



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 26/19

Verkündet am:  
5. Mai 2020  
Anderer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

vom

5. Mai 2020

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Kapitalkostenaufschlag II

ARegV § 10a

Die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer für den Kapitalkostenaufschlag auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % ist mit höherrangigem Recht vereinbar.

BGH, Beschluss vom 5. Mai 2020 - EnVR 26/19 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Schoppmeyer sowie die Richterin Dr. Linder

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. März 2019 wird auf Kosten der Antragstellerin, die auch die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen hat, zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 A. Die Antragstellerin betreibt ein Gasverteilernetzwerk. Sie beantragte mit Schreiben vom 30. Juni 2017 einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze des Jahres 2018 nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10a ARegV. Mit Beschluss vom 23. Oktober 2017 lehnte die Bundesnetzagentur den Antrag ab, soweit die Antragstellerin Kapitalkosten für 2016 und 2017 geltend machte und die Eigenkapitalzinssätze der zweiten (statt der dritten) Regulierungsperiode anwenden sowie kalkulatorische Gewerbesteuer auch für den 40 % übersteigenden Teil der Eigenkapitalquote ansetzen wollte. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (OLG Düsseldorf, RdE 2019, 292).

2 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde ver-  
folgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Die Bundesnetzagentur tritt dem  
Rechtsmittel entgegen.

3 B. Das zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

4 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen  
wie folgt begründet:

5 Weder der Wortlaut der § 10a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 ARegV  
noch die Übergangsvorschriften in § 34 ARegV regelten unmittelbar, ob in den  
Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 auch Investitionen aus den Jahren  
zwischen dem Basisjahr (2015) und dem Beginn der dritten Regulierungsperio-  
de (2018) einbezogen werden könnten. Der jährliche Genehmigungssturnus lege  
aber nahe, nur die in der jeweiligen Genehmigungsperiode anfallenden Kapital-  
kosten zu berücksichtigen. Überdies habe der Verordnungsgeber als Stichtag  
für den Systemwechsel den Beginn der dritten Regulierungsperiode bestimmt.  
Ferner führten systematische Erwägungen dazu, Kapitalkosten aus Investitio-  
nen der Jahre 2016 und 2017 nicht beim Kapitalkostenaufschlag für 2018 zu  
berücksichtigen. Anders als in § 34 Abs. 4 Satz 2 ARegV fehle in Absatz 6 die-  
ser Vorschrift eine Erstreckung auf offene Kalenderjahre. Eine Finanzierungslü-  
cke entstehe nicht. Der Anreizregulierung liege kein investitionsscharfer Finan-  
zierungsansatz zugrunde; sie solle vielmehr die Wirtschaftlichkeit des Ge-  
samtnetzes sicherstellen. In das für Investitionen der ersten und zweiten Regu-  
lierungsperiode verfügbare Budget flössen daher sämtliche positiven Sockelef-  
fekte einschließlich solcher aus Altanlagen ein, die vor Inkrafttreten der Anreiz-  
regulierungsverordnung aktiviert worden seien. Dieses Gesamtbudget stehe

auch für Investitionen 2016 und 2017 zur Verfügung. Überdies werde nach § 34 Abs. 5 ARegV die Refinanzierung von Investitionen der ersten beiden Regulierungsperioden durch das bisherige Instrumentarium gesichert, ergänzt um eine Aussetzung des Kapitalkostenabzugs für Investitionen der Jahre 2007 bis (im Gassektor) 2015. Auch Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags erfordere keine Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017. Der Systemwechsel führe nicht zu einer strukturellen Verschlechterung der Investitionsbedingungen. Die Anreizregulierung beruhe auf einer Entkoppelung von Kosten und Erlösen; Unschärfen in Form von Unter- und Überdeckungen seien ihr immanent. Umgekehrt führte eine Einbeziehung der Kapitalkosten 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag zu einem strukturellen Vorteil. Soweit der Antragstellerin nach bisherigem Recht ein Erweiterungsfaktor oder eine genehmigte Investitionsmaßnahme zugestanden hätte, ergäben sich keine Nachteile; die Funktion dieser Instrumente übernehme mit Wirkung ab 2018 der Kapitalkostenaufschlag. Danach fehle bereits die für eine analoge Anwendung des § 10a ARegV erforderliche Regelungslücke.

6            Der Kapitalkostenaufschlag werde anhand des für die dritte Regulierungsperiode festgesetzten Eigenkapitalzinssatzes berechnet.

