufigkeit widerspricht der mit der Schaffung des Übergangssockels durch Aussetzung des Kapitalkostenabzugs verfolgten Absicht, den Netzbetreibern einen Vorteil zu verschaffen. Im Rahmen eines Übergangsweise angeordneten Härtefallausgleichs 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 Kapitalkostenabzug für das Verständnis des Anwendungsbereichs der Übergangsregelung nicht

maßgeblich. Darüber hinaus sind Baukostenzuschüsse nicht auf konkrete Investitionen bezogen und können pauschal berechnet werden (§ 11 Abs. 2 Satz 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 Satz 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.** Rechtsfehlerhaft hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV für die 3. Regulierungsperiode Anlagen im Bau, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 erstmals aktiviert worden sind, im Sachanlagevermögen, das die Bezugsgröße für die Ermittlung der Kapitalkosten und der fortgeführten Kapitalkosten bildet, mit null angesetzt und damit nicht als Bestandteil des Übergangssockels betrachtet. Bis zum Stichtag 31.12.2016 aktivierte Anlagen im Bau sind von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV erfasst, so dass der Ansatz mit null zu beanstanden ist.

**1.** Anlagen im Bau sind Gebäude, sonstige Bauten und andere betriebsnotwendige Anlagegüter, die sich zum Bilanzstichtag noch im Fertigstellungsprozess befinden. § 266 Abs. 2 Ziff. A II Nr. 4 HGB verlangt deren Trennung von fertigen Anlagen. Alle

entstehenden Aufwendungen werden bis zur Fertigstellung auf dem Konto „Anlagen im Bau“ erfasst und dort aktiviert. Nach Fertigstellung der Anlage erfolgt keine erneute Aktivierung, sondern ein Umbuchungsvorgang. Die ehemals als Anlage im Bau verbuchte Anlage wird auf ein Bestandskonto transferiert und hierdurch als abnutzbares Sachanlagevermögen erfasst. Für Anlagen im Bau fallen bereits kalkulatorische Zinsen an, jedoch bis zur Fertigstellung noch keine Abschreibungen (vgl. Schubert/F. Huber, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Auflage, § 247 HGB, Rn. 561; Böcking/Gros/Hanke, in: EBJs, 4. Auflage, § 266 HGB, Rn. 18; Senat, Beschluss v. 17.03.2020, VI-3 Kart 166/17 [V], Rn. 120, juris).

Vor der Novellierung der ARegV 2016 waren Anlagen im Bau bei der Ermittlung des nach § 7 Abs. 1 Satz 3 GasNEV zu verzinsenden betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV nach den für Neuanlagen geltenden Grundsätzen im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus zu berücksichtigen (vgl. BGH Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 35, 39, juris zu der gleichlautenden Vorschrift des § 7 StromNEV). Im Rahmen des mit der Novellierung eingeführten Kapitalkostenabgleichs werden Anlagen im Bau beim Kapitalkostenabzug im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode grundsätzlich mit null angesetzt. Hintergrund ist, dass der jeweilige Kapitalkostenabzug vor Beginn der Regulierungsperiode für jedes Jahr ermittelt und davon ausgegangen wird, dass Anlagen im Bau zum Zeitpunkt des Kapitalkostenabzugs bereits zu Anlagegütern im Sachanlagevermögen umgebucht worden sind. Insoweit wird ein vollständiger Abgang im Folgejahr und die Berücksichtigung im Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV mit dem Buchwert der fertiggestellten Anlage unterstellt (vgl. Heuser, in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 10a ARegV, Rn. 22).

**2.** Die mit der Berücksichtigung im Kapitalkostenaufschlag korrespondierende Nichtberücksichtigung im Kapitalkostenabzug, wie sie im Regelprogramm des Kapitalkostenabgleichs erfolgt, verstößt indes für die Übergangsphase der 3. Regulierungsperiode gegen § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV. Die dort angeordnete Aussetzung des Kapitalkostenabzugs auf Investitionen in vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 erstmals aktivierte Anlagegüter erfasst entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur auch Anlagen im Bau. Für dieses Verständnis sprechen neben dem Wortlaut auch systematische und teleologische Erwägungen.

**2.1.** Der Wortlaut des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV bietet keinen Ansatz für eine Differenzierung zwischen Investitionen in betriebsnotwendige fertiggestellte Anlagegüter, die zwischen dem 01.01.2007 und einschließlich dem 31.12.2016 erstmals aktiviert worden sind, und Investitionen in noch nicht fertiggestellte Anlagegüter. Bezugsgröße für die Ermittlung der Kapitalkosten und der fortgeführten Kapitalkosten sind grundsätzlich alle aktivierten und nicht alle fertiggestellten Anlagegüter. Anlagen im Bau sind Teil des Sachanlagevermögens und bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV zu berücksichtigen (BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 35, juris).

Indem § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV bestimmt, dass im Hinblick auf die genannten Kapitalkosten § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode keine Anwendung findet, sind die Kapitalkosten anhand des Wertes der Anlagegüter im Basisjahr zu ermitteln und für die Dauer der Regulierungsperiode mit diesem Wert fortzuschreiben. Der Ansatz des Wertes des Anlagegutes im Basisjahr bildet den notwendigen ersten Umsetzungsschritt der Vorgabe, § 6 Abs. 3 ARegV nicht anzuwenden. Da § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV für die Nichtanwendung des § 6 Abs. 3 ARegV zwischen den Anlagegütern ausdrücklich nur in zeitlicher Hinsicht differenziert und nicht auf ihren Fertigstellungsgrad abstellt, ist nach dem Wortlaut der Vorschrift eine unterschiedliche Behandlung von fertiggestellten Anlagen und Anlagen im Bau nicht geboten. Danach gilt für sämtliche Kapitalkosten aus Investitionen in bis zum Stichtag aktivierte Anlagegüter für die Übergangsphase der 3. Regulierungsperiode, dass sie wie in den vorangegangenen Regulierungsperioden anhand der Werte des Sachanlagevermögens im Basisjahr zu ermitteln sind.

**2.2.** Demgegenüber hat die Bundesnetzagentur Kapitalkosten aus Investitionen in Anlagen im Bau auch schon während der durch § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV angeordneten Übergangsphase in das Regelprogramm des Kapitalkostenabgleichs überführt und diesem entsprechend Anlagen im Bau mit null im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode angesetzt. Diese vom Wortlaut des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV nicht vorgesehene Vorgehensweise ist weder aus systematischen Gründen noch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift geboten.

Die von der Bundesnetzagentur angeführten systematischen Auslegungsgesichtspunkte beruhen auf der Annahme, dass die Einbeziehung von Anlagen im Bau in den

Anwendungsbereich der Übergangsregelung eine sachwidrige Doppelberücksichtigung der Anlagen im Bau, zum einen im Übergangssockel und zum anderen im Kapitalkostenaufschlag, zur Folge hätte. Daraus zieht sie den Schluss, dass Anlagen im Bau „denklogisch“ nicht Teil des sogenannten Übergangssockels sein könnten.

Dem ist entgegen zu halten, dass der Anwendungsbereich der Übergangsregelung nicht in die Systematik und den Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs eingepasst werden muss. Die durch die in § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV angeordnete Prolongierung des positiven Sockeleffekts generierten Vorteile stehen nicht unter der Bedingung, dass sie systemkonform mit dem nunmehr geltenden Instrumentarium zur Abbildung von Kapitalkosten sind. Somit stellen sich „doppelte“ Begünstigungen nicht als un gerechtfertigter Vorteil, sondern als Folge des bewussten zeitweiligen Nebeneinanders der beiden Kostenerfassungssysteme dar. So wie die Übergangsregelung auf der einen Seite nicht den vollständigen Ausgleich konkreter Nachteile bezweckt, steht ihrer Anwendung auf der anderen Seite nicht entgegen, dass es im Einzelfall zu einer die systemwechselbedingten Nachteile übersteigenden Bevorteilung kommen kann. Es kommt danach auch nicht darauf an, ob im Falle von Anlagen im Bau – wie die Bundesetzagentur vorträgt – eine „Erleichterung“ durch die Anwendung der Übergangsregelung angesichts der Berücksichtigung im Kapitalkostenaufschlag nicht geboten sei. Durch § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV wird eine Ausnahme- und Sonderbehandlung für eine Übergangsphase angeordnet. Das Regelprogramm des Kapitalkostenabgleichs setzt demgegenüber erst nach dem Auslaufen der Übergangsphase ein. Dass es dort keiner zusätzlichen Berücksichtigung der Anlagen im Bau im Kapitalkostenabzug bedarf, ist für das Verständnis des übergangsweise geltenden Härtefallausgleichs, der eine begünstigende Wirkung bezweckt, nicht maßgeblich.

Der Anwendung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV und damit der Berücksichtigung von Anlagen im Bau im Übergangssockel steht schließlich nicht entgegen, dass sie, worauf die Bundesetzagentur abstellt, anders als fertig gestellte Anlagen keinem Werteverzehr unterliegen. Dennoch werden Anlagen im Bau wegen ihres kalkulatorischen Wertes genau wie betriebsnotwendige fertiggestellte Anlagen verzinst (BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 35, juris). Wird aber im Hinblick auf die Eigenkapitalverzinsung nicht zwischen fertiggestellten Anlagen und Anlagen im Bau differenziert, ist eine Differenzierung zwischen in den Übergangssockel einzubeziehenden Kapitalkosten danach, ob sie auf Investitionen in fertiggestellte Anlagen oder Anlagen im Bau

entfallen, im Rahmen der Anwendung der Übergangsregelung gleichfalls nicht vorzunehmen.

**III.** Rechtsfehlerhaft hat die Bundesnetzagentur des Weiteren den Kapitalkostenabzug i.S.d. § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV ermittelt, indem sie unter „Fremdkapital“ die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen verstanden und damit die Fremdkapitalzinsen bei der Beschwerdeführerin und der Subverpächterin auch unter Einbeziehung der Aufwendungen für das Abzugskapital im Sinne des § 7 Abs. 2 GasNEV berechnet hat.

Nach § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV sind Kapitalkosten im Sinne des Kapitalabzugs nach Satz 1 die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen. Der Begriff der „Fremdkapitalzinsen“ in § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV ist nicht in einem handelsbilanziellen Sinne zu verstehen, der sämtliche Zinsen und ähnliche Aufwendungen für handelsrechtlich als Fremdkapital zu bilanzierende Positionen erfasst, sondern setzt ein kalkulatorisches und damit engeres Verständnis voraus. Erfasst wird danach nur der Aufwand, der auf der Aufnahme verzinslichen Fremdkapitals beruht. Dies folgt nicht bereits aus dem insoweit offenen Wortlaut der einschlägigen Norm, muss aber der Verordnungssystematik sowie dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs entnommen werden.

**1.** Der Wortlaut des § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV „Aufwand für Fremdkapitalzinsen“ lässt offen, welche Fremdkapitalzinsen bei der Bestimmung des Kapitalabzugs einzubeziehen sind. Bei bilanzieller Betrachtung fallen Rückstellungen gemäß § 266 HGB zwar unter das Fremdkapital, so dass unter den Begriff „Aufwand für Fremdkapital“ auch sämtliche zinsähnlichen Aufwendungen für Fremdkapital subsumiert werden könnten. Anders als in § 275 Abs. 2 Nr. 13 HGB hat der Ordnungsgeber jedoch in § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV nicht auf die handelsrechtliche Kategorisierung „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ zurückgegriffen, so dass der Rückschluss, der Aufwand für Fremdkapitalzinsen sei zwingend bilanzrechtlich zu verstehen, nicht geboten ist. Zudem lässt der Wortlaut auch ein kalkulatorisches Verständnis der Begriffe „Fremdkapital“ und „Aufwand für Fremdkapital“ zu. So unterscheidet § 7 GasNEV, auf den Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 zu § 6 ARegV hinsichtlich des für die Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands heranzuziehenden Vermögens verweist, in Abs. 1 Satz 3 begrifflich zwi-

schen dem verzinslichen Fremdkapital und dem dem Unternehmen zinslos zur Verfügung stehenden Abzugskapital. Auch wenn die Formulierung „Aufwand für Fremdkapitalzinsen“ ein engeres Verständnis als der handelsrechtliche Begriff „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ nahelegt, kann ihr keine ausdrückliche Beschränkung nur auf den Zinsaufwand für verzinsliches Fremdkapital in Abgrenzung zum zinsähnlichen Aufwand für Abzugskapital entnommen werden. Der Wortlaut ist vielmehr offen, so dass eine rein kalkulatorische Auslegung des Begriffs nicht zwingend vorgegeben ist.

**2.** Eine systematische Betrachtung der in Zusammenhang mit dem Kapitalkostenabzug stehenden Normen zeigt jedoch, dass nur das verzinsliche Fremdkapital als Grundlage für die Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands berücksichtigt werden soll, hingegen nicht das den Netzbetreibern zinslos zur Verfügung stehende und in § 7 Abs. 2 GasNEV näher definierte Abzugskapital.

**2.1.** Dies folgt indes nicht schon aus einem Vergleich mit dem Instrument des Kapitalkostenaufschlags und den dort „sachanlagenbezogen“ ermittelten Kapitalkosten. Der Kapitalkostenaufschlag und der Kapitalkostenabzug stellen – worauf der Senat schon verwiesen hat (vgl. Beschluss v. 07.03.2019, VI-3 Kart 121/17 [V], Rn. 101; Beschluss v. 12.06.2019, IV-3 Kart 165/17 [V], Rn. 148 – juris) – zwei korrespondierende Elemente des Kapitalkostenabgleichs dar (vgl. auch Meinzenbach, in: BerlK-EnR, 4. Auflage, § 6 EnWG, Rn. 45). Sie sollen negative wie positive Sockeleffekte vermeiden und eine möglichst zeitnahe und genaue Berücksichtigung der Veränderung der Kapitalkosten in den Erlösobergrenzen bewirken. Die über den Zeitraum einer Regulierungsperiode sinkenden Kapitalkosten von Bestandsanlagen sollen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs unmittelbar in der Erlösobergrenze abgebildet werden – als Gegenstück zum Kapitalkostenaufschlag, wonach steigende Kapitalkosten infolge von Neuanlagen ebenfalls in der Erlösobergrenze ihren Niederschlag finden. Der Ordnungsgeber hat zwar die Kapitalkosten sowohl beim Kapitalkostenabzug in § 6 Abs. 3 Satz 2 ARegV als auch beim Kapitalkostenabzug in § 10a Abs. 1 Satz 2 ARegV wortgleich definiert als „die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen“. Dies bedeutet indes nicht, dass sich Vor- und Nachteile auch materiell entsprechen und die einheitlich verwendete Formulierung in beiden Regulierungsinstrumenten zu einer einheitlichen Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands führen muss. Hiergegen spricht schon die vom Ordnungsgeber vorgege-

bene Ausgestaltung der Berechnungsmethode, die sehr unterschiedlich ist. Ausgangspunkt für die Berechnung sämtlicher Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags sind nach § 10 a Abs. 2 ARegV die Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter. Die kalkulatorische, im Einzelnen in § 10a Abs. 4 bis Abs. 7 ARegV geregelte Verzinsung bestimmt sich als Produkt aus einer kalkulatorischen Verzinsungsbasis und einem kalkulatorischen Zinssatz. Die Verzinsungsbasis ermittelt sich anhand der kalkulatorischen Restwerte bewertet zu Anschaffungs- und Herstellungskosten nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GasNEV. Der kalkulatorische Zinssatz bestimmt sich als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem Eigenkapitalzinssatz mit einer Gewichtung von 40 % und kalkulatorischem Fremdkapitalzinssatz mit einer Gewichtung von 60 %. Diese Berechnungsvorgabe gilt sowohl für die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen als auch der Fremdkapitalzinsen. Dass kalkulatorische Verzinsungsbasis beim Kapitalkostenaufschlag das einzelne Anlagegut ist, ist in sich stimmig, denn im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags werden die Investitionskosten des einzelnen, betriebsnotwendigen und nach dem Basisjahr angeschafften Anlageguts nachgefahren. Es ist daher möglich und auch systematisch zwingend, eine rein anlagenbezogene Betrachtung vorzunehmen. Allerdings hat der Verordnungsgeber in Abweichung zur Verzinsungspraxis im Basisjahr einen pauschalen Ansatz zur Verzinsung der Investitionen ab dem Basisjahr gewählt. Die Anpassung erfolgt durch die Anwendung eines standardisierten Mischzinssatzes. Dies hat neben Vereinfachungsgründen den Vorteil, dass netzbetreiberunabhängig jede Neuinvestition gleich verzinst wird (BR-Drs. 296/16, S. 35), kann aber dazu führen, dass die tatsächliche Verzinsung höher oder niedriger ausfällt.

Die Berechnungsmethode der Fremdkapitalzinsen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs hat der Verordnungsgeber demgegenüber nicht sachanlagenbezogen, sondern vermögensbezogen ausgestaltet. Nach Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 zu § 6 ARegV ergibt sich der Fremdkapitalzinsaufwand eines Jahres der Regulierungsperiode als Produkt aus den Fremdkapitalzinsen des Basisjahres und dem Verhältnis aus dem betriebsnotwendigen Vermögen des jeweiligen Jahres der Regulierungsperiode nach den Nummern 1 bis 9 und dem betriebsnotwendigen Vermögen des Basisjahres nach § 7 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GasNEV. Verzinsungsbasis zur Berechnung der Fremdkapitalzinsen sind anders als beim Kapitalkostenaufschlag nicht die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens, sondern das Gesamtvermögen des Netzbetriebs, wie der ausdrückliche Verweis auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 GasNEV bzw. auf die Nrn. 1

bis 9 der Anlage 2a Abs. 4 zu § 6 ARegV zeigt. Dieser Ansatz ist ebenfalls in sich stimmig. Denn während im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags nur die Investition des einzelnen Anlageguts betrachtet wird, wird im Rahmen des Kapitalkostenabzugs auf die Gesamtheit der noch nicht vollständig abbeschriebenen Anlagegüter und damit auf das gesamte Anlagevermögen abgestellt. Dass der Fremdkapitalzinsaufwand durch Verweis auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 GasNEV anhand des gesamten betriebsnotwendigen Vermögens und damit nicht nur anhand des betriebsnotwendigen Anlagevermögens, sondern auch anhand des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens errechnet wird, steht dem Ziel des Kapitalkostenabzugs, eine möglichst exakte Nachbildung der anlagenbezogenen Kapitalkosten unter Inkaufnahme gewisser Pauschalierungen nachzubilden, nicht entgegen, weil das betriebsnotwendige Umlaufvermögen bei den Netzbetreibern in der Regel nur einen geringen Anteil an dem betriebsnotwendigen Gesamtvermögen einnimmt. Durch Multiplikation des Verhältnisses aus betriebsnotwendigem Vermögen des Basisjahres und dem betriebsnotwendigen Vermögen des jeweiligen Jahres der Regulierungsperiode mit den Fremdkapitalzinsen des Basisjahres wird sichergestellt, dass die Finanzierungsstruktur des zu betrachtenden, im Laufe der Regulierungsperiode abschmelzenden betriebsnotwendigen Vermögens gleich bleibt. Nur so kann eine sachgerechte und alle Netzbetreiber gleich behandelnde Berechnung der ihre Erlösbergrenze beeinflussenden Kapitalkosten gewährleistet werden. Diese Gegenüberstellung der Berechnungsmethoden des Kapitalkostenaufschlags und des Kapitalkostenabzugs zeigt, dass der Verordnungsgeber eine systematische Gleichstellung im Rahmen der Berechnung nicht gewollt hat. Anderenfalls hätte er im Rahmen des Kapitalkostenabzugs eine ähnliche Berechnungsmethode wie im Kapitalkostenaufschlag – Berücksichtigung nur des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens und Ansatz einer pauschalen Zinsstruktur von 40 % Eigenkapital und 60 % Fremdkapital – implementieren müssen.

Die Forderung nach einer sachanlagenbezogenen Berechnung der Fremdkapitalzinsen wäre, worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist, technisch auch gar nicht durchführbar. Denn sie erforderte eine konkrete Zuordnung der Positionen der Passivseite einer Bilanz zu den Positionen der Aktivseite der Bilanz. Es lässt sich jedoch nicht ermitteln, mit welchen dem Unternehmen zugeflossenen finanziellen Mitteln – Eigenkapital, verzinsliches Fremdkapital, nicht verzinsliches Fremdkapital – welche Anlagegüter konkret erworben worden sind. Auch zinslos zur Verfügung gestellte Verbindlichkeiten wie Rückstellungen und Lieferantenverbindlichkeiten könnten daher im Rahmen

der „Innenfinanzierung“ der Finanzierung des Gesamtvermögens und damit auch der Sachanlagen dienen, unabhängig von der Frage, ob eine solche Finanzierung im Einzelfall wirtschaftlich sinnvoll oder gesetzlich unzulässig wäre.

**2.2.** Aus der Systematik der in Zusammenhang mit dem Kapitalkostenabzug stehenden Normen ergibt sich jedoch, dass die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft den Begriff der Fremdkapitalzinsen rein bilanziell angewendet und damit zu weit ausgelegt hat. Die systematische Betrachtung der Normen führt vielmehr zu einer kalkulatorischen Auslegung des vom Abzugskapital zu unterscheidenden Fremdkapitals.

Bereits § 7 GasNEV, auf den Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 zu § 6 ARegV hinsichtlich des für die Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands heranzuziehenden Vermögens verweist, unterscheidet in Abs. 1 Satz 2 begrifflich zwischen dem verzinslichen Fremdkapital und dem Unternehmen zinslos zur Verfügung stehenden Abzugskapital. § 7 Abs. 2 GasNEV definiert genau, welche Positionen, die handelsbilanziell dem Fremdkapital zuzurechnen sind, aus kalkulatorischer Perspektive Abzugskapital sind: Rückstellungen, erhaltene Vorauszahlungen und Anzahlungen von Kunden, unverzinsliche Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, erhaltene Baukostenzuschüsse, sonstige, den Betreibern von Gasversorgungsnetzen zinslos zur Verfügung stehende Verbindlichkeiten. Dem System der Kapitalkostenberechnung liegt eine grundsätzlich kalkulatorische Betrachtungsweise zu Grunde, die im Rahmen des Fremdkapitals zwischen verzinslich zur Verfügung gestelltem Fremdkapital und zinslos zur Verfügung gestelltem Fremdkapital (= Abzugskapital) unterscheidet. Es liegt daher auf der Hand, auch den Begriff des Fremdkapitals in § 6 Abs. 3 ARegV in diesem kalkulatorischen Sinne zu verstehen.

Diese mit dem kalkulatorischen Ansatz verbundene Differenzierung wird auch von anderen, die Berechnung des Kapitalkostenabzugs regelnden Normen aufgegriffen. So trennt Anlage 2a Abs. 4 zu § 6 ARegV in Nr. 5 ebenfalls rein begrifflich das „übrige Abzugskapital“ gemäß § 7 Abs. 2 GasNEV von dem in Anlage 2a Abs. 4 Nr. 6 zu § 6 ARegV genannten „verzinslichen Fremdkapital“ gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV. Die Berechnung des verzinslichen Fremdkapitals der jeweiligen Regulierungsperiode in Anlage 2a Abs. 4 Nr. 6 zu § 6 ARegV stimmt mit der in Nr. 11 genannten Berechnungsmethode überein und beide Ziffern verweisen zudem allein auf § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV. Die Unterscheidung zwischen verzinslich zur Verfügung stehendem Fremd-

kapital und zinslos zur Verfügung stehendem Abzugskapital ist daher in der Berechnungssystematik des Kapitalkostenabzugs angelegt. Hätte der Verordnungsgeber die Fremdkapitalzinsen in Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 zu § 6 ARegV auch unter Einbeziehung des Abzugskapitals verstanden wissen wollen, hätte es im Hinblick auf die in Nr. 5 und Nr. 6 erläuterten Grundsätze nahe gelegen, dies ausdrücklich mit aufzunehmen.

Der Kapitalkostenaufschlag stellt ebenfalls auf eine kalkulatorische Verzinsungsbasis und einen kalkulatorischen Zinssatz ab und versucht, die Kapitalkosten unter Berücksichtigung gewisser Pauschalierungen möglichst exakt darzustellen. Es ist daher nur systematisch konsequent, auch im Rahmen des Kapitalkostenabzugs eine kalkulatorische Betrachtung der Fremdkapitalzinsen anzulegen.

**3.** Auch die Verordnungsbegründung bestätigt die hier vertretene kalkulatorische Begriffsbestimmung des „Fremdkapitals“ in § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV. So heißt es dort (BT-Drs. 296/16, S. 33, 34):

„Wie höchstrichterlich entschieden, handelt es sich bei der Ermittlung der Kapitalkosten in § 6 Absatz 3 sowie § 10a unter Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen in der Strom- bzw. Gasnetzentgeltverordnung um eine eigenständige kalkulatorische Rechnung (so jüngst BGH, Beschluss v. 10.11.2015, EnVR 43/14, Rn. 10 mwN). Eine Abgrenzung der Begrifflichkeiten des Regelwerks der Strom- bzw. Gasnetzentgeltverordnung zu den Begrifflichkeiten des handelsrechtlichen Regelwerks findet unter anderem durch den ausdrücklich kalkulatorischen Ansatz statt. Auslegungsgrundsätze für die handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften ergeben sich aus den Vorgaben zur Ermittlung der Kapitalkosten gem. § 6 Absatz 3 und § 10a nicht.“

Danach will der Verordnungsgeber die Ermittlung der Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenabgleichs unter Bezugnahme auf die Vorschriften der GasNEV rein kalkulatorisch und eben nicht handelsbilanziell vornehmen.

**4.** Schließlich steht auch der Normzweck des § 6 Abs. 3 ARegV einer handelsbilanziellen Bestimmung des „Fremdkapitals“ und damit der Einbeziehung sämtlicher Zinsen und zinsähnlichen Aufwendungen in den Kapitalkostenabzug entgegen.

Grundgedanke des Kapitalkostenabzugs i.S.d. § 6 Abs. 3 ARegV ist es, dass das zeitliche Absinken der Restbuchwerte der im Ausgangsniveau enthaltenen betriebsnotwendigen Sachanlagegüter und damit auch das Absinken der Kosten des Netzbetreibers für Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, kalkulatorische Gewerbesteuer sowie für Fremdkapitalzinsen in der Erlösobergrenze des Netzbetreibers Niederschlag finden (vgl. BR-Drs. 296/18, S. 33). Dadurch wird berücksichtigt, dass

aus sinkenden Restbuchwerten sinkende Kapitalkosten der Bestandsanlagen resultieren (Meinzenbach, in: BerlK-EnR, 4. Auflage, § 6 ARegV, Rn. 45; Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 6 ARegV, Rn. 104-109).

Dieser von der Verordnungsbegründung geforderte Zusammenhang zwischen dem Absinken der Restbuchwerte und dem Absinken der Kapitalkosten besteht bei dem in § 7 Abs. 2 GasNEV aufgeführten Abzugskapital üblicherweise nicht, weil sich die Aufwendungen für das Abzugskapital nicht proportional zu den Restwerten der Anlagen entwickeln. Die in Abs. 2 Nrn. 2 bis 5 genannten Positionen des Abzugskapitals werden dem Unternehmen zinslos zur Verfügung gestellt und verursachen bereits keine Kapitalkosten, die akzessorisch zu den Restwerten abschmelzen können. Auch wenn Lieferantenverbindlichkeiten üblicherweise implizit im Preis einen Zinsanteil enthalten, lässt sich dieser nicht herausrechnen und bleibt daher insgesamt, auch bei der Netzentgeltberechnung, unberücksichtigt (Busse von Colbe, in: BerlK-EnR, 4. Auflage, vor §§ 21 ff. EnWG, Rn. 74). Pensionsrückstellungen (und andere Rückstellungen) mögen zwar, weil sie mit den Barwerten künftiger Zahlungsverpflichtungen angesetzt werden, im Rahmen der Netzentgeltberechnung grundsätzlich als verzinslich anzusehen sein (Busse von Colbe, in: BerlK-EnR, 4. Auflage, vor §§ 21 ff. EnWG, Rn. 74). Diese Kostenbetrachtung von Pensionsrückstellungen im Rahmen der Entgeltregulierung kann jedoch auf den Kapitalkostenabgleich nicht uneingeschränkt übertragen werden. Pensionsrückstellungen sind langfristige Verbindlichkeiten für die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten, die sich volatil und gerade nicht proportional zum sinkenden betriebsnotwendigen Vermögen verhalten. Die Höhe der Kosten insbesondere für die hier streitgegenständlichen Rückstellungen hängt von den Zinsentwicklungen und den dadurch unter Umständen nötigen Zinsanpassungen für Auf- und Abzinsungen ab und verhält sich volatil. Eine Einbeziehung dieser Kapitalkosten in den Kapitalkostenabzug unterstellt ein Absinken, das in diesem Proporz zum Sachanlagevermögen tatsächlich nicht gegeben ist und steht mit dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs nicht im Einklang. Auch Pensionsrückstellungen sind daher im Rahmen des Kapitalkostenabzugs als Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 GasNEV zu behandeln und nicht dem Fremdkapital zuzurechnen.

Nur mit der hier vertretenen Auffassung lässt sich auch die in § 6 Abs. 3 Satz 4 ARegV sowie in Abs. 2 und 3 der Anlage 2a zu § 6 ARegV genannte, anlagenbezogene Betrachtung der fortgeführten Kapitalkosten erklären. Alle drei Regelungen stellen für die

Berechnung der (fortgeführten) Kapitalkosten auf den Bestand bzw. die Restbuchwerte der betriebsnotwendigen Anlagegüter ab. Diese anlagenbezogene Betrachtung der Kapitalkosten des Abzugskapitals steht in vermeintlichem Widerspruch zu der in Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 festgelegten Berechnung der Fremdkapitalzinsen auf der Grundlage des betriebsnotwendigen Gesamtvermögens. Sie wird jedoch dann sinnvoll und nachvollziehbar, wenn man die geforderte Anlagenbezogenheit über die kalkulatorische Definition des Fremdkapitals herstellt und tatsächlich nur diejenigen Kapitalkosten berücksichtigt, die auch in einem Zusammenhang mit dem Sachanlagevermögen und nicht in Zusammenhang mit zukünftigen anderweitigen Verbindlichkeiten stehen. Die sachanlagenbezogene Ermittlung wird so über eine Berücksichtigung nur des kalkulatorischen Fremdkapitals und nicht des Abzugskapitals hergestellt.

**5.** Auf das von der Beschwerdeführerin hilfsweise vorgebrachte Argument, der Kapitalkostenabzug wäre, die Auffassung der Bundesnetzagentur als richtig unterstellt, gemäß § 34 Abs. 5 ARegV für den hier streitgegenständlichen Fremdkapitalzinsaufwand für die Dauer der Regulierungsperiode auszusetzen, kommt es nach alledem nicht mehr an.

**IV.** Ob im anteiligen Kapitalabzug der Netzbetreiberin ein negativer Kapitalkostenabzug als rechnerischer Zwischenschritt entsteht, wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen der ihr vorgegebenen Neubescheidungsverpflichtung die Anlagen im Bau sowie den Zuführungsaufwand einfriert, vermag der Senat nicht zu beurteilen. Eine solche Neuberechnung ist, wie sich aus dem Tenor des Beschlusses ergibt, der Bundesnetzagentur vorbehalten und von dieser auch vorzunehmen. Gründe, der Bundesnetzagentur bereits vorgreiflich aufzugeben, einen sich gegebenenfalls im Rahmen eines rechnerischen Zwischenschritts ergebenden negativen Kapitalkostenabzug zu berücksichtigen und diesen nicht auf null zu setzen, bestehen bereits deshalb nicht, weil dieser nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist und der Senat sich auch in mehreren, den Parteien bekannten Entscheidungen mit dieser Rechtsfrage befasst hat bzw. bis zu einer Neubescheidung durch die Bundesnetzagentur noch befassen wird.

**V.** Hinsichtlich der übrigen Beschwerdepunkte hat die Beschwerde demgegenüber keinen Erfolg. Zu Recht hat die Bundesnetzagentur zunächst den Kassenbestand auf null

gekürzt und lediglich ein Umlaufvermögen in Höhe ... Euro als betriebsnotwendig anerkannt und nicht – wie von der Beschwerdeführerin begehrt – in Höhe von mindestens 2.093.014 Euro (= Vorräte in Höhe von ... Euro + Kassenbestand in Höhe von 1.724.222 Euro). Die Beschwerdeführerin hat nicht hinreichend dargetan, dass ein Kassenbestand von 1.724.222 Euro für den Netzbetrieb notwendig ist.

**1.** Das betriebsnotwendige Eigenkapital als Berechnungsgrundlage für die Kostenposition der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV wird bei einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen – so wie hier – anhand des Tätigkeitsabschlusses (Bilanz) der jeweiligen Sparte – vorliegend der Gasverteilung – ermittelt (Johannsen, N&R 2020, 72 [73]). § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV definiert insoweit die Vermögenspositionen, die zum betriebsnotwendigen Eigenkapital zählen. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV gehören hierzu unter anderem die Bilanzwerte des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens. Das Umlaufvermögen umfasst Vorräte, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Wertpapiere und Kassenbestand, Guthaben bei Bundesbank und Kreditinstituten sowie Schecks (Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 7 StromNEV/GasNEV, Rn. 65 m.w.N.). Vorgehaltenes Umlaufvermögen verursacht Kapitalkosten (Senat, Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 [V], Rn. 49, juris). Die Eigenkapitalverzinsung bildet mithin Opportunitätskosten ab. Wird Eigenkapital in dem Versorgungsunternehmen gehalten, kann dieses Kapital nicht in andere Unternehmen oder Anlageprodukte investiert werden. Hierdurch entgehen dem Versorgungsunternehmen Renditen, die es erzielen könnte, wenn es dieses Kapital anderweitig investieren würde (Johannsen, N&R 2020, 72 [73]).

Für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV ist das Umlaufvermögen allerdings nicht stets mit dem sich aus dem Tätigkeitsabschluss ergebenden bilanziellen Wert in Ansatz zu bringen. Die Bilanzwerte bilden lediglich den Ausgangspunkt. Berücksichtigungsfähig sind nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm nur Vermögensbestandteile, die betriebsnotwendig sind. Nicht betriebsnotwendiges Vermögen kann ein effizienter Netzbetreiber unter funktionierendem Wettbewerb nicht über den Markt refinanzieren (BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 8 ff., 17, juris; Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 7 StromNEV/GasNEV, Rn. 66). Daher ist eine Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur der Bilanzwerte nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen (BGH, ebenda; Senat, Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 [V], Rn. 50, juris). Eine

solche – regulativ am Maßstab eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers ausgerichtete – Kostenprüfung hat im Ausgangspunkt gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV auch im Rahmen der Festsetzung der Erlösobergrenzen stattzufinden (OLG Schleswig, Beschluss v. 10.03.2016, 16 Kart 3/14, Rn. 74, juris). Dies folgt aus § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, der – neben § 21a Abs. 1 EnWG (Meinzenbach, in: BerIK-EnR, 4. Auflage, § 21a EnWG, Rn. 28) – die für die Auslegung des § 7 GasNEV maßgebliche gesetzlichen Grundlage bildet (BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 11 ff., juris). Das sich aus § 21 Abs. 2 EnWG ergebende Korrektiv wettbewerbskonformer Verhältnisse umfasst dabei auch das Recht, nicht wettbewerbskonforme Überhänge beim Umlaufvermögen zu kürzen, da dies unmittelbar der Festlegung angemessener Netzentgelte dient (BGH, a.a.O., Rn. 17, juris).

**2.** Da die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens tatbestandliche Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung ist, obliegt es nach ständiger Rechtsprechung dem Netzbetreiber, die Betriebsnotwendigkeit des von ihm in Ansatz gebrachten Umlaufvermögens nachvollziehbar darzulegen und nachzuweisen. Hierzu gehört auch, dass er plausibel erläutert, warum der angesetzte Forderungsbestand in dieser Höhe für den Netzbetrieb notwendig ist (BGH, Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 49 m.w.N.; ferner Senat, Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 [V], Rn. 50; Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14 [V], Rn. 63 – juris). Die Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis der Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen ergeben sich daraus, dass dies eine zentrale Voraussetzung für die Verzinsung als Eigenkapital und die daraus resultierende Kostenbelastung für die Netznutzer darstellt (BGH, Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 54, juris).

Die Notwendigkeit eines überdurchschnittlich hohen Umlaufvermögens kann sich etwa daraus ergeben, dass kurzfristig zu bedienende Verbindlichkeiten durch die vorhandenen liquiden Mittel und kurzfristig realisierbare Forderungen nicht vollständig abgedeckt werden können (BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 25; Beschluss v. 23.06.2009, EnVR 19/08, Rn. 25; Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 49 – juris). Hierzu muss der Netzbetreiber angeben, welche kurzfristigen Verbindlichkeiten, Aufwendungen oder laufenden Kosten des Netzbetriebs er bedienen muss, die einen Bestand an liquiden Mitteln und kurzfristig realisierbaren Forderungen rechtfertigen (BGH, Beschluss v. 23.06.2009, EnVR 19/08, Rn. 26, juris).

Nach der Rechtsprechung des Senats sind dazu die konkreten Mittelzu- und -abflüsse

darzulegen, um aufzuzeigen, wann und aus welchen Mitteln diese Verbindlichkeiten getilgt werden sollen (Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14 [V], Rn. 66; Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 [V], Rn. 51 – juris). Die betriebsnotwendige Liquidität stellt dabei eine unternehmensindividuelle Größe dar, die von dem Geschäftszyklus, dem Zahlungszyklus sowie den Zahlungsmodalitäten bestimmt wird (Senat, Beschluss v. 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 [V], Rn. 96; Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 142 – juris). Ohne eine konkrete Gegenüberstellung der Mittelzuflüsse und des Umfangs sowie insbesondere des Fälligkeitszeitpunkts der zu erfüllenden Verbindlichkeiten können der Liquiditätsbedarf und die Finanzierungsstruktur des Netzbetreibers nicht korrekt ermittelt und beurteilt werden. Erforderlich ist daher eine dynamische Betrachtung und Darstellung des Liquiditätsbedarfs, etwa in Form eines die kurzfristigen Verbindlichkeiten berücksichtigenden Finanzplans (Senat, Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 143; Beschluss v. 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 [V], Rn. 96 – juris; Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 7 StromNEV/GasNEV, Rn. 68). Der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens kann dabei auch anhand einer Liquiditäts- oder Cash-Flow-Rechnung geführt werden, wobei ein negativer (operativer) Cash-Flow einen Liquiditätsbedarf belegt, der auch durch Umlaufvermögen gedeckt werden kann, jedoch noch nicht per se die Betriebsnotwendigkeit begründet (Senat, Beschluss v. 11.11. 2015, VI-3 Kart 118/14 [V], Rn. 69, juris; Schütz/Schütte, ebenda). Dazu bedarf es vielmehr einer weitergehenden Prüfung.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit, fällige Verbindlichkeiten durch die Aufnahme von Fremdkapital zu finanzieren, gegenüber der kostenintensiven permanenten Vorhaltung von Finanzmitteln im Kassenbestand eine vorzugswürdige, zum Entfallen der Betriebsnotwendigkeit führende Handlungsoption darstellen kann (Senat, Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 143; Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13 [V], Rn. 51 – juris).

Bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens ist zudem eine auf das gesamte Geschäftsjahr bezogene Betrachtung vorzunehmen, da das Umlaufvermögen innerhalb eines Jahres erheblichen Schwankungen unterliegen kann und insoweit die Beantwortung der Frage, in welchem Umfang die Vorhaltung von Umlaufvermögen erforderlich ist, (auch) davon abhängt, inwieweit entstandene Liquiditätsungleichgewichte kurzfristig ausgeglichen werden können (BGH, Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 50; in diesem Sinne auch Senat, Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15

[V], Rn. 139 – juris). Ob hierfür stets eine nach einzelnen Monaten aufgeschlüsselte Darstellung der Liquidität und der kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten für das gesamte Geschäftsjahr erforderlich ist, hat der Bundesgerichtshof offengelassen (Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 50, juris).

**3.** Unter Berücksichtigung dieser strengen Anforderungen hat die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargetan, dass ein Kassenbestand in Höhe von ... Euro im Umlaufvermögen tatsächlich betriebsnotwendig ist. Dies gilt zum einen hinsichtlich der Höhe des behaupteten Liquiditätsdefizits (dazu unter 3.1.) und zum anderen hinsichtlich der naheliegenden Handlungsoption, den Liquiditätsbedarf (nicht) durch die Aufnahme von Fremdkapital zu finanzieren (dazu unter 3.2.). Diese Darlegungsmängel haben im Ergebnis zur Konsequenz, dass im Streitfall keinerlei Kassenbestand im Umlaufvermögen anzusetzen ist.

**3.1.** Zwar ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2015 zuletzt vorgelegten, bereinigten Liquiditätsrechnung hinsichtlich der Monate Januar (- ... Euro) und Februar (- ... Euro) ein Liquiditätsdefizit in Höhe von insgesamt ... Euro. Die Beschwerdeführerin hat insoweit auch hinreichend substantiiert und nachvollziehbar dargelegt, dass diese temporäre Unterdeckung darauf zurückzuführen ist, dass es infolge der milden Temperaturen im Abrechnungszeitraum und einer dadurch bedingt niedrigeren Gasabnahmemenge im Februar 2015 bei den SLP-Kunden aufgrund des bei diesen praktizierten Abrechnungsverfahrens (Stichtagsablesung; Erhebung von 11 monatlichen Abschlägen im Zeitraum Februar bis Dezember; Erstellung der Jahresendabrechnung für das Vorjahr im Januar) zu erheblichen Rückzahlungen gekommen ist. Sie hat ferner klargestellt, dass die Rückzahlungen ausschließlich die SLP-Kunden betrafen, da die RLM-Kunden monatlich auf Grundlage der tatsächlichen Verbräuche abgerechnet worden sind.

Der insoweit nachgebesserte Vortrag der Beschwerdeführerin verhält sich nunmehr auch hinreichend zu den Fälligkeitszeitpunkten der von ihr für das Liquiditätsdefizit angeführten (Rück-)Zahlungsverpflichtungen gegenüber den SLP-Kunden: Die Abrechnungen für diese Kunden seien im Laufe des Januars 2015 erstellt und alsdann ab der zweiten Januarhälfte bis in den Februar hinein sukzessive versandt worden, wobei der Versand der Abrechnungen aus Effizienzgründen nicht einzeln, sondern in Blöcken von ca. 5.000 bis 10.000 Kunden erfolgt sei. Die entsprechenden Beträge

seien sodann binnen vierzehn Tagen nach Zugang der Abrechnung unter entsprechender Anwendung der Regelung in § 10 Abs. 4 LRV, mithin im Verlauf des Februars 2015, an die Kunden ausgezahlt worden. Damit waren die Zahlungen auch fällig. Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann (BGH, Urt. v. 11.12.2013, IV ZR 46/13, Rn. 22, juris). Dieser Zeitpunkt richtet sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Parteien. Haben diese keine Zeit bestimmt und ist eine solche auch den Umständen nicht zu entnehmen, ist gemäß § 271 Abs. 1 BGB anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung sofort verlangen und der Schuldner sie sofort bewirken kann. Dementsprechend ist unter Zugrundelegung des Vortrags der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die Fälligkeit der Rückzahlungsverpflichtungen mit Blick auf den Zugang der Abrechnungen in der Tat sukzessive im Februar 2015 eingetreten ist.

Allerdings verhält sich der Vortrag der Beschwerdeführerin nicht dazu, in welchem konkreten Umfang es zu Auszahlungen bzw. Verrechnungen zu Gunsten der SLP-Kunden gekommen ist, da sie auch über RLM-Kunden verfügt. Dem Vorbringen der Bundesnetzagentur kann insoweit lediglich entnommen werden, dass von den insgesamt im Jahr 2015 von der Beschwerdeführerin erzielten Umsatzerlösen aus Netzentgelten in Höhe von 17.169.952 Euro ein Betrag von ... Euro auf die RLM-Kunden entfallen ist (vgl. S. 3 des Schriftsatzes der Bundesnetzagentur vom 24.03.2021). Die tatsächliche Höhe der Rückzahlungsverpflichtungen gegenüber den SLP-Kunden bleibt damit im Dunkeln.

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin – wie die Bundesnetzagentur mit Recht anführt – bei diversen Positionen ihrer Liquiditäts- bzw. Cash-Flow-Rechnung selbst eine Gleichverteilung bzw. Verstetigung der Aus- wie der Einzahlungen vorgenommen hat. Dies betrifft die Positionen 1.1.1, 1.1.2.1, 1.4, 1.5 bei den Auszahlungen (in Summe ... Euro) und die Positionen 5.2, 5.4, 5.5 und 8 bei den Einzahlungen (in Summe ... Euro). Dies hat zur Konsequenz, dass anhand der Liquiditätsrechnung und den hierzu von der Beschwerdeführerin gemachten (ergänzenden) Angaben faktisch nicht beurteilt werden kann, ob und falls ja, in welcher konkreten Höhe, überhaupt Liquiditätsdefizite in den streitgegenständlichen Monaten Januar und Februar 2015 vorhanden waren und inwieweit diese gegebenenfalls kurzfristig hätten ausgeglichen werden können. Dies ist jedoch erforderlich, um die Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands im Umlaufvermögen belegen zu können (vgl. hierzu BGH, Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17, Rn. 19, 49 f., juris).

Dies ist hier zudem deswegen von besonderer Relevanz, weil die Beschwerdeführerin ausweislich ihrer Liquiditätsrechnung im Geschäftsjahr 2015 – abgesehen von den Monaten Januar und Februar – durchgängig erhebliche monatliche Einzahlungsüberschüsse zu verzeichnen hatte, die für das Gesamtjahr – unter Einrechnung der defizitären Monate Januar und Februar – einen Liquiditätsüberschuss in Höhe von insgesamt ... Euro ergeben. Während der Liquiditätsüberschuss im März 2015 lediglich ... Euro betrug, lag er im April bei immerhin ... Euro, im Mai bei ... Euro, im Juni bei ... Euro und im Juli bei ... Euro. Damit hätten spätestens im Juli 2015 die sich aus der Liquiditätsrechnung ergebenden Verbindlichkeiten in Höhe von ... Euro aus den liquiden Mittel bedient werden können.

**3.2.** Darüber hinaus spricht gegen die Anerkennung eines Kassenbestands in Höhe von ... Euro im betriebsnotwendigen Umlaufvermögen der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargetan hat, aus welchem Grund sie das hiernach allein in den Monaten Januar und Februar 2015 bestehende Liquiditätsdefizit nicht durch eine sich – nach den von der Bundesnetzagentur angeführten Zinssätzen aus der Bundesbankstatistik– als kostengünstiger erweisende kurzfristige Aufnahme von Fremdkapital ausgeglichen hat. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dem Ansatz einer Fremdkapitalaufnahme mit Rechtsgründen entgegenzutreten. Diese Erwägungen sind jedoch nicht durchgreifend.

**3.2.1.** Nach der Rechtsprechung des Senats kann kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen – so wie hier – auch durch die Einräumung von Kreditlinien anstelle einer kostenintensiven Vorhaltung von Geldmitteln begegnet werden, was die (Betriebs-)Notwendigkeit eines entsprechenden Bestands an liquiden Mittel im Umlaufvermögen entfallen ließe (Senat, Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 143; Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14 [V], Rn. 69 – juris). Die GasNEV macht zwar keine Vorgaben, wie der Netzbetreiber seine Vermögenswerte im Einzelnen zu finanzieren hat. Doch kann das Kriterium der Betriebsnotwendigkeit im Einzelfall dazu führen, dass sich der unternehmerische Entscheidungsspielraum auf die Option der Fremdkapitalaufnahme reduziert. Dies ist Ausfluss des sich im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 GasNEV aus dem Kriterium der Betriebsnotwendigkeit ergebenden Erfordernisses einer regulativ am Maßstab eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) ausgerichteten Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur von (Bilanz-)Werten des Umlaufvermögens (BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 14, 17; Senat,

Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 138 – juris). Dies gilt auch für die Frage der (Betriebs-)Notwendigkeit der dauerhaften Vorhaltung eines Kassenbestands im Umlaufvermögen. Die Grenze wird insoweit durch den gemäß §§ 12 ff. ARegV vorzunehmenden Effizienzvergleich gebildet, der dabei nicht vorweggenommen werden darf (dazu unter 3.3).

Es ist also zu fragen, ob ein Liquiditätsbedarf nicht effizienter als durch die permanente Vorhaltung liquider Mittel gedeckt werden kann. Der Maßstab der Betriebsnotwendigkeit und das weiterhin gültige Prinzip einer kosteneffizienten Leistungserbringung erlauben es daher nicht nur, sondern erfordern es sogar, den von der Beschwerdeführerin präferierten Ansatz der ganzjährigen Vorhaltung eines Kassenbestands, der dementsprechend auch ganzjährig der Eigenkapitalverzinsung unterliegt, unter Effizienzgesichtspunkten mit der naheliegenden Handlungsalternative der kurzfristigen und zeitpunktgenauen Aufnahme von Fremdkapital zu vergleichen, wenn es – so wie hier – darum geht, einen unterjährigen Liquiditätsengpass auszugleichen. Dies gilt hier umso mehr, als nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin die Einzahlungen aus Umsatzerlösen aus Netzentgelten für Gas witterungsbedingt nicht unerheblichen Schwankungen unterliegen und darin nach ihrem Vortrag die maßgebliche Ursache für den im Jahr 2015 aufgetretenen Liquiditätsbedarf zu sehen ist. Gerade bei einem kurzfristigen und vorübergehenden Liquiditätsbedarf stellt jedoch die Aufnahme von Fremdkapital gegenüber der dauerhaften Vorhaltung eines entsprechenden Kassenbestands unter Kosteneffizienzgesichtspunkten eine mehr als naheliegende Handlungsalternative dar, mit der sich ein Netzbetreiber auseinandersetzen muss, um seiner Darlegungs- und Nachweispflicht hinsichtlich der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens zu genügen. Dem hat die Beschwerdeführerin – trotz des in der mündlichen Verhandlung erfolgten Hinweises des Senats – mit ihrem eine Verpflichtung zur Fremdkapitalaufnahme generell in Abrede stellenden Vorbringen ersichtlich nicht genügt.

**3.2.2.** Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang anführt, die von der Bundesnetzagentur zum Nachweis eines effizienteren Vorgehens angeführten Daten aus der Bundesbankstatistik zu den Zinssätzen des Jahres 2015 hätten zu Beginn des Jahres 2015 noch nicht vorgelegen, so dass sie von ihr bei ihrer damaligen unternehmerischen Entscheidung nicht berücksichtigt werden konnten, führt dieser Einwand zu keiner anderen Bewertung.

Das in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV verankerte Kriterium der Betriebsnotwendigkeit

ergibt sich nicht aus Durchschnittswerten, sondern verlangt eine unternehmensindividuelle Prüfung der seitens des Netzbetreibers vorgelegten Nachweise (Senat, Beschluss v. 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V], Rn. 142, juris). Dies gilt auch für die Möglichkeit der Fremdkapitalaufnahme und die insoweit im Jahr 2015 für eine kurzfristige Kreditaufnahme zu zahlenden Zinssätze. Die von der Bundesnetzagentur angeführten Daten aus der Bundesbankstatistik sind jedoch ein Hinweis darauf, dass mit Blick auf die Zinssätze des Jahres 2015 die kurzfristige und zielgenaue Fremdkapitalaufnahme unter Effizienzgesichtspunkten jedenfalls bei einem – so wie hier – nur temporär erhöhten Liquiditätsbedarf eine naheliegende unternehmerische Handlungsalternative darstellte. Vor diesem Hintergrund wäre die Beschwerdeführerin – wie bereits ausgeführt – angesichts der ihr in Bezug auf das Merkmal der Betriebsnotwendigkeit obliegenden Darlegungs- und Nachweispflicht gehalten gewesen, näher zu den Gründen vorzutragen, die sie dazu veranlasst haben, sich gegen die Möglichkeit einer Fremdkapitalaufnahme zu entscheiden, woran es fehlt. Nur wenn diese Möglichkeit nachvollziehbar und plausibel von der Beschwerdeführerin ausgeschlossen worden wäre, etwa weil sie seinerzeit nicht kreditwürdig war oder die Zinssätze nicht rentabel waren, könnte von der Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands in dieser Höhe als Bestandteil des zum Netzbetrieb notwendigen Umlaufvermögens ausgegangen werden.

**3.2.3.** Etwas Anderes ergibt sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht aus der von ihr zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Behandlung von Rückstellungen aus Gewinnabführung (BGH, Beschluss v. 29.01.2019, EnVR 63/17). Insbesondere ergibt sich daraus nicht, dass zumindest ein Kassenbestand in Höhe des Mittelwerts von ... Euro (aus einem Jahresanfangsbestand in Höhe von ... Euro und einem Jahresendbestand in Höhe von 0,- Euro) anzuerkennen gewesen wäre. Die dortigen Erwägungen des BGH können auf die hier in Rede stehende Frage der Anerkennung(-sfähigkeit) eines Kassenbestands im Umlaufvermögen nicht übertragen werden. Dies folgt schon daraus, dass die Pflichten aus Gewinnabführungsverträgen eine Verbindlichkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 5 GasNEV darstellen (BGH, a.a.O., Rn. 28 ff., juris). Es handelt sich um Abzugskapital, bei dem sich die Frage der Betriebsnotwendigkeit – anders als beim Eigenkapital nach § 7 Abs. 1 GasNEV – von vornherein nicht stellt (BGH, a.a.O., Rn. 20 ff., juris).

**3.2.4.** Auch der Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Liquiditätsrechnung – nach ihrer Behauptung – sämtlichen von der Bundesnetzagentur aufgestellten Anforderungen, namentlich denjenigen aus der Festlegung vom 22.04.2016

(BK9-15/605-1), mit der diese Vorgaben zur Durchführung der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die 3. Regulierungsperiode der Anreizregulierung gegenüber den Betreibern von Gasversorgungsnetzen getroffen hat, entsprochen hat, führt zu keiner anderen Bewertung. Dieser Aspekt ist für das gerichtliche Beschwerdeverfahren, mit dem die Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 27.06.2019 (BK9-16/8200) einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen wird, grundsätzlich ohne Belang.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur durch die von der Beschwerdeführerin zitierten Formulierungen aus der Festlegung vom 22.04.2016 ein Vertrauen dahingehend erzeugt hätte, dass bei exakter Einhaltung der dortigen Vorgaben zwingend von der Anerkennung der Betriebsnotwendigkeit auszugehen sei. Aus der Festlegung ergibt sich lediglich, dass der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens bzw. der dem Umlaufvermögen zuzuordnenden Transaktionskasse mit einer Liquiditätsrechnung geführt werden „kann“. Dies ist bei verständiger Würdigung jedoch nicht dahin zu verstehen, dass ein sich aus der einzureichenden Liquiditätsrechnung ergebender Liquiditätsbedarf zwingend als betriebsnotwendig einzustufen ist. Dazu bedarf es – wie bereits ausgeführt – vielmehr einer näheren Betrachtung und Analyse der konkreten Mittelzu- und -abflüsse. Die Liquiditätsrechnung fungiert insoweit lediglich als „Datengrundlage“. Es handelt sich um einen Schritt der Informationsbeschaffung und -aufbereitung. Ob ein sich daraus ergebender Liquiditätsbedarf tatsächlich besteht und die Vorhaltung entsprechenden Umlaufvermögens rechtfertigt und damit betriebsnotwendig ist, unterliegt indes einer weitergehenden Prüfung (vgl. hierzu auch Senat, Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14 [V], Rn. 69, 73, juris). Auf die zitierte Senatsentscheidung wird im Übrigen auch explizit in der von der Beschwerdeführerin angeführten Textpassage auf S. 9 der Anlage K 1 zur Festlegung vom 22.04.2016 „Anforderungen an Struktur und Inhalt des nach § 6 Abs. 1 Satz 2 ARegV i.V.m. § 28 GasNEV vorzulegenden Berichts samt Anhang“ Bezug genommen.

**3.3.** Darüber hinaus gibt der Sachverhalt dem Senat Anlass, darauf hinzuweisen, dass mit der von der Bundesnetzagentur in Anlehnung an das rollierende Abrechnungsverfahren vorgenommenen Gleichverteilung der Umsatzerlöse aus Netzentgelten die Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands im Umlaufvermögen jedenfalls nicht verneint werden darf, weil die vorgenommene Gleichverteilung nicht mit den tatsächlichen

Verhältnissen korrespondiert und mit hypothetischen, faktisch jedoch nicht vorhandenen Einzahlungen kein real existierender Liquiditätsbedarf gedeckt werden kann.

Hinzu kommt, dass die betriebsnotwendige Liquidität eine unternehmensindividuelle Größe ist, die von dem Geschäfts-, dem Zahlungszyklus sowie den Zahlungsmodalitäten bestimmt wird (Senat, Beschluss v. 11.11.2015, VI-3 Kart 16/13, Rn. 51; ferner OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 [V], Rn. 96 – juris). Dies bedeutet (auch), dass das bei der Beschwerdeführerin bei der Abrechnung der SLP-Kunden tatsächlich praktizierte Stichtagsverfahren der Liquiditätsbetrachtung zugrunde zu legen ist und nicht eine vermeintlich effizientere, alternative Abrechnungsmethode; zumal sich die Beschwerdeführerin gegenüber den SLP-Kunden vertraglich zu einem bestimmten Abrechnungsmodus verpflichtet hat und hiervon nicht einseitig, noch dazu für in der Vergangenheit liegende Zeiträume, abrücken kann.

Im Übrigen ist es den Regulierungsbehörden grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen der kostenbasierten Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Ermittlung der Erlösbergrenzen gemäß § 6 Abs. 1 ARegV Effizienzvergleichsbetrachtungen oder sonstige Benchmarking-Ansätze durchzuführen. Dies ist dem um ein Vielfaches genaueren Effizienzvergleich gemäß § 21a Abs. 5 EnWG i.V.m. §§ 12 ff. ARegV vorbehalten (Meinzenbach, in: BerIK-EnR, 4. Auflage, § 6 ARegV, Rn. 20 m.w.N., auch zur Gegenansicht). Zwar dürfen im Rahmen der Kostenartenrechnung, die der Bestimmung des Ausgangsniveaus zugrunde liegt, bilanzielle und kalkulatorische Kosten nur insoweit angesetzt werden, als sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen (§ 4 Abs. 1 GasNEV/StromNEV). Indes darf die Verankerung des Effizienzkostenmaßstabs nicht dazu führen, dass die Regulierungsbehörden bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus durch eine initiale Effizienzprüfung bereits den Effizienzvergleich gemäß §§ 12 ff. ARegV vorwegnehmen. Die Ermittlung des Ausgangsniveaus ist vielmehr systematisch vom Effizienzvergleich zu trennen (Meinzenbach, in: BerIK-EnR, a.a.O., § 6 ARegV, Rn. 4 f., 19). Die insoweit ermittelten Kosten stellen lediglich die Grundlage bzw. den Ausgangspunkt für den Effizienzvergleich dar (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV).

Der bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zu beachtende Effizienzkostenmaßstab erlaubt den Regulierungsbehörden (lediglich) die Vornahme einer unternehmensindividuellen Betrachtung. Dies bedeutet, dass die geltend gemachten Kostenanteile nur darauf überprüft werden dürfen, ob sie dem Netzbetrieb zuzuordnen und nicht bereits

– bei isolierter Betrachtung – erkennbare Folge einer ineffizienten Betriebsführung sind (Meinzenbach, in: BerIK-EnR, a.a.O., § 6 ARegV, Rn. 20). Dass es sich bei dem von der Beschwerdeführerin bei den SLP-Kunden praktizierten Stichtagsverfahren um ein derart ineffizientes Abrechnungsverfahren handelt, dass dieser Umstand ausnahmsweise bereits bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zu berücksichtigen wäre, kann indes auf Basis des Vorbringens der Bundesnetzagentur, zumal lediglich ein auf zwei Monate begrenztes Liquiditätsdefizit im Jahr 2015 in Rede steht, nicht festgestellt werden. Hinzu kommt, dass es sich beim Stichtagsverfahren – wie auch die Bundesnetzagentur einräumt – um ein anerkanntes und vielfach angewandtes Standardabrechnungsverfahren handelt.

**VI.** Zu Recht hat die Bundesnetzagentur den Teil des negativen Eigenkapitals der Beschwerdeführerin, der auf die Neuanlagen entfällt – ... % entspricht -... Euro – insgesamt mit dem Zinssatz für Neuanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV verzinst. Der Forderung der Beschwerdeführerin, die die Eigenkapitalquote von -40 % überschneidenden ... %-Punkte mit dem Zinssatz für das überschneidende Eigenkapital nach § 7 Abs. 7 GasNEV zu verzinsen, ist nicht stattzugeben.

**1.** Nach gefestigter Rechtsprechung und im Grundsatz auch im Einvernehmen mit der Beschwerdeführerin ist das negative Eigenkapital der Beschwerdeführerin zu verzinsen. Die Beschwerdeführerin wendet sich allein gegen die Höhe der Verzinsung. Ebenso wenig wie die Gasnetzentgeltverordnung enthält die Stromnetzentgeltverordnung eine ausdrückliche Bestimmung zur Höhe des Zinssatzes für negatives Eigenkapital, so dass der Zinssatz im Hinblick auf den Zweck der Vorschriften zu bestimmen ist, dem der Ansatz von negativem Eigenkapital dient (BGH, Beschluss v. 25.07.2017, EnVR 57/15, Rn. 38, juris). Um zu verhindern, dass innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen, darf ein Netzbetreiber nach § 4 Abs. 5 GasNEV für die Überlassung von Anlagegütern durch Dritte höchstens diejenigen Kosten ansetzen, die anfielen, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Daher ist zu gewährleisten, dass Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 GasNEV beim Netzbetreiber in voller Höhe angesetzt wird, auch wenn in der Folge beim Pächter wegen fehlendem oder nur geringem Anlagevermögen ein „negatives Eigenkapital“ entsteht (BGH, Beschluss v. 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 43 ff., juris). Um einen Ansatz des Abzugskapitals beim Netzbetreiber in voller

Höhe zu gewährleisten, muss sich der Zinssatz für das negative Eigenkapital so bemessen, dass sich die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers aufgrund des Abzugskapitals mindestens um den Betrag verringert, der sich ergäbe, wenn er Eigentümer des betriebsnotwendigen Anlagenvermögens wäre. Dabei gibt § 4 Abs. 5 GasNEV die auf Seiten des Eigentümers anfallenden Kosten lediglich als Obergrenze, hingegen nicht auch im Übrigen als Maßstab vor (BGH, Beschluss v. 25.07.2017, EnVR 57/15, Rn. 39, 47, juris). Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs entspricht eine Anwendung des Zinssatzes für Neuanlagen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV auf das negative Eigenkapital der Systematik und dem Zweck des § 7 GasNEV, weil dieser Zinssatz nach der Vorstellung des Verordnungsgebers grundsätzlich einer angemessenen Verzinsung unter Berücksichtigung der mit dem Netzbetrieb verbundenen unternehmerischen Wagnisse entspricht und damit für die Verzinsung von Eigenkapital maßgeblich ist. Die Zinssätze für den überschießenden Anteil des Eigenkapitals und für Altanlagen betreffen demgegenüber Ausnahmekonstellationen und können daher nur dann zur Anwendung kommen, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind oder eine damit vergleichbare Konstellation vorliegt (BGH, Beschluss v. 25.07.2017, EnVR 57/15, Rn. 52, juris). Solche Ausnahmekonstellationen liegen indes bei der Beschwerdeführerin nicht vor.

**2.** Sie kann sich insbesondere nicht mit Erfolg auf das Vorliegen einer Ausnahmekonstellation berufen, die die Anwendung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital für Neuanlagen (EK II-Zinssatz) rechtfertigen könnte.

Der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehene EK II-Zinssatz ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV anzusetzen, soweit das Eigenkapital einen Anteil von 40 % des Gesamtwerts des betriebsnotwendigen Vermögens übersteigt. Damit trägt der Verordnungsgeber dem Umstand Rechnung, dass es nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheint, wenn Unternehmen langfristig eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % aufweisen und sich 40 % übersteigende Eigenkapitalanteile unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würden (BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 35/07, Rn. 65, juris). Diese Erwägungen lassen sich nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs, die der Senat teilt, nicht auf negatives Eigenkapital übertragen (BGH, Beschluss v. 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 55, juris). Es liegt bereits auf der Hand, dass ein negatives Eigenkapital von über -40 % kein nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unsinniges weil unrentables Eigenkapital darstellt, das im Wettbewerb nicht eintritt und daher in der Regulierung niedriger zu verzinsen ist. Vielmehr ist der Ansatz

eines negativen Werts für das Eigenkapital, worauf der Bundesgerichtshof in seiner weiteren Begründung verweist, nicht die Folge einer Finanzierung durch Fremdkapital oder gar einer Überschuldung des Netzbetreibers, sondern lediglich ein rechnerisches Hilfsmittel, um zu gewährleisten, dass das Vorhandensein von Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV zu einer Verringerung der ansetzbaren Kosten führe (BGH, Beschluss v. 25.07.2017, EnVR 57/15, Rn. 55, juris). Mit dieser Begründung hat der BGH einer Gleichstellung von über 40 % liegenden positiven Eigenkapitalanteilen und über -40 % liegenden negativen Eigenkapitalanteilen generell eine Absage erteilt, und zwar unabhängig davon, welche Finanzierungsstruktur auf der Passivseite der Bilanz im Einzelfall vorliegt. Eine Gleichsetzung von negativem Eigenkapital mit Fremdkapital scheidet deshalb aus – unabhängig davon, in welchem Verhältnis der Betrag des negativen Eigenkapitals zum Gesamtwert des betriebsnotwendigen Vermögens steht (BGH, Beschluss v. 25.07.2017, EnVR 57/15, Rn. 55, juris).

Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe nicht berücksichtigt, dass den Bilanzwerten der Aktivseite in Höhe von ca. ... Euro im Mittelwert Bilanzwerte des Fremdkapitals auf der Passivseite in Höhe von ... Euro im Mittelwert gegenüber gestanden hätten und eine Besonderheit vorliege, die ausnahmsweise die Anwendung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital für die die Eigenkapitalquote überschießenden ... %-Punkte rechtfertige, überzeugt deshalb bereits im Ansatz nicht. Es kommt nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht auf die Höhe der Fremdkapitalfinanzierung an, weil es sich bei der Berechnung des negativen Eigenkapitals lediglich um ein rechnerisches Hilfsmittel zum Zweck der Berücksichtigung des Abzugskapitals handelt. Es liegt daher auf der Hand, dass eine Verzinsung des über -40 %-Punkten liegenden Eigenkapitalanteils unabhängig von der konkreten Finanzierungsstruktur nie mit dem in § 7 Abs. 7 GasNEV genannten Zinssatz erfolgen kann. Ob dann, worauf die Beschwerdeführerin verweist, überhaupt keine der in § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV ausdrücklich geregelten vergleichbaren Ausnahmekonstellationen mehr denkbar sei, muss vorliegend nicht entschieden werden. Hohe bilanzielle Fremdkapitalwerte stellen jedenfalls keine vergleichbare Ausnahmekonstellation dar, die eine Anwendung des § 7 Abs. 7 GasNEV auf das -40 % überschießende Eigenkapital rechtfertigen können.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird so auch nicht eine fiktive Finanzierungsstruktur zugrunde gelegt (eine solche hatte der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung abgelehnt, in der die Beschwerdeführerin einen Vergleich mit

der Berücksichtigung des Abzugskapitals auf Verpächterseite forderte), sondern allein einer Gleichstellung von Fremdkapital und negativem Eigenkapital eine Absage erteilt. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Vermögenswerte der Aktivseite im Wesentlichen durch Rückstellungen oder durch Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten finanziert worden sind.

Die Bundesnetzagentur hat auch keine konsolidierte Betrachtung angestellt, sondern die kalkulatorische Kostenberechnung für die Netzbetreiberin und die Verpächterinnen / die Subverpächterin getrennt durchgeführt. Die Frage, inwieweit bei dieser entkonsolidierten Kostenbetrachtung bei der Netzbetreiberin und den Verpächterinnen / der Subverpächterin negatives Eigenkapital oder positives Eigenkapital entsteht, ist von der Frage zu trennen, welcher Zinssatz im Einzelfall für dieses positive oder negative Eigenkapital zur Anwendung kommt. Allein die Tatsache, dass als rechnerischer Zwischenschritt negatives Eigenkapital entstehen kann, rechtfertigt daher nicht den Schluss, dass negatives, einen Anteil von 40 % übersteigendes Eigenkapital auch mit dem Zinssatz nach § 7 Abs. 7 GasNEV zu verzinsen ist. Denn dieser ist, wie bereits ausgeführt, nur auf das über 40 % liegende Eigenkapital und eben nicht auf das -40 % übersteigende Eigenkapital anzuwenden. Damit nimmt § 7 Abs. 7 GasNEV nach seinem Sinn und Zweck eine Differenzierung zwischen negativem und positivem Eigenkapital vor. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur nehme die Eigenkapitalverzinsung bei Netzbetreiberin und Verpächterinnen / Subverpächterin nicht nach sachlich gleichen Maßstäben vor, geht daher fehl.

**VII.** Die Bundesnetzagentur hat ferner im Ergebnis zu Recht den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten aktiven Kapitalverrechnungsposten nicht beim zu verzinsenden Eigenkapital nach § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV berücksichtigt. Es ist nicht feststellbar, dass der im Jahresanfangsbestand mit ... Euro angesetzte aktive Kapitalverrechnungsposten zu einem Anteil von ... %, also in Höhe von ... Euro, Sachanlagen und Vorräte (einschließlich Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe) verkörpert.

**1.** Kapitalverrechnungsposten, auch Kapital- oder Bilanzausgleichsposten genannt, sind zu bilden, um Unterschiede zwischen Aktiva und Passiva auszugleichen, da die Summe der Aktiva und Passiva in einer Bilanz stets gleich groß sein muss (vgl. § 268 Abs. 3 HGB). Dies gilt auch für die Tätigkeitsabschlüsse (Bilanzen), die vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen – wie die Beschwerdeführerin – gemäß § 6b

Abs. 3 Satz 1 EnWG für ihre unterschiedlichen Tätigkeiten vorzulegen haben (Johannsen, N&R 2020, 72 [73]). Die zu erfassenden Bilanzpositionen sind dem Tätigkeitsabschluss entweder direkt zuzuordnen oder aber gemäß § 6b Abs. 3 Satz 5 EnWG sachgerecht und für Dritte nachvollziehbar zu schlüsseln. Dabei können sich Differenzen zwischen der Aktiv- und der Passivseite ergeben, weil Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die mehrere Tätigkeitsbereiche betreffen, typischerweise nach unterschiedlichen Maßstäben auf die einzelnen Bereiche zu verteilen sind. Ein Ausgleichsposten ist auf der Passivseite zu bilden, wenn die Summe der einem Tätigkeitsbereich zugeordneten Aktiva die Summe der ihm zugeordneten Passiva übersteigt. Ein aktiver Ausgleichsposten – wie hier in Rede steht – ist zu bilden, wenn die Summe der einem Tätigkeitsbereich zugeordneten Passiva die Summe der ihm zugeordneten Aktiva übersteigt (Johannsen, ebenda; hierzu auch BGH, Beschluss v. 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 16, juris zu einem passiven Bilanzausgleichsposten).

Das betriebsnotwendige Eigenkapital als Berechnungsgrundlage für die Kostenposition der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV wird bei einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen – wie bereits dargelegt – anhand der Bilanz des Tätigkeitsabschlusses der jeweiligen Sparte ermittelt (Johannsen, N&R 2020, 72 [73]). Das zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital wird dabei durch § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV definiert.

**2.** Hieraus ergibt sich, dass der streitbefangene aktive Kapitalverrechnungsposten kein betriebsnotwendiges Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 GasNEV darstellt und auch nicht in Höhe von ... Euro einer solchen Position gleichzustellen ist.

**2.1.** Das zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital umfasst die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Alt- und Neuanlagen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 3 GasNEV) sowie die Bilanzwerte der betriebsnotwendigen Finanzanlagen und des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV). Vom Wortlaut wird ein aktiver Kapitalverrechnungsposten nicht erfasst. Ein aktiver Kapitalverrechnungsposten stellt – jedenfalls im Ausgangspunkt – eine rein bilanzielle bzw. kalkulatorische Korrekturgröße dar, der keine konkreten Vermögenswerte zugeordnet sind (vgl. auch BGH, Beschluss v. 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 25, juris). Es handelt sich weder um Sachanlage- noch Umlaufvermögen. Das Sachanlagevermögen bezieht sich ausschließlich auf Alt- und Neuanlagen sowie auf Grundstücke (vgl.

auch Johannsen, N&R 2020, 72 [74], der jedoch Bilanzausgleichsposten auf der Aktivseite als Finanzanlagen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV behandeln will; dazu sogleich im Text). Auch unter den Begriff des Umlaufvermögens kann ein aktiver Kapitalverrechnungsposten nicht subsumiert werden. Denn das Umlaufvermögen umfasst zwar Vorräte, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Wertpapiere und Kassenbestand, Guthaben bei Bundesbank und Kreditinstituten sowie Schecks, jedoch keine bilanziellen oder kalkulatorischen Korrekturpositionen. Auch der Begriff der Finanzanlagen ist nicht einschlägig. Gemäß § 266 Abs. 2 A. III. Nr. 2 HGB sind Finanzanlagen Anteile an verbundenen Unternehmen, Ausleihungen an verbundene Unternehmen, Beteiligungen, Ausleihungen an Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht, Wertpapiere des Anlagevermögens sowie sonstige Ausleihungen. Ausleihungen sind Finanzforderungen, die durch Hingabe von Kapital erworben werden (Schubert/Kreher, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Auflage, § 266 HGB, Rn. 77; vgl. auch Suchan, in: MüKoBilanzR, 1. Auflage, § 266 HGB, Rn. 41, 46, 49). Eine solche Forderung ist nicht im Umlauf-, sondern im Anlagevermögen auszuweisen, wenn diese langfristig erfolgt (Johannsen, N&R 2020, 72 [74] m.w.N.). Ein aktiver Kapitalverrechnungsposten dokumentiert aber regelmäßig keine Rechtsbeziehung zu einem anderen Unternehmen. Vielmehr ist der Bilanzausgleichsposten lediglich das Ergebnis des Umstands, dass die verschiedenen Sparten des Energieversorgungsunternehmens getrennt in Tätigkeitsabschlüssen darzustellen sind, auch wenn lediglich ein einzelnes Unternehmen im Rechtssinne vorliegt (Johannsen, ebenda).

**2.2.** Nach dem Normzweck des § 7 Abs. 1 GasNEV sind den dort genannten Vermögensbestandteilen jedoch solche Positionen gleichzustellen, die einen Vermögenswert verkörpern oder repräsentieren, der gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung unterliegt (vgl. BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 42, juris, für Anzahlungen auf Sachanlagen). Dies entspricht im Kern wohl auch dem Ansatz der von der Beschwerdeführerin für ihre Rechtsansicht angeführten Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (Beschluss v. 11.01.2021, 53 Kart 1/18, S. 31, Anlage Bf 32). Eine derartige Verkörperung kann jedoch in Bezug auf den streitgegenständlichen aktiven Kapitalverrechnungsposten nicht festgestellt werden. Der Bundesgerichtshof hat jedenfalls bislang ausdrücklich offengelassen, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen aktive Bilanzausgleichsposten als Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 GasNEV anzusehen sind (BGH, Beschluss v. 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 23, juris).

**2.2.1.** Die Beschwerdeführerin meint, dass sich die Gleichstellung daraus ergebe, dass im Jahr 2014 (Jahresendbestand) von den geschlüsselten Bilanzwertanteilen in Höhe von insgesamt ... Euro ein Anteil von ... % auf Sachanlagen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie Vorräte entfalle, der geschlüsselte Anteil dieser Bilanzwerte mithin „nicht unerheblich“ gewesen und daher „davon auszugehen“ bzw. es insoweit „plausibel“ sei, anzunehmen, dass der streitbefangene aktive Kapitalverrechnungsposten zu einem Anteil von ... % (= ... Euro) mit Sachanlagevermögen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie Vorräten gleichzusetzen sei. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend, wie schon die eigene Wortwahl der Beschwerdeführerin belegt. Die bloße Möglichkeit oder unspezifische Wahrscheinlichkeit ist nicht genügend, um eine Gleichstellung des streitbefangenen aktiven Kapitalverrechnungspostens mit diesen Bilanzpositionen zu begründen und ihn bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung beim Eigenkapital in Ansatz zu bringen. Dass insoweit ein strenger Maßstab anzulegen ist, zeigt sich auch daran, dass gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV nur betriebsnotwendige Vermögensbestandteile für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung herangezogen werden dürfen (vgl. BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 40, 42, 44 zu § 7 Abs. 1 StromNEV; ferner BGH, Beschluss v. 07.04.2009, EnVR 6/08, Rn. 45 – juris). Dies gilt nach dem Wortlaut der Norm auch für das Sachanlagevermögen sowie die Vorräte als Bestandteile des Umlaufvermögens (vgl. Schütz/Schütte, in: Holznaegel/Schütz, ARegR, 2. Auflage, § 7 StromNEV/GasNEV, Rn. 66 f.; BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 40, juris).

Gegen die Richtigkeit des Ansatzes der Beschwerdeführerin und dessen vermeintliche Plausibilität spricht im Streitfall zudem, dass bei den Bilanzpositionen der Sachanlagen und der Vorräte, zu denen auch die Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe gehören, tatsächlich überhaupt keine Lücke existiert, die mithilfe eines aktiven Kapitalverrechnungspostens aufzufüllen wäre. Dementsprechend kann der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Bilanzausgleichsposten diese Bilanzwerte auch nicht verkörpern. Dies ergibt sich aus dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Auszug aus dem ergänzten Erhebungsbogen zur Kostenprüfung für die Bestimmung des Ausgangsniveaus (vgl. S. 51 der Beschwerdebeurteilung), auf den sie sich im Rahmen ihrer Argumentation selbst bezieht. Aus diesem geht hervor, dass sich im Jahr 2014 zum 31.12. die Sachanlagen des Gesamtunternehmens auf ... Euro beliefen. Davon entfielen ... Euro auf die Sparte „Elektrizität“, ... Euro auf die Sparte „Gas“ und ... Euro auf die sonstigen Sparten. Die Vorräte unter Einschluss der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe beliefen sich

im Gesamtunternehmen auf ... Euro. Hiervon entfielen ... Euro auf die Sparte „Elektrizität“, ... Euro auf die Sparte „Gas“ und ... Euro auf die sonstigen Sparten. Diese Zahlen stimmen mit denen im veröffentlichten Jahresabschluss des Gesamtunternehmens sowie in den veröffentlichten Tätigkeitsabschlüssen für die Sparten „Stromverteilung“ und „Gasverteilung“ überein. Sie lassen keine mithilfe eines Kapitalverrechnungspostens aufzufüllende Lücke erkennen. Vielmehr entspricht die Summe der in den einzelnen Sparten ausgewiesenen Bilanzwerte – von marginalen (Rundungs-)Differenzen abgesehen – den für das Gesamtunternehmen ausgewiesenen Zahlen. Dies spricht gegen die These der Beschwerdeführerin, der angesetzte Kapitalverrechnungsposten sei in Höhe von ... % mit Sachanlagevermögen und Vorräten gleichzusetzen. Hinzu kommt, dass er auf der Aktivseite des Tätigkeitsabschlusses „Gasverteilung“ überhaupt nicht ausgewiesen ist. Vielmehr könnte dies für die Richtigkeit des Einwands der Bundesnetzagentur sprechen, der geltend gemachte aktive Kapitalverrechnungsposten beruhe auf der notwendigen bilanziellen Bereinigung von Biogassachverhalten. Im Ergebnis kann diese Frage jedoch dahin stehen, weil der Senat nicht feststellen kann, dass der aktive Kapitalverrechnungsposten – entsprechend der Behauptung der Beschwerdeführerin – Sachanlagevermögen und Vorräte verkörpert.

**2.2.2.** Der aktive Kapitalverrechnungsposten kann auch nicht einer Finanzanlage nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV gleichgestellt werden (so indes Johannsen, N&R 2020, 72 [74 f.]). Zwar ließe sich – in Anlehnung an die Argumentation des Bundesgerichtshofs zur Einordnung passiver Kapitalverrechnungsposten, die als dem Versorgungsunternehmen zinslos zur Verfügung gestellte Mittel/Kredite und insoweit als „sonstige Verbindlichkeit“ im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV beim Abzugskapital in Ansatz gebracht werden (BGH, Beschluss v. 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 17 ff., juris) – (noch) vertreten, einen aktiven Kapitalverrechnungsposten als einen Kredit der zu beurteilenden Netzsparte an eine andere Sparte anzusehen, die wie eine Finanzanlage im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV zu beurteilen ist. Die Netzsparte überlässt im Rahmen des Tätigkeitsabschlusses einer anderen Sparte Kapital, wie sie auch einem anderen Unternehmen Kapital überlassen würde. Dementsprechend könnte ein aktiver Kapitalverrechnungsposten als Finanzanlage zu werten sein, um eine getrennte Beurteilung der Netzsparte zu ermöglichen (Johannsen, N&R 2020, 72 [74 f.]).

Allerdings fehlt es an dem von der Beschwerdeführerin als Netzbetreiber zu führenden

Nachweis der Betriebsnotwendigkeit. Dazu muss die Finanzanlage dem Betriebszweck des Netzbetreibers dienen, d.h. für die Leistungserstellung benötigt werden (BGH, Beschluss v. 21.07.2009, EnVR 33/08, Rn. 14, 16 m.w.N., juris). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Netzbetreiber einer Gesellschaft Kapital zur Verfügung stellt, deren Tätigkeit auch dem eigenen Netzbetrieb zugutekommt und der Netzbetreiber Kosten einspart, etwa für Personal oder Software (Johannsen, N&R 2020, 72 [75]). Dies kann hier jedoch nicht mit der erforderlichen Gewissheit festgestellt werden. Da im Streitfall schon der eigentliche Ursprung für die Erforderlichkeit des aktiven Kapitalverrechnungspostens ungeklärt ist, kann die Betriebsnotwendigkeit nicht ohne weiteres mit z.B. regelmäßig eintretenden kostensenkenden Synergieeffekten, namentlich im Bereich gemeinsamer Dienstleistungen wie Personal, Kundenbetreuung und Finanzierung, begründet werden (so aber Johannsen, N&R 2020, 72 [75]). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin selbst durch den streitgegenständlichen aktiven Kapitalverrechnungsposten keine Finanzanlagen, sondern Sachanlagevermögen und Vorräte repräsentiert sieht.

**3.** Die Zuordnung des aktiven Kapitalverrechnungspostens zum betriebsnotwendigen Eigenkapital gemäß § 7 Abs. 1 GasNEV folgt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht daraus, dass der Bundesgerichtshof passive Kapitalverrechnungsposten als sonstige Verbindlichkeit gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV behandelt und insoweit beim Abzugskapital berücksichtigt. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung nämlich explizit klargestellt, dass aus der Bejahung dieser Frage keine Rückschlüsse für die Behandlung von aktiven Kapitalverrechnungsposten gezogen werden können, da § 7 Abs. 2 GasNEV für passive Kapitalverrechnungsposten eine eigenständige Regelung enthalte (vgl. BGH, Beschluss v. 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 21 ff., juris).

**4.** Etwas Anderes folgt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht aus der Überlegung, dass angesichts des Überschusses auf der Passivseite der Bilanz (nur) einem Teil der Passiva eingesetzte Vermögenswerte gegenüberstehen. Hierbei handelt es sich um eine rein bilanzielle und insoweit im Rahmen des § 7 Abs. 1 GasNEV unbeachtliche Erwägung. Denn die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV beinhaltet ein eigenständiges und in sich abgeschlossenes Regelungswerk, in dem die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbstständig normiert ist (BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 37, juris).

Ein Überschuss auf der Passivseite bedeutet im Übrigen wirtschaftlich, dass dem Unternehmen mehr Mittel zur Verfügung stehen, als von diesem aktiv für den zu beurteilenden Tätigkeitsbereich genutzt werden. Das heißt, diese sind für die Leistungserstellung der Beschwerdeführerin und damit für den Netzbetrieb nicht erforderlich. Insoweit unterscheidet sich der aktive Kapitalverrechnungsposten dann auch qualitativ von seinem Pendant auf der Passivseite, bei dem das Unternehmen ein „Mehr“ an Vermögenswerten für seine aktive Tätigkeit zur Verfügung hat, als dieses ausweislich der Passivseite des Tätigkeitsabschlusses (Bilanz) über Finanzmittel verfügt.

**VIII.** Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerdeführerin schließlich auf die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses wegen Anwendung der europarechtswidrigen Vorschriften des § 6a GasNEV und § 7 Abs. 7 GasNEV. Der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat diese Frage mit Beschluss vom 11.02.2021 (VI-5 Kart 10/19 [V]) entschieden und eine Anwendung der Vorschriften des § 6a GasNEV und des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 08.10.2019 und 31.03.2020 (EnVR 58/18 – „Normativer Regulierungsrahmen“) als rechtmäßig bejaht. Dieser Rechtsauffassung schließt sich der erkennende Senat vollumfänglich an.

**1.** Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV rechtsfehlerhaft die in § 6a GasNEV angeführten Indexreihen des Statistischen Bundesamts zugrunde gelegt, geht fehl.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des 5. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf höchstrichterlich bestätigt und bereits entschieden, dass die Neuregelung in § 6a GasNEV sachgerecht und rechtmäßig ist, sie insbesondere im Einklang mit den Regelungen der GasNEV und ARegV steht und mit höherrangigem nationalen Recht vereinbar ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.01.2016, VI-5 Kart 33/14 [V], Rn. 42 ff.; nachgehend BGH, Beschluss v. 25.04.2017, EnVR 17/16, Rn. 12ff.; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 06.10.2016, VI-5 Kart 21/14 [V], Rn. 103 ff.; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 10.03.2016, 16 Kart 3/14, Rn. 32 ff. – juris sowie zuvor bereits Senat, Beschluss v. 23.09.2015, VI-3 Kart 113/13 [V], Rn. 53 ff., juris).

**2.** Auch der Zinssatz für den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals der Subverpächterin und der Verpächterin 2 nach § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV (EK II-Zinssatz) ist mit 3,03 % nicht zu beanstanden.

**2.1.** Nach der am 22.08.2013 in Kraft getretenen Neuregelung des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV bestimmt sich dieser Zinssatz als Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts dreier von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen. Diese, die Regulierungsbehörden als geltendes Recht bindenden Vorgaben, hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Zinssatzes eingehalten und ist zu einem Zinssatz von 3,03 % gelangt. Dies stellt auch die Beschwerdeführerin nicht in Frage.

**2.2.** Die Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV steht im Einklang mit den Regelungen der GasNEV und ARegV und ist mit höherrangigem nationalen Recht vereinbar. Dass die Neuregelung insoweit nicht zu beanstanden ist, hat der 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf – höchststrichterlich bestätigt – bereits entschieden (Beschluss v. 21.01.2016, VI-5 Kart 33/14 [V], Rn. 88 ff.; nachgehend BGH, Beschluss v. 25.04.2017, EnVR 17/16, Rn. 63 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 06.10.2016, VI-5 Kart 21/14 [V], Rn. 124 ff. – juris; für die gleichlautende Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 StromNEV: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 [V], Rn. 107 ff., juris). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an.

**3.** Aus der Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Regelungen mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind, kann keine andere Beurteilung folgen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin braucht der Senat weder den Ausgang des insoweit beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens C-718/18 abzuwarten und das Verfahren entsprechend § 94 VwGO auszusetzen noch eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Auch kommt eine Anwendung der sich aus der Festlegung der Bundesnetzagentur für die 1. Regulierungsperiode ergebenden, korrigierten und auf die 3. Regulierungsperiode fortgeschriebenen Indexreihen nicht in Betracht.

**3.1.** Für die Entscheidung des Beschwerdeverfahrens kommt es nicht darauf an, ob die streitgegenständlichen Regelungen in § 6a GasNEV sowie § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV im Einklang mit unionsrechtlichen Vorgaben stehen, was Gegenstand

des beim Europäischen Gerichtshof unter C-718/18 anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens ist. Selbst wenn sie gegen Vorgaben der Richtlinie 2009/73/EG verstießen, wären sie nach dem maßgeblichen deutschen Recht nicht nichtig. Von einer Anwendung der Regelungen dürfte derzeit nicht abgesehen werden; sie wären vielmehr bis zu einer gesetzlichen Neuregelung weiterhin anzuwenden. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat sich mit dieser Frage und den von den Verfahrensbevollmächtigten – unter anderem in diesem Verfahren erneut – vorgetragene Argumenten in seiner Entscheidung vom 08.10.2019 (EnVR 58/18 „Normativer Regulierungsrahmen“, die §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 5, Abs. 7 StromNEV sowie § 24 Abs. 2 Satz 2 ARegV betreffend) eingehend auseinandergesetzt (Rn. 60 ff.) und hat entschieden, dass es zu dieser Fragestellung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht bedarf (BGH, Beschlüsse v. 08.10.2019 und 31.03.2020, EnVR 58/18 „Normativer Regulierungsrahmen“). Für den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens – die Festlegung der Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode unter Anwendung der entsprechenden, im Wesentlichen inhaltsgleichen Regelungen der §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 GasNEV – kann nichts anderes gelten. Diese von der Beschwerdeführerin als europarechtswidrig gerügten Regelungen sind (ebenfalls) Gegenstand des anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens, so dass sich der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens von dem des durch den Bundesgerichtshof bereits entschiedenen nicht maßgeblich unterscheidet. Die Beschwerde zeigt insoweit keinen Gesichtspunkt auf, der zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte.

**3.2.** Der Senat ist auch nicht verpflichtet, die Fragen zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen.

Bei Zweifeln über die Auslegung von Unionsrecht besteht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV nur für letztinstanzliche Gerichte eine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union. Darunter fällt im energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren das Oberlandesgericht nicht. Als letztinstanzliches Gericht i.S.d. Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nur das Gericht anzusehen, dessen getroffene Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (EuGH, Urteil v. 04.06.2002, C-99/00, Rn. 15, juris „Lyckeskog“). Der Qualifikation als Rechtsmittel i.S.d. Art. 267 AEUV steht es dabei nicht entgegen, dass die Einlegung des Rechtsmittels an eine Zulassung gebunden ist und über diese Zulassung ein höherinstanzliches Gericht entscheidet (EuGH, a.a.O. Rn. 16 „Lyckeskog“; BFH, Urteil v.

24.09.2015, VR 9/14, BFHE 251, 449 Rn. 30). Auch die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher als Rechtsmittel im unionsrechtlichen Sinne zu sehen (BSG, Beschluss v. 08.04.2020, B 13 R 125/19 B Rn. 18, juris; BFH, Beschluss v. 09.01.1996, VII B 169/95, BFH/NV 1996, 652 Rn. 7; Schoch/Schneider/Marsch, VwGO, 39. EL Juli 2020, AEUV Art. 267 Rn. 38).

Ein mitgliedstaatliches Gericht, dessen Entscheidung noch mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, „kann“ nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage über die Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts vorlegen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seiner Entscheidung für erforderlich hält. Verpflichtet zu einer solchen Vorlage ist ein Instanzgericht lediglich dann, wenn sich das ihm insoweit eingeräumte Ermessen auf null reduziert. Dies ist indessen vorliegend nicht der Fall. Die streitgegenständliche Frage hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs bereits in seinen o.g. Entscheidungen vom 08.10.2019 und 31.03.2020 (EnVR 58/18 „Normativer Regulierungsrahmen“) dahingehend beantwortet, dass der Grundsatz der Unionstreue nicht zur Unanwendbarkeit der Regelungen der §§ 6a, 7 Abs. 1 Satz 3, 5, Abs. 7 StromNEV sowie § 24 Abs. 2 Satz 2 ARegV führt und es einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs zu dieser Frage nicht bedarf. Für die im wesentlichen inhaltsgleichen Regelungen der GasNEV ergibt sich nichts anderes. Schon angesichts dessen kann auch der Grundsatz der Prozessökonomie nicht zu einer Ermessensreduzierung auf null führen, auch wenn die Frage des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts hier im Zentrum des Rechtsstreits steht. Die Kritik der Beschwerdeführerin an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs enthält nach Auffassung des Senats keine Gesichtspunkte, die für eine Vorlage sprechen. Dies gilt insbesondere auch für die von der Beschwerdeführerin herangezogenen Ausführungen des Generalanwalts in seinen Schlussanträgen vom 14.01.2021 zu dem Vertragsverletzungsverfahren C-718/18. Mit Blick auf die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs hat der Senat daher von seinem Ermessen dahin Gebrauch gemacht, dass er von einer Vorlage der von der Beschwerdeführerin formulierten Frage zum Anwendungsvorrang an den Gerichtshof der Europäischen Union absieht.

### C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Die tenorierte Kostenquote entspricht dem jeweiligen Anteil des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien unter

Berücksichtigung der im Einzelnen genannten Werte zu den noch streitentscheidenden Beschwerdepunkten.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten auf ... Euro festgesetzt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

#### **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](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

Klein Reesink

Orlik