



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 30.09.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterinnen am Oberlandesgericht Klein Reesink und Dr. Webler

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 04.09.2019, BK9-16/8220, wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

Die Gerichtskosten und die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin trägt die Bundesnetzagentur.

Der Beschwerdewert wird auf ...Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

#### **G r ü n d e :**

##### **A.**

Gegenstand der Beschwerde ist die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs im Rahmen der Festlegung der unternehmensindividuellen Erlösobergrenze der Beschwerdeführerin für die 3. Regulierungsperiode Gas.

Die 9. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur leitete gegenüber der Beschwerdeführerin von Amts wegen gemäß § 2 ARegV ein Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV ein und legte diese mit Beschluss vom 04.09.2019, BK9-16/8220, fest. Bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs i.S.d. § 6 Abs. 3 ARegV, der der Festlegung der Erlösobergrenzen zugrunde gelegt worden ist, hat sie ausgehend von den Kosten des Basisjahres 2015 nachfolgenden Aufwand in Höhe von insgesamt 17.656.907 Euro in den Kapitalkostenabzug als „Aufwand für Fremdkapital“ einbezogen, der teilweise bei der Beschwerdeführerin selbst und zum Teil bei der HanseWerk AG als Dienstleister und Verpächter entstanden ist:

	Netzbetreiber 2015 Euro	Verpächter/Dienstleister 2015 ... Euro
ZINSAUFWAND AUS ZUFÜHRUNG PENSIONS- RÜCKST	..... Euro	...1 Euro
ZINSAUFW SONSTIGE UNT	.... Euro	... Euro
AUFZINS SONST LFR RÜCKST NEUTRAL	....Euro	... Euro
SONST ZINSAUFW FÜR N FINANZIELLE VERBINDL	.... Euro	... Euro
AUFZINS SONST LFR RÜCKST NEUTRAL	.... Euro	... Euro
....		

Bei der Unterposition 1 handelt es sich um Zinszuführungen und Zinsänderungseffekte aus Pensionsrückstellungen abzüglich der Erträge aus dem für die Bedienung dieser Pensionsverbindlichkeiten separierten Vermögen. In der Unterposition 2 sind Verzugszinsen sowie Zinsaufwendungen aus Spendengeldern verbucht. Die Unterposition 3 weist Zinsaufwand und den Zinsänderungseffekt der Rückstellungen für Altersteilzeit, Vorruhestand sowie Sterbegeld aus. Die Unterposition 4 stellt den Zinsaufwand der Rückstellung für das Insolvenzverfahren der ... dar, ein entsprechender negativer Betrag in der Unterposition 6 neutralisiert diesen Posten. In der Unterposition 5 werden Zinszuführungen und Zinsänderungseffekte von langfristigen Rückstellungen ausgewiesen.

Eine Differenzierung zwischen Zinsen für Fremdkapital, das in unmittelbarem Zusammenhang mit Investitionen steht, und sonstigen Fremdkapitalzinsen hat die Beschlusskammer nicht vorgenommen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass eine solche Abgrenzung im Verordnungswortlaut nicht angelegt sei. Das betriebsnotwendige verzinsliche Fremdkapital sei grundsätzlich in der vollen in der Bilanz ausgewiesenen Höhe zu berücksichtigen. Der Fremdkapitalzinsaufwand ergebe sich als Produkt aus den Fremdkapitalzinsen des Jahres 2015 und dem Verhältnis aus dem betriebsnotwendigen Vermögen des jeweiligen Jahres der 3. Regulierungsperiode und dem betriebsnotwendigen Vermögen des Jahres 2015. Fremdkapitalzinsen seien alle Zinsen und ähnliche Aufwendungen aus Fremdkapital, wobei unter Fremdkapital die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen verstanden werde. Soweit dadurch dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile einbezogen worden seien, obgleich weiterhin anererkennungsfähige Kosten in entsprechender Höhe vorhanden seien, sei dies durch eine Anpassung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV auszugleichen.

Zudem hat die Beschlusskammer 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 Basisjahrs fixiert. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sachlich handele es sich hierbei um Kapitalkostenbestandteile. Es entspreche Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die Kapitalkosteneffekte von Neuinvestitionen vollumfänglich vom Kapitalkostenabzug auszunehmen. Eine Ungleichbehandlung positiver und negativer Kostenbestandteile sei ökonomisch nicht begründbar.

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 S. 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 Doppelerkennung käme, wenn sie vom Kapitalkostenabzug ausgenommen würden.

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 Ordnungsgeber die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV eingefügt. In der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 296/16, S. 49) heißt es hierzu:

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

Zur Berechnung des Sockels nach § 34 Absatz 5 werden die Kapitalkosten für Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis einschließlich 31. Dezember 2016 erstmals aktiviert wurden, für die Dauer der dritten Regulierungsperiode nicht nach § 6 Absatz 3 nachgefahren. Das Absinken der Restbuchwerte und damit auch das Absinken der Kapitalkosten werden bei diesen Anlagegütern ausschließlich für die dritte Regulierungsperiode nicht berücksichtigt. Die Regelung gilt ausschließlich für die in Absatz 5 bezeichneten Sachanlagegüter und lediglich für die Dauer der dritten Regulierungsperiode.“

Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die ein Netzbetreiber im Zeitraum ab dem 01.01. des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze folgt, oder bis zum 31.12. des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, erhalten hat oder voraussichtlich erhalten wird, können seit dieser Novellierung jahresscharf über § 10a Abs. 6 ARegV in der kalkulatorischen Verzinsungsbasis für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags berücksichtigt werden. Eine entsprechende Regelung für eine Berücksichtigung der abschmelzenden Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Rahmen des Kapitalkostenabzugs

fehlte in dem Entwurf der Bundesregierung zur Novellierung der ARegV 2016 zunächst. Auf Initiative des Bundesrats wurde sodann § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt. Zur Begründung heißt es (BR-Drs. 296/16 (Beschl.), S. 2):

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

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

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 04.09.2019. Sie ist der Ansicht, die Bundesnetzagentur habe den Kapitalkostenabzug in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig zu ihrem Nachteil ermittelt.

Die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht sonstigen, nicht investitionsbezogenen Zinsaufwand, insbesondere Zinszuführungen und Zinsänderungseffekte aus Pensionsrückstellungen der ihr bzw. dem Verpächter und Dienstleister entstanden sei, abzüglich der Erträge aus dem für die Bedienung dieser Pensionsverbindlichkeiten separierten Vermögen als vermeintliche Kapitalkosten in den Kapitalkostenabzug einbezogen. Dieser Aufwand stehe in keinem Zusammenhang zum Sachanlagevermögen, weshalb sich diese Kosten auch völlig unabhängig – und im Übrigen sehr volatil – zu den Restbuchwerten des Sachanlagevermögens entwickelten. Bereits der Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV spreche dafür, nur anlagenbezogene Fremdkapitalzinsen beim Kapitalkostenabzug zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur verkenne, dass ein streng kalkulatorisches und kein HGB-rechtliches Begriffsverständnis anzulegen sei. Der Ordnungsgeber habe in § 7 Abs. 2 S. 2 GasNEV Rückstellungen eindeutig dem Abzugskapital zugeordnet und dieses in § 7 Abs. 1 S. 2 GasNEV von dem Begriff des verzinslichen Fremdkapitals abgegrenzt. Bereits danach erfasse der Wortlaut des § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV nicht den streitgegenständlichen sonstigen, nicht investitionsbezogenen Zinsaufwand. Zudem sei § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV hinsichtlich der Formulierung

„Aufwand aus Fremdkapitalzinsen“ wortgleich zu § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV. Beim Kapitalkostenaufschlag beschränke sich dieser Aufwand unstreitig auf die investitionsbezogenen Fremdkapitalzinsen. Systematische Gesichtspunkte sprächen dafür, auch beim Kapitalkostenabzug eine solche sachenlagenbezogene Sichtweise zu wählen. Die Frage, ob auf ein tatsächliches - so beim Kapitalkostenabzug - oder nur ein pauschaliertes Verhältnis - so beim Kapitalkostenaufschlag - zwischen Eigen- und Fremdkapital abzustellen sei, habe keine Auswirkung auf die Frage, ob sich der Aufwand aus Fremdkapitalzinsen nur auf das investitionsbezogene Fremdkapital beschränke. Bei den Instrumenten sei gemein, die mit Änderungen des Sachanlagenbestands einhergehenden, in diesem Sinne also akzessorischen Kapitalkostenänderungen in den Erlösobergrenzen zu berücksichtigen. Dass gemäß Anlage 2a Abs. 4 Nr. 3 ARegV das gesamte betriebsnotwendige Vermögen als kalkulatorische Eigenkapitalverzinsungsbasis in den Kapitalkostenabzug einbezogen werde, also auch das betriebsnotwendige Finanzanlage- und Umlaufvermögen, stehe dem nicht entgegen. Dies beruhe auf Gesichtspunkten, die nicht auf den Fremdkapitalzinsaufwand zu übertragen seien. Insbesondere aber lasse die Bundesnetzagentur bei ihrer Vorgehensweise den Sinn und Zweck der Regelung des § 6 Abs. 3 ARegV außer Acht. Grundgedanke des Kapitalkostenabzugs sei, dass die über den Zeitraum einer Regulierungsperiode sinkenden Kapitalkosten von Bestandsanlagen in der Erlösobergrenze des Netzbetreibers Niederschlag finden sollten. Der streitgegenständliche sonstige Zinsaufwand zähle aber gerade nicht zu den Kapitalkosten von Bestandsanlagen, entwickle sich entsprechend auch nicht proportional mit den Restwerten dieser Anlagen. Genau an diesen Zusammenhang knüpfe jedoch die Norm an, wenn sie in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV die „fortgeführten Kapitalkosten“ als solche verstehe, die sich „unter Berücksichtigung der im Zeitablauf sinkenden kalkulatorischen Restwerte der betriebsnotwendigen Anlagegüter“ ergäben. Intention des Ordnungsgebers sei die Verhinderung eines positiven Sockeleffekts gewesen. Nicht dem Normzweck entspreche es daher, auch für jene Kostenpositionen eine derartige Kostenreduktion zu unterstellen, die in keinem Zusammenhang mit den Restbuchwerten stünden. Insbesondere beim Zinsanteil aus Zuführungen zu Pensionsrückstellungen werde die Höhe dieser Kosten von der Zinsentwicklung und den dann unter Umständen nötigen Zinsanpassungen für Auf- und Abzinsungen beeinflusst. Entsprechend volatil entwickle sich diese Position.

Nicht zuletzt stehe die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur nicht im Einklang damit, dass die streitigen Kosten weitgehend dauerhaft nicht beeinflussbare Personalzusatzkosten i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 9 ARegV seien. Deren Änderung werde direkt und punktgenau über § 4 Abs. 3 ARegV in der Erlösobergrenze reflektiert und dürfe schon deshalb nicht indirekt über den Kapitalkostenabzug auf die Erlösobergrenze Einfluss nehmen.

Die Beschwerdeführerin ist ferner der Auffassung, die Bundesnetzagentur wende die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV fehlerhaft auf Netzanschlusskostenbeiträge an. Durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs in der 3. Regulierungsperiode für die seit dem Jahr 2007 zugegangenen Anlagen solle zugunsten der Netzbetreiber der sogenannte „positive Sockeleffekt“ bestehen bleiben. Dadurch sollten in der Vergangenheit durch die verzögerte Refinanzierung von Anlagenzugängen jenseits des Basisjahres entstandene Finanzierungslücken (wenigstens teilweise) ausgeglichen werden. Die Bundesnetzagentur verringere diese Kompensation rechtswidrig, indem sie Netzanschlusskostenbeiträge ebenfalls unter diese Übergangsregelung fallen lasse. Dies bewirke, dass diese Bilanzpositionen auf die Werte des Basisjahres „eingefroren“ würden und damit das Abzugskapital im Zeitverlauf nicht entsprechend der tatsächlichen jährlichen Auflösung der Netzanschlusskostenbeiträge absinke. Diese Vorgehensweise stehe bereits mit dem Wortlaut des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV nicht im Einklang. Die Vorschrift beziehe sich ausdrücklich auf Kapitalkosten. Diese seien in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV definiert und umfassten weder Baukostenzuschüsse noch Netzanschlusskostenbeiträge, die ihrerseits in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV aufgeführt seien. Darüber hinaus stehe auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift dem Vorgehen der Bundesnetzagentur entgegen, das im Widerspruch zur Intention des Verordnungsgebers stehe. Letztlich spreche auch die Entstehungsgeschichte des § 34 Abs. 5 ARegV gegen ein „Einfrieren“ der Netzanschlusskostenbeiträge auf den Wert des Basisjahres. Die Implementierung der Vorschrift sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als Netzanschlusskostenbeiträge noch nicht Bestandteil des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV gewesen seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020 hat die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde unter Verweis auf die Entscheidung des Senats vom 01.07.2020 (VI-3 Kart 770/19 (V)) dahingehend erweitert, dass sie sich auch gegen die fehlende Berücksichtigung der Anlagen im Bau bei der Ermittlung des Übergangssockels i.S.d. § 34 Abs. 5 ARegV richtet.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 04.09.2019, BK9-16/8220, zu verpflichten, die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode Gas (2018 bis 2022) der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu festzulegen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss und ist der Ansicht, die Bestimmung des Aufwandes für Fremdkapitalzinsen nach § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV i.V.m. Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 ARegV sei rechtmäßig erfolgt. Fremdkapitalzinsen i.S.d. § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV erfassen alle Zinsen und ähnliche Aufwendungen aus Fremdkapital. Unter Fremdkapital sei die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen zu verstehen. Eine Begrenzung auf sachanlagenbezogenen Aufwand für Fremdkapitalzinsen sehe bereits der Wortlaut der Vorschrift nicht vor und könne auch nicht aus einem systematischen Vergleich mit dem Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV hergeleitet werden. Anders als beim Kapitalkostenabzug erfolge hierbei eine standardisierte Ermittlung, unabhängig von der konkreten Finanzierungsstruktur des jeweiligen Netzbetreibers. Entsprechend könnten die nach § 10a ARegV geltenden Regeln für die Bestimmung des Aufwands für Fremdkapitalzinsen nicht auf den Kapitalkostenabzug übertragen werden. Maßgebend seien allein die in der Anlage 2a Abs. 4 ARegV aufgeführten Grundsätze, die sie angewendet habe. Ausweislich der Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 ARegV habe der Verordnungsgeber nicht auf die Entwicklung des Fremdkapitals im jeweiligen Jahr, sondern auf das Vermögen abgestellt. Der Verordnungsgeber differenziere dabei nicht, auf welche Weise dieses Vermögen finanziert werde, ob mit Eigenkapital, zweckgebundenen Bankdarlehen oder – wie hier – mit Rückstellungen. Aus der Anlage 2a Abs. 4 Nr. 11 ARegV folge damit, dass sämtliche Fremdkapitalkosten quotal zu der Entwicklung des Gesamtvermögens anzupassen seien.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin widerspreche es dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs nicht, Zinsaufwand für Pensionsrückstellungen oder andere nicht anlagenbezogene Sachverhalte als Fremdkapitalzinsaufwand i.S.d. § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV zu begreifen. Die Beschwerdeführerin lasse unberücksichtigt, dass

auch die hier in Frage stehenden Zinspositionen mit den im Zeitverlauf sinkenden kalkulatorischen Restwerten der betriebsnotwendigen Anlagegüter abschmelzen. Da die einzelnen Kapitalpositionen auf der Passivseite nicht bestimmten Vermögenswerten auf der Aktivseite der Bilanz zuzuordnen seien, sei das Abschmelzen der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf alle Kapitalpositionen – Eigen- wie Fremdkapital – anzuwenden. Da der Verordnungsgeber keine Differenzierung in Bezug auf den Aufwand der Fremdkapitalzinsen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs vorgenommen habe, seien auch dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile einzubeziehen. Durch die Anpassung der Erlösobergrenze mittels direkter Anwendung des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV entstehe der Beschwerdeführerin kein wirtschaftlicher Nachteil.

Weiterhin ist die Bundesnetzagentur der Auffassung, Netzanschlusskostenbeiträge, die im Zeitraum 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 vereinnahmt worden seien, blieben im Hinblick auf die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV für die 3. Regulierungsperiode auf die Werte des Basisjahres fixiert. Dass ihr Abschmelzen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 ARegV für diese Übergangszeit außer Betracht bliebe, ergebe sich aus dem Wortlaut, der Historie, der Systematik und dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung.

Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs seien in § 6 Abs. 3 S. 2 bis 4 ARegV definiert und umfassten deshalb auch 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 Netzanschlusskostenbeiträge untrennbar mit Investitionen in das betriebsnotwendige Anlagevermögen einher.

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

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

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

Soweit sich die Beschwerde auch gegen die Nichtberücksichtigung von Anlagen im Bau im Übergangssockel i.S.d. § 34 Abs. 5 ARegV richte, sei sie aus denselben Gründen, die sie bereits im Verfahren VI-3 Kart 770/19 (V) ausgeführt habe, zurückzuweisen. Danach seien bis zum 31.12.2016 aktivierte Anlagen im Bau von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV nicht 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. Die während der 3. Regulierungsperiode in Betrieb genommen Anlagen seien Zugänge im Anlagevermögen und könnten damit vollständig zu Gunsten des Netzbetreibers dem Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV zugrunde gelegt werden. Eine Nichteinbeziehung von Anlagen im Bau in den für die 3. Regulierungsperiode übergangsweise beibehaltenen positiven Sockeleffekt 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 S. 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 Verordnungsgeber habe bei der Übergangsregierung abschmelzende Restwerte im Blick gehabt, und habe für diese den positiven Sockeleffekt erhalten wollen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen und den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll zur mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## **B.**

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

**I.** Rechtsfehlerhaft hat die Bundesnetzagentur den Kapitalkostenabzug i.S.d. § 6 Abs.

3 S. 2 ARegV ermittelt, indem sie unter „Fremdkapital“ die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen verstanden und damit die Fremdkapitalzinsen auch unter Einbeziehung der Aufwendungen für das Abzugskapital im Sinne des § 7 Abs. 2 StromNEV / GasNEV berechnet hat.

Nach § 6 Abs. 3 S. 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 S. 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 S. 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 S. 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 StromNEV / 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 S. 3 begrifflich zwischen 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 / StromNEV näher definierte Abzugskapital.

**2.1.** Dies folgt indes nicht schon aus einem Vergleich mit dem Instrument des Kapitalkostenaufschlags und der 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 vom 12.06.2019, IV-3 Kart 165/17 (V) Rn. 148, juris) - zwei korrespondierende Elemente des Kapitalkostenabgleichs dar (vgl. auch Meinzenbach, in: BerlK-EnR, § 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 Verordnungsgeber hat zwar die Kapitalkosten sowohl beim Kapitalkostenabzug in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV als auch beim Kapitalkostenabzug in § 10a Abs. 1 S. 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 Verordnungsgeber vorgegebene 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. 4-7 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 Nr. 3 StromNEV / 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 nachgeführt. Es ist daher möglich und auch systematisch zwingend, eine rein anlagenbezogene Betrachtung vorzunehmen. Allerdings hat der Ordnungsgeber 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 Ordnungsgeber 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 Nr. 1 bis 4 StromNEV / 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 Nr. 1 bis 4 StromNEV/GasNEV bzw. auf die Nr. 1 bis der 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 abgeschrieben Anlagegüter und damit auf das gesamte Anlagevermögen abgestellt. Dass der Fremdkapitalzinsaufwand durch Verweis auf § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StromNEV / 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 Erlösobergrenze 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 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 können daher im Rahmen der „Innenfinanzierung“ der Finanzierung des Gesamtvermögens und damit auch der Sachanlagen dienen.

**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 StromNEV / 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 S. 2 begrifflich zwischen dem verzinslichen Fremdkapital und dem dem Unternehmen zinslos zur Verfügung stehenden Abzugskapital. § 7 Abs. 2 StromNEV / GasNEV definieren 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 StromNEV / GasNEV von dem in Anlage 2a Abs. 4 Nr. 6 zu § 6 ARegV genannten „verzinslichen Fremdkapital“ gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 StromNEV / 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 S. 2 StromNEV / GasNEV. Die Unterscheidung zwischen verzinslich zur Verfügung stehendem Fremdkapital 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 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 S. 2 StromNEV / GasNEV. So heißt es in der Verordnungsbegründung:

*„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 (BT-Drs. 296/16, S. 33, 34).“*

Danach will der Ordnungsgeber die Ermittlung der Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenabgleichs unter Bezugnahme auf die Vorschriften der StromNEV / 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: BerIK-EnR, 4. Auflage 2018, § 6 ARegV, Rn. 45; Schütz/Schütte, in: Holznagel/Schütz, 2. Auflage 2019, § 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 / StromNEV aufgeführten Abzugskapital üblicherweise nicht. Auch wenn – worauf die Bundesnetzagentur zutreffend verweist – ein nicht näher ermittelbarer Finanzierungszusammenhang zwischen dem Abzugskapital und dem Sachanlagevermögen bestehen könnte, entwickeln sich die Zinsaufwendungen des Abzugskapitals nicht proportional zu den Restwerten der Anlagen. Die in Abs. 2 Nr. 2-5 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: BerIK-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: BerIK-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 / StromNEV zu behandeln und nicht dem Fremdkapital zuzurechnen.

Nur mit der hier vertretenen Auffassung lässt sich auch die in § 6 Abs. 3 S. 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.

Vorliegend ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin ihre Pensionsverpflichtungen und das korrespondierende Vermögen zweckgebunden über ein sog. Contractual Trust Agreement (CTA) rechtlich ausgegliedert hat und in ihrer Bilanz die Pensionsverpflichtungen und das korrespondierende Vermögen gemäß § 246 Abs. 2 S. 2 HGB miteinander saldiert werden. In der Bilanz wird daher regelmäßig nur der das CTA-Deckungsvermögen übersteigende Erfüllungsbetrag der Pensionsverpflichtungen ausgewiesen, so dass in manchen Jahren auch gar keine Rückstellungen bilanziert werden müssen. Das aus den Pensionsverpflichtungen gegründete Vermögen steht dem Netzbetrieb daher auch in weit überwiegenderem Umfang bereits nicht mehr zur sog. „Innenfinanzierung“ zur Verfügung.

**II.** Der angefochtene Beschluss ist darüber hinaus deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV auf Netzanschlusskostenbeiträge, die in den Jahren 2007 bis 2015 von der Beschwerdeführerin vereinbart worden sind, angewandt hat. Das Absinken der Werte der Netzanschlusskostenbeiträge ist im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV auch schon für die 3. Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Diesbezüglich hat der Senat bereits entschieden (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss v. 01.07.2020, VI-3 Kart 770/19 (V) Rn. 26 ff.; VI-3 Kart 783 (V) Rn. 33 ff.; VI-3 Kart 813 (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 S. 1 ARegV bestimmt, dass die Regulierungsbehörde einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für Kapitalkosten genehmigt, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagegüter entstehen. Durch den Kapitalkostenabzug werden die Absenkungen der kalkulatorischen Kosten und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen von Bestandsanlagen schon bei der Festlegung der Erlösobergrenze abgebildet. Die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV erfolgt nach den Formeln der Anlage 2a zu § 6 ARegV.

Nach der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ist der Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV für die Dauer der 3. Regulierungsperiode nicht auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden, anzuwenden. Danach erfolgt eine vorübergehende Beibehaltung des positiven Sockeleffekts - sog. Übergangssockel - für die 3. Regulierungsperiode. Die unter dem bisherigen Regelungssystem generierten positiven Sockelbeträge resultieren daraus, dass, sobald die Investitionskosten über die Erfassung im nächsten Basisjahr in die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperioden eingegangen waren, die mit den sinkenden Restbuchwerten einhergehenden sinkenden Kapitalkosten während einer Regulierungsperiode nicht in den Erlösobergrenzen nachvollzogen wurden. Zudem wurden für Anlagen, die in der jeweiligen Regulierungsperiode das Ende ihrer Nutzungsdauer erreichten, die Kapitalkosten in Höhe des Basisjahres sowie die letzte Abschreibung bis zum Ende der Regulierungsperiode fortgeschrieben, so dass die Netzbetreiber für Bestandsanlagen durchgehend eine Eigenkapitalverzinsung, Fremdkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer auf Grundlage der Restwerte des Basisjahres erhielten.

**2.** Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs eine Fixierung der zwischen dem 01.01.2007 und 31.12.2016 vereinbarten Netzanschlusskostenbeiträge entsprechend der durch § 34 Abs. 5 ARegV geforderten unveränderten Fortführung der kalkulatorischen Restwerte der in diesem Zeitraum aktivierten Anlagegüter nicht geboten. Die in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV vorgesehene Berücksichtigung der Netzanschlusskostenbeiträge bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs wird nicht durch die Regelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ausgesetzt.

Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass eine Fixierung auf die Werte des Basisjahres nur für die aus Investitionen folgenden Kapitalkosten und nicht auf vereinnahmte Ertragszuschüsse zu erfolgen hat. Dafür sprechen neben dem Wortlaut und der Normhistorie insbesondere Sinn und Zweck der Vorschrift sowie systematische Erwägungen.

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

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

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

Die Kapitalkosten werden somit für den Zweck des Kapitalkostenabzugs eigenständig und nicht nach Maßgabe der §§ 5 bis 8 GasNEV bestimmt, so dass § 7 GasNEV für die Definition der Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs nicht heranzuzie-

hen ist. Die eigenständigen Regelungen zur Bestimmung der – fortgeführten - Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenabzugs sehen in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV den Abzug von Netzanschlusskostenbeiträgen vor. Die im Wortlaut der Norm angelegte Differenzierung zwischen Kapitalkosten einerseits und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits streitet auch dagegen, letztere als „negative Kapitalkosten“ unter den einen gemeinsamen Oberbegriff der Kapitalkosten aus Investitionen zu subsumieren (a.A.: Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss v. 26.09.2019 , 53 Kart 4/18 Rn. 121 – juris). Damit sieht der Wortlaut der Ausnahmeregelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV eine Erstreckung oder die spiegelbildliche Anwendung der Fixierungsvorgabe auf die Ertragszuschüsse gerade nicht vor.

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

Eine ausdrückliche Aussage zum Umgang mit Netzanschlusskostenbeiträgen fehlt in den Materialien zwangsläufig bereits deswegen, weil die Verordnungsbegründung verfasst worden ist, bevor Netzanschlusskostenbeiträge nachträglich noch über § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV in den Kapitalkostenabzug aufgenommen worden sind. Schon angesichts der zeitlichen Abfolge zwischen Verordnungsbegründung und Änderung des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV vermag die Argumentation der Bundesnetzagentur nicht zu überzeugen, die sich auf die in der Verordnungsbegründung verwendete Formulierung bezieht, 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 Netzanschlusskostenbeiträgen. Der Verordnungsgeber hat Netzanschlusskostenbeiträge zudem in Kenntnis der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV nachträglich in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt, ohne dass in den Materialien ein Hinweis darauf zu finden ist, dass die Berücksichtigung im Kapitalkostenabzug für die 3. Regulierungsperiode ausgesetzt sein soll. Angesichts dessen trägt die Normhistorie den Schluss auf einen entsprechenden Willen des Verordnungsgebers nicht.

Unabhängig davon kann dieser Formulierung auch in der Sache nicht entnommen werden, dass der Aussetzungsbefehl des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf 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 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 Netzanschlusskostenbeiträge in dieser Aufzählung nicht adressiert wird.

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

**2.3.1.** Es handelt sich dabei um eine Ausnahmeregelung für den ansonsten ab der 3. Regulierungsperiode stattfindenden Kapitalkostenabzug, die zu Gunsten der Netzbetreiber eingefügt worden ist. Durch die zeitweilige Aussetzung des Kapitalkostenabzugs soll ein „Übergangssockel“ gebildet werden, der dazu dienen soll, nicht näher bestimmte, individuelle Härtefälle einzelner Verteilernetzbetreiber infolge des Systemwechsels abzumildern. Den Netzbetreibern soll durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs ein Budget verschafft werden, dass zum Ausgleich individueller Lasten, die sich als Folge des Systemwechsels einstellen können, beiträgt (vgl. OLG Düsseldorf, 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 VI-5 Kart 49/18 (V), BeckRS 2019, 4565 Rn. 39) konzipiert, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welcher