7            Nicht zu beanstanden sei ferner, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer gemäß § 10a Abs. 8 ARegV das eine Eigenkapitalquote von 40 % übersteigende Eigenkapital unberücksichtigt gelassen habe. Der Wortlaut sei eindeutig und entspreche der Annahme eines kalkulatorischen Mischzinssatzes von 40 % Eigenkapital und 60 % Fremdkapital. Die Regelung verstoße nicht gegen höherrangiges Recht (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Par-

laments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG vom 13. Juli 2009 (ABl. L 211, S. 94), im Folgenden: Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie). Dass im Ergebnis nicht die volle Verzinsung mit dem Eigenkapitalzinssatz erhalten bleibe, sei unschädlich; der Verordnungsgeber könne Regelungen treffen, wonach Eigenkapital von mehr als 40 % kalkulatorisch nur beschränkt wirksam werde. Soweit die Antragstellerin insoweit eine Abweichung von den Regelungen zum Kapitalkostenabzug moniere, sei dies schon deshalb unschädlich, weil es sich um gleichrangiges Recht handele.

8           II.       Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

9           1.       Die Antragstellerin hat keinen Anspruch aus § 10a ARegV auf Berücksichtigung der 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags für 2018.

10          a)       Betreiber von Gasverteilernetzen können eine Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines genehmigten Kapitalkostenaufschlags nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, § 10a ARegV gemäß § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV erstmals zum 30. Juni 2017 mit Wirkung auf den 1. Januar 2018 (§ 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV) beantragen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann dem Wortlaut dieser Vorschriften nichts dafür entnommen werden, in den Jahren 2016 und 2017 entstandene Kapitalkosten in den Kapitalkostenaufschlag für 2018 einzubeziehen.

11          aa)      Der Kapitalkostenaufschlag wird jahresweise genehmigt. Die Anpassung der Erlösobergrenze kann jährlich zum 30. Juni mit Wirkung zum

1. Januar des Folgejahres beantragt werden (§ 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV) und die Genehmigung ist auf dieses Folgejahr beschränkt (§ 10a Abs. 1 Satz 3 ARegV). § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV konkretisiert diese Regelungen dahingehend, dass ein Antrag auf Kapitalkostenaufschlag erstmals zum 30. Juni 2017 gestellt werden kann. Dieser Bestimmung käme kein eigenständiger Regelungsgehalt zu, könnte ihr nicht die materielle Wirkung entnommen werden, dass erstmals Kapitalkosten des Jahres 2018 geltend gemacht werden können. Denn da die Vorschriften zum Kapitalkostenzuschlag ohnehin erst mit Wirkung zum 17. September 2016 in die Anreizregulierungsverordnung eingefügt worden sind, folgt bereits aus § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV, dass die Antragstellung erstmals zum 30. Juni 2017 möglich war.

12           bb) Abweichendes ergibt sich nicht aus § 10a Abs. 2 Satz 1 ARegV. Diese Vorschrift regelt, welche Anlagegüter bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden, bestimmt aber nicht, für welche Kapitalkosten der Kapitalkostenaufschlag in zeitlicher Hinsicht gewährt werden kann.

13           Nach § 10a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ARegV werden bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags die betriebsnotwendigen Anlagegüter berücksichtigt, deren Aktivierung ab dem 1. Januar des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze (hier 2015) folgt, stattgefunden hat. Die Regelung erschöpft sich darin anzuordnen, dass die Kapitalkosten für sämtliche Investitionen, die in den Jahren nach dem maßgeblichen Basisjahr erfolgten und deshalb keinen Eingang in die Erlösobergrenze der jeweiligen Regulierungsperiode fanden (vgl. § 6 Abs. 1 ARegV), sachlich in den jährlichen Kapitalkostenaufschlag einbezogen werden, soweit sie zeitlich in dem jeweiligen Jahr entstehen. Dies gilt gleichermaßen für Investitionen im Zeitraum zwischen Basisjahr

und Beginn der Regulierungsperiode wie für Investitionen während einer laufenden Regulierungsperiode.

- 14            So werden beim Kapitalkostenaufschlag für 2018 die in diesem Jahr anfallenden Kapitalkosten für 2016 und 2017 aktivierte (§ 10a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ARegV) sowie für 2018 geplante (§ 10a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ARegV) Investitionen angesetzt, und beim Kapitalkostenaufschlag für 2019 entsprechend die Kapitalkosten für Investitionen in Anlagegüter, die 2016 bis 2018 aktiviert wurden oder deren Aktivierung 2019 erwartet wird. Danach lässt sich der Norm aber nicht entnehmen, dass schon in vergangenen Jahren entstandene Kapitalkosten noch rückwirkend angesetzt werden können.
- 15            cc) Dieses Verständnis ergibt sich auch aus § 10a Abs. 3 bis 8 ARegV, die eine jahresscharfe Berechnung vorgeben. Anzusetzen sind gemäß § 10a Abs. 3 ARegV die kalkulatorischen Abschreibungen auf betriebsnotwendiges Anlagevermögen nach § 6 Abs. 4 GasNEV. Diese Abschreibungen erfolgen linear und sind - wie § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV zeigt - jährlich vorzunehmen. Die kalkulatorische Verzinsung nach § 10a Abs. 4 und 5 ARegV errechnet sich aus den aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemittelten (§ 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV) und damit jährlichen Restwerten des Anlagevermögens. Ebenso erfolgt der Kapitalkostenabzug als Kehrseite des Kapitalkostenaufschlags nach § 6 Abs. 3 ARegV jahresscharf.
- 16            b) Sinn und Zweck der Regelungen sprechen ebenfalls dafür, den Kapitalkostenaufschlag nicht auf Investitionskosten der zweiten Regulierungsperiode anzuwenden.

- 17           aa) Mit der Neuregelung sollte zukünftig der Zeitverzug für die kostenscharfe Refinanzierung von Investitionen in Anlagegüter beseitigt werden (vgl. Entwurf der Bundesregierung für die Zweite Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung, BR-Drucks. 296/16, S. 20 f.). Dabei war mit "zukünftig" der Zeitpunkt des vorgesehenen Systemwechsels, also der Beginn der dritten Regulierungsperiode, gemeint. Der bisherige regulierungsperiodenbezogene Budgetansatz bei der Finanzierung von Investitionen sollte durch das neue System eines jährlichen Kapitalkostenabgleichs abgelöst werden (BR-Drucks. 296/16, S. 20, 23). Der Erweiterungsfaktor (§ 10 ARegV) und die Regelungen für (neue) genehmigte Investitionsmaßnahmen (§ 23 ARegV) sind auf Verteilernetzbetreiber dementsprechend erst ab der dritten Regulierungsperiode nicht mehr anwendbar (§ 34 Abs. 7 Satz 1 ARegV). Dies spricht gegen die Annahme, mit der Verordnung sei eine Anwendung der Neuregelung des Kapitalkostenabgleichs schon auf in der zweiten Regulierungsperiode entstandenen Aufwand für Investitionen beabsichtigt.
- 18           bb) Die Neuregelung geht vielmehr davon aus, dass die Refinanzierung der Investitionen aus der zweiten Regulierungsperiode grundsätzlich über die Erlösbergrenzenbudgets und deren Anpassungen in den ersten beiden Regulierungsperioden sowie die künftige Anerkennung der Kapitalkosten gesichert ist. Einer Nachholung von Abschreibungen und Verzinsung aus früheren Jahren bedarf es im System des Kapitalkostenaufschlags nicht.
- 19           Die Kapitalkosten für Investitionen in Anlagegüter, die während einer laufenden Regulierungsperiode nach einem Basisjahr erfolgen, fließen auf Antrag durch Anpassung der Erlösbergrenze in diese jeweils laufende Regulierungsperiode ein. So können die Netzbetreiber für Investitionen in den Jahren 2020



(dem Basisjahr für die vierte Regulierungsperiode) bis 2022 nach § 10a ARegV einen Kapitalkostenaufschlag während der dann noch laufenden dritten Regulierungsperiode beantragen. Dem steht nicht entgegen, dass 2020 selbst ein Basisjahr ist, denn "Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze" (§ 10a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ARegV) ist während der dritten Regulierungsperiode - und damit auch für die Jahre 2020 bis 2022 - das Jahr 2015. Investitionen aus 2021 und 2022 werden darüber hinaus mit ihren ab 2023 erwarteten Kapitalkosten beim Kapitalkostenaufschlag während der vierten Regulierungsperiode berücksichtigt, da sie für das Ausgangsniveau des Basisjahrs dieser Regulierungsperiode unberücksichtigt geblieben sind.

20 Ein Ansatz in Vorjahren entstandener Kapitalkosten (erst) in späteren Jahren würde demgegenüber zu einer Verzerrung bei der zeitlichen Zuordnung von Kapitalkosten führen. Dies stünde in Widerspruch zur Absicht des Verordnungsgebers, jährlich eine Refinanzierung ohne Zeitverzug zu ermöglichen (BR-Drucks. 296/16, S. 20; vgl. für den Kapitalkostenabzug § 6 Abs. 3 Satz 1 und 3 ARegV). Zudem liefe die Antragsfrist nach § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV weitgehend leer, könnten Kapitalkosten aus Vorjahren in Folgejahren angesetzt werden.

21 Um den Systemübergang zu erleichtern, ist der Kapitalkostenabzug für Investitionen aus den Jahren 2007 bis (im Gassektor) 2015 während der dritten Regulierungsperiode durch § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV ausgesetzt worden (BR-Drucks. 296/16, S. 49). Danach sollen Investitionen von Verteilernetzbetreibern aus der zweiten Regulierungsperiode dem alten Regulierungssystem unterfallen. Eine Differenzierung zwischen Investitionen bis zum Basisjahr der

dritten Regulierungsperiode und solchen aus der Zeit nach dem Basisjahr (aber vor Beginn der dritten Regulierungsperiode) wurde nicht vorgenommen.

22 cc) Die unbestimmte zeitliche Angabe, "zukünftig" könnten Investitionen ohne Zeitverzug kostenscharf refinanziert werden (BR-Drucks. 296/16, S. 20 f.), präzisiert die Verordnung dahingehend, dass bereits Investitionen der Verteilernetzbetreiber in den Jahren 2016 und 2017 für die Bemessungsgrundlage des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden. Hätte die bis zum Inkrafttreten der Neuregelung bestehende Rechtslage fortgegolten, hätten die Kosten für 2016 und 2017 aktivierte Anlagegüter, soweit sie nicht beim Erweiterungsfaktor oder als genehmigte Investitionsmaßnahme berücksichtigt werden konnten, hingegen weder 2016 noch 2017 oder während der Dauer der dritten Regulierungsperiode (2018 bis 2022) angesetzt werden können, da diese Investitionen nicht in die Bemessungsgrundlage des Basisjahrs für die dritte Regulierungsperiode (2015) einfließen konnten. Eine Berücksichtigung wäre erst mit Beginn der vierten Regulierungsperiode (2023 bis 2027) möglich gewesen. Durch die Neuregelung werden die Kapitalkosten für 2016 und 2017 aktivierte Anlagegüter jedoch bereits ab 2018 mit den in diesem Jahr entstehenden Kosten berücksichtigt. Soweit nach bisherigem Recht die Gewährung eines Erweiterungsfaktors in Betracht gekommen wäre, übernimmt der Kapitalkostenaufschlag dessen Funktion in der dritten Regulierungsperiode.

23 dd) Nach Sinn und Zweck der Neuregelung ist es auch nicht deshalb geboten, den Kapitalkostenaufschlag auf während der zweiten Regulierungsperiode in den Jahren 2016 und 2017 entstandene Investitionskosten anzuwenden, weil für in diesen Jahren aktivierte Anlagegüter ab der vierten Regulierungsperiode keine positiven Sockeleffekte mehr entstehen können. Das bishe-

rige Finanzierungssystem der Regulierungsperiode sah keine anlagenscharfe Erstattung von Kapitalkosten vor, so dass positive Sockeleffekte nach der Umstellung auf das System des Kapitalkostenabgleichs, mit dem eine investitions-scharfe Kostenerstattung beabsichtigt war, nicht beizubehalten waren.

24 (1) Nach altem Recht entstand für den Netzbetreiber zwar bei jeder Investition zunächst ein negativer Sockeleffekt, weil bis zu ihrer Berücksichtigung in der Erlösobergrenze ein Zeitverzug eintrat, der bei in einem Basisjahr aktivierten Wirtschaftsgütern zwei Jahre (nämlich bis zum Beginn der folgenden Regulierungsperiode), im Extremfall - wie unter Rn. 22 beschrieben - aber bis zu sieben Jahre betrug. Erst in der Folgezeit kam dem Netzbetreiber insoweit der positive Sockeleffekt zugute. Dieser entstand generell zum einen dadurch, dass für die kalkulatorische Verzinsung (und die kalkulatorische Gewerbesteuer) während der gesamten Dauer einer Regulierungsperiode die Restwerte im Basisjahr maßgeblich waren, obwohl tatsächlich eine Abschmelzung der Restwerte eintrat. Zum anderen blieb der Ansatz der kalkulatorischen Abschreibung eines Wirtschaftsgutes (nebst Verzinsung) selbst dann für die gesamte Dauer der Regulierungsperiode erhalten, wenn die tatsächliche Nutzungsdauer dieses Wirtschaftsgutes vor Ablauf der Regulierungsperiode endete ("goldenes Ende"). Die Rechtsbeschwerde will daraus ableiten, dass jedes Investitionsgut beide Phasen durchlaufen müsse, denn ein Abschneiden der positiven Sockeleffekte führe zu einer rechtswidrigen Finanzierungslücke.

25 (2) Der Ordnungsgeber hat bei Einführung der Anreizregulierung den Netzbetreibern aber auch außerhalb des Instruments des Erweiterungsfaktors (§ 10 ARegV) und der Investitionsbudgets oder der genehmigten Investitionsmaßnahme (§ 23 ARegV) ein Budget zur Finanzierung laufender

Investitionen zur Verfügung gestellt. Dieses Budget ergab sich insbesondere daraus, dass bei Einführung der Anreizregulierung bereits bestehende Altanlagen in die Erlösobergrenze eingestellt wurden. Die Altanlagen generierten mit Beginn der Anreizregulierung die beschriebenen positiven Sockeleffekte, denen keine vergleichbaren negativen Effekte vorausgegangen waren. Das sich hieraus ergebende Budget ebenso wie Finanzmittel aus dem bis zum 31. Dezember 2013 (vgl. § 34 Abs. 4 ARegV in der bis zum 16. September 2016 geltenden Fassung) gewährten, pauschalierten Investitionszuschlag nach § 25 ARegV standen für eine Finanzierung laufender Investitionen zur Verfügung. Aufgrund der anderweitigen Finanzierung der Investitionen in der ersten und zweiten Regulierungsperiode bestand danach grundsätzlich keine Notwendigkeit, nach einem Systemwechsel positive Sockeleffekte zu ermöglichen oder zu erhalten. Andernfalls wäre den Verteilernetzbetreibern - im Widerspruch zu der gesetzlichen Vorgabe einer kostenorientierten Entgeltbildung - über einen Zeitraum von bis zu sieben Jahren die Vorfinanzierung von Investitionen aufgebürdet worden, zu denen sie gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG rechtlich verpflichtet sein konnten.

- 26           (3) Ein System, das keine positiven Sockeleffekte ermöglicht oder erhält, verstößt nicht gegen das Gebot der Kostenorientierung in § 21a Abs. 4 Satz 5 EnWG i.V.m. § 21 Abs. 2 EnWG oder das unionsrechtliche Gebot zur Erhaltung der Lebensfähigkeit der Netze in Art. 41 Abs. 6 Buchst. a der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie. Es stellt auch keinen rechtlich relevanten Eingriff in geschützte Investitionen oder Renditeerwartungen dar, solange gewährleistet ist, dass die Netzbetreiber - bei einer typisierenden Gesamtbetrachtung - ihre Kosten refinanzieren können und das eingesetzte Kapital angemessen verzinst wird (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015 - EnVR 6/14, RdE 2015, 463 Rn. 37

- GASCADE Gastransport GmbH). Weitergehende Anforderungen lassen sich dem höherrangigen Recht nicht entnehmen. Demgegenüber steht die Sichtweise, der Verordnungsgeber hätte den Netzbetreibern die positiven Sockel sämtlicher Altanlagen überlassen, in Widerspruch zum Regulierungsziel einer preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit mit Energie (§ 1 Abs. 1 EnWG). Irrelevant ist dabei, ob ein Netzbetreiber das ihm durch die Erlösobergrenze bewilligte Budget tatsächlich für Investitionen eingesetzt hat.

27 (4) Der Verordnungsgeber hat, gestützt auf den Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur nach § 33 Anreizregulierungsverordnung vom 21. Januar 2015 (S.156 ff., insb. S. 161, 165 und S. 170 f. und S. 365 f.), der Neuregelung dementsprechend die Annahme zugrunde gelegt, die Refinanzierung der Investitionen während der ersten beiden Regulierungsperioden sei durch die dortigen Finanzierungsinstrumente auskömmlich gewesen (BR-Drucks. 296/16, 20 f. und 49; vgl. auch Sondergutachten der Monopolkommission: Energie 2017: Gezielt vorgehen, Stückwerk vermeiden, BT-Drucks. 18/13680, Tz. 394 ff.). Er hat bei dieser Einschätzung nicht zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen unterschieden und konnte sich auch insoweit auf die Bundesnetzagentur stützen, als diese im Bereich der Erweiterungsinvestitionen zwar Verbesserungsmöglichkeiten gesehen, aber auch dort keinen dringenden umfassenden Handlungsbedarf erkannt hat (vgl. Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung, S. 365). Die Notwendigkeit eines Systemwechsels hat der Verordnungsgeber mit einem erhöhten Investitionsbedarf im Zusammenhang mit der Energiewende begründet (BR-Drucks. 296/16, S. 1, 20), der mit den bisherigen Finanzierungsinstrumenten nicht mehr hinreichend gedeckt erschien; hinzu trat das Bestreben, die nur pauschal wirkenden Budgets aus der Erlösobergrenze und dem Erweiterungsfaktor,

die folglich zu Über- und Unterdeckungen führten, auf ein kostenscharf wirkendes System umzustellen (BR-Drucks. 296/16, S. 20).

28           Waren Investitionen der zweiten Regulierungsperiode ausreichend finanziert, besteht keine Veranlassung, Investitionsaufwand von 2016 und 2017 in die Neuregelung einzubeziehen. Soweit gegen die Neuregelung eingewandt wird, der Ordnungsgeber habe verkannt, dass die bisherige Budgetfinanzierung entgegen seiner Annahme jedenfalls für Investitionen aus 2016 und 2017 unzulänglich war, was eine Einbeziehung der Kapitalkosten aus diesen Jahren in den Kapitalkostenaufschlag 2018 erforderlich mache, könnte dies allenfalls eine analoge Anwendung der Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag begründen (dazu unter 2.1.).

29           c)       Systematische Erwägungen legen gleichfalls nicht nahe, den Kapitalkostenaufschlag für Investitionskosten der zweiten Regulierungsperiode zu gewähren. Würde man die Neuregelung auf Kapitalkosten 2016 und 2017 anwenden, ergäben sich - wenn auch geringfügige - Überschneidungen mit dem Erweiterungsfaktor, etwa für das Jahr 2017, sofern eine Änderung der maßgeblichen Parameter in der ersten Jahreshälfte 2016 eingetreten wäre (§ 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 ARegV), oder mit genehmigten Investitionsmaßnahmen, die im ersten Quartal 2016 für 2017 beantragt wurden (§ 23 Abs. 6 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 ARegV). Ein solches Nebeneinander widerspricht dem Ziel eines klaren Systemwechsels und wird für die dritte Regulierungsperiode nicht nur durch § 34 Abs. 6 ARegV, sondern auch durch die weiteren Übergangsbestimmungen verhindert (Auslaufen des Erweiterungsfaktors; Regelungen zur beschränkten Fortgeltung genehmigter Investitionsmaß-

nahmen nur für die dritte Regulierungsperiode, § 34 Abs. 7 und Abs. 5 Satz 2 und 3 ARegV).

30           2.     Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 10a ARegV auf Kapitalkosten aus den Jahren 2016 und 2017 kommt nicht in Betracht. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

31           a)     Der Verordnungsgeber hat sich zwar im Rahmen der Neuregelung nicht ausdrücklich mit Investitionen nach dem relevanten Basisjahr, aber vor Beginn der dritten Regulierungsperiode beschäftigt. Er ging aber davon aus, die Refinanzierung der Investitionen der ersten und der Ende 2017 endenden zweiten Regulierungsperiode sei mit den dort gewährten Finanzierungsinstrumenten typischerweise gewährleistet (BR-Drucks. 296/16, S. 20 f. und 49). Dies zeigt, dass er eine Nachholung in 2016 und 2017 angefallener Investitionskosten im Kapitalkostenaufschlag 2018 bewusst abgelehnt hat.

32           b)     Eine analoge Anwendung kann ferner nicht damit begründet werden, der Verordnungsgeber habe verkannt, dass die bisherige Finanzierung über Budgets auch bei Berücksichtigung der Sockel aus Altanlagen unzulänglich gewesen sei, weshalb die Gewährung und Beibehaltung positiver Sockeleffekte auch über die dritte Regulierungsperiode hinaus erforderlich sei. Soweit dafür auf die Begründung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats für eine Verlängerung der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV auf die vierte Regulierungsperiode (BR-Drucks. 296/1/16, S. 12 f.) Bezug genommen wird, betrifft die Äußerung des Ausschusses schon nicht den Kapitalkostenaufschlag, sondern allein den Kapitalkostenabzug. Zudem konnte sich der Wirtschaftsausschuss mit seiner Forderung nicht durchsetzen. Der Bundesrat hat die Bundesregierung lediglich gebeten zu prüfen, ob die vorgesehene, auf die

dritte Regulierungsperiode beschränkte Regelung ausreichend sei, eine vollständige Refinanzierung effizienter Investitionen zu gewährleisten, oder ob sie auf die vierte Regulierungsperiode auszudehnen sei (BR-Drucks. 296/16 (Beschluss), S. 18). Damit sollte die Behauptung der Netzbetreiber überprüft werden, eine Refinanzierung von Investitionen der Jahre 2007 bis 2016, dem relevanten Basisjahr im Strombereich, sei nicht gewährleistet. Diese Behauptung, die in Widerspruch zur Verordnungsbegründung steht, macht sich der Bundesrat in seiner Prüfbitte nicht zu eigen. Auch das zeigt, dass von einer planwidrigen Regelungslücke keine Rede sein kann. Vielmehr hat der Verordnungsgeber insoweit bewusst - und vorbehaltlich einer späteren Überprüfung - von einer Regelung abgesehen.

33            3.        Zu Recht hat das Beschwerdegericht beim Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 den für die dritte Regulierungsperiode festgesetzten Eigenkapitalzinssatz angewandt.

34            a)        Die Rechtsbeschwerde meint, nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV in der bis zum 21. März 2019 geltenden Fassung (im Folgenden: § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV aF) seien die nach § 7 Abs. 6 GasNEV im Basisjahr geltenden kalkulatorischen Eigenkapitalzinssätze für Neuanlagen anzusetzen, so dass der im maßgeblichen Basisjahr 2015 geltende (höhere) Zinssatz der zweiten Regulierungsperiode zur Anwendung komme.

35            b)        Dies trifft nicht zu.

36            aa)      Gemäß § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV aF haben Betreiber eines Gasverteilernetzes für den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz die nach § 7 Abs. 6 GasNEV im Basisjahr geltenden kalkulatorischen Eigenkapitalzinssätze



von Neuanlagen anzusetzen. Zwar "gilt" in einem bestimmten Basisjahr selbst immer der Eigenkapitalzinssatz der Regulierungsperiode, zu der es zählt. Der nach § 7 Abs. 6 GasNEV geltende, ebenso von der Norm in Bezug genommene Eigenkapitalzinssatz ist aber der jeweils von der Regulierungsbehörde vor Beginn einer Regulierungsperiode für deren Dauer festgelegte Eigenkapitalzinssatz. Bei dem begehrten Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 ist dies der für die dritte Regulierungsperiode festgesetzte Eigenkapitalzinssatz. Damit ist nach dem Wortlaut des § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV aF der in Bezug genommene Eigenkapitalzinssatz nicht eindeutig. Im vorliegenden Fall könnte damit entweder der im Basisjahr der dritten Regulierungsperiode geltende Eigenkapitalzinssatz der zweiten Regulierungsperiode gemeint sein oder der nach § 7 Abs. 6 GasNEV für die Dauer der dritten Regulierungsperiode festgesetzte Eigenkapitalzinssatz.

37           bb) In der Systematik der Anreizregulierung zeichnet der Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV jährliche Steigerungen der Kapitalkosten nach, die sich als Erhöhung der für die Regulierungsperiode bewilligten Erlösobergrenze auswirken, während der Kapitalkostenabschlag nach § 6 Abs. 3 ARegV die Erlösobergrenze wegen verringerter Kapitalkosten senkt. Es wäre sachlich nicht zu begründen, würden für diese funktionell verbundenen Instrumente unterschiedliche Eigenkapitalzinssätze gelten. Sowohl für die Bestimmung der Erlösobergrenze einer Regulierungsperiode als auch für den während ihrer Geltung erfolgenden Kapitalkostenabschlag gilt aber zweifelsfrei der Eigenkapitalzinssatz, der für diese Regulierungsperiode festgesetzt wurde.

38           Für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung bei der Bestimmung der Erlösobergrenze einer Regulierungsperiode verweist § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV

auf die Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Gasnetzentgeltverordnung und damit auf § 7 GasNEV. Nach § 7 Abs. 6 Satz 1 und 2 GasNEV legt die Regulierungsbehörde die Eigenkapitalzinssätze vor Beginn der Regulierungsperiode für deren Dauer fest. Damit trifft § 7 Abs. 6 GasNEV für die anzuwendenden Zinssätze eine Sonderregelung, die der allgemeinen, auf Daten des Basisjahres abstellenden Vorschrift in § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV vorgeht. Folglich ist in der dritten Regulierungsperiode zur Bestimmung der Erlösobergrenzen der Eigenkapitalzinssatz der dritten Regulierungsperiode auf die im Basisjahr erhobenen Werte des Anlagevermögens anzuwenden.

39 Für den Kapitalkostenabschlag gilt nichts anderes. Bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 und 2 ARegV die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung zu berücksichtigen. Diese bestimmt sich nach § 6 Abs. 3 Satz 1 ARegV i.V.m. Anlage 2a Abs. 3 ARegV auf Grundlage des Bestands der betriebsnotwendigen Anlagegüter des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 und 2 ARegV in einem bestimmten Jahr der jeweiligen Regulierungsperiode. Nach Anlage 2a Abs. 4 Nr. 9 ARegV ist der Eigenkapitalzinssatz des Ausgangsniveaus im Basisjahr anzuwenden. Dies ist, wie soeben unter Rn. 38 gezeigt, vorliegend der Zinssatz der dritten Regulierungsperiode.

40 cc) Auch Sinn und Zweck der Vorschrift zwingen zu dieser Auslegung, da die Auslegung der Rechtsbeschwerde zu sachwidrigen Ergebnissen führen würde. Investitionen aus der zweiten Regulierungsperiode, die bereits Eingang in das Ausgangsniveau für die folgende Periode gefunden haben (also Investitionen, die bis 2015 aktiviert worden sind), würden als Eigenkapital während der dritten Regulierungsperiode mit den Zinssätzen der dritten Regulierungsperiode verzinst, zeitlich spätere Investitionen der zweiten Regulie-

ungsperiode und solche, die erst im Laufe der dritten Regulierungsperiode vorgenommen werden, würden dagegen nach den Regelungen des Kapitalkostenaufschlags noch mit den günstigeren Zinssätzen der zweiten Regulierungsperiode verzinst. Ein sachlicher Grund dafür ist nicht erkennbar.

41           dd)   Diesen Befund bestätigt schließlich die seit 22. März 2019 geltende Neufassung des § 10a Abs. 7 Satz 2 und 3 ARegV, durch die die Wörter "im Basisjahr" durch die Wörter "der jeweiligen Regulierungsperiode" ersetzt worden sind. Damit war lediglich eine redaktionelle Klarstellung bezweckt (vgl. Verordnungsentwurf der Bundesregierung zur Berechnung der Offshore-Netzumlage und zu Anpassungen im Regulierungsrecht, BR-Drucks. 13/19, S. 21).

42           4.    Zu Recht hat die Bundesnetzagentur für den kalkulatorischen Ansatz der Gewerbesteuer nach § 10a Abs. 8 Satz 1 ARegV nur das Produkt aus der mit 40 % gewichteten Verzinsungsbasis mit dem Eigenkapitalzinssatz berücksichtigt. Die Rechtsbeschwerde räumt ein, dass sich diese Handhabung aus § 10a Abs. 8 Satz 1 ARegV ergibt. Sie sieht in der Regelung der Verordnung jedoch einen Verstoß gegen höherrangiges Recht, da der Netzbetreiber einen Anspruch auf eine auskömmliche Verzinsung auch jenseits einer Eigenkapitalquote von 40 % habe und die gegenteilige Regelung somit in Widerspruch mit § 21a Abs. 4 Satz 5 i.V.m. § 21 Abs. 2 EnWG stehe. Dies trifft nicht zu.

43           a)    Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, dass der Verordnungsgeber berechtigt ist, bei seinen Regelungen zu berücksichtigen, dass eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % nicht schützenswert ist, weil sie bei Be-

treibern von Strom- und Gasnetzen Indiz für einen unzureichenden Wettbewerb ist (BGH, Beschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 39 ff., insb. 41 - Rhein Hessische Energie I; WuW/E DE-R 2701 Rn. 15 - SWU Netze; vom 18. Februar 2014 - EnVR 71/12, EnWZ 2014, 317 Rn. 24 - Rhein Hessische Energie II; vom 8. Oktober 2019 - EnVR 58/18, juris Rn. 35 - Normativer Regulierungsrahmen). Der Ordnungsgeber war daher nicht gehindert, auch im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags die Quote des berücksichtigungsfähigen Eigenkapitals auf 40 % zu begrenzen. Folglich durfte er für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ebenfalls eine Eigenkapitalquote von 40 % zugrunde legen.

44

b) Die Regelung führt nicht dazu, dass Netzbetreiber, die über eine höhere Eigenkapitalquote verfügen, insoweit im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags keine Verzinsung erhalten. Für das über 40 % hinausgehende Eigenkapital bestimmt sich der Zinssatz vielmehr gemäß § 7 Abs. 7 GasNEV (§ 10a Abs. 7 Satz 3 ARegV). Allerdings ist der effektiv erzielbare Zinssatz deshalb geschmälert, weil der Gewerbeertrag aus Eigenkapital insgesamt, also auch soweit dieses eine Quote von 40 % übersteigt, zwar der Gewerbesteuer unterliegt, für den übersteigenden, als Fremdkapital behandelten Betrag aber keine (kalkulatorische) Gewerbesteuer angesetzt wird. Der Ordnungsgeber war indes nicht verpflichtet, eine höhere Gewerbesteuerbelastung zu berücksichtigen. Er hat zur Berechnung des Kapitalkostenaufschlags bewusst ein pauschales System gewählt, das sich von den spezifischen Umständen des betroffenen Verteilernetzbetreibers löst. Dadurch wird eine unternehmensspezifische Kostenprüfung vermieden und eine einheitliche Verzinsung aller Investitionen während des Laufs einer Regulierungsperiode gewährt (BR-Drucks. 296/16, S. 35), ohne individuelle Effizienzvorgaben nach § 16 ARegV zu berücksichtigen. Die

Anwendung eines solchen pauschalen Systems begegnet keinen rechtlichen Bedenken, zumal der Verordnungsgeber zugunsten der Verteilernetzbetreiber die höchste noch anerkennenswerte Eigenkapitalquote unterstellt. In diesem System ist es folgerichtig, hinsichtlich der Fremdkapitalquote keine (kalkulatorische) Gewerbesteuer anzusetzen. Erreichen in einem solchen Fall Netzbetreiber, die einen höheren Eigenkapitalanteil aufweisen, nicht die volle Verzinsung, ist dies Ausfluss des unbedenklichen, pauschalierenden kalkulatorischen Systems (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2395 Rn. 72, 75 - Rhein Hessische Energie I; vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 83, 86 - Stadtwerke Trier; vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 Rn. 44, 46 - Stadtwerke Freudenstadt II; vom 25. April 2017 - EnVR 57/15, RdE 2017, 340 Rn. 60 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH).

45 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Meier-Beck

Kirchhoff

Bacher

Schoppmeyer

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.03.2019 - VI-3 Kart 121/17 (V) -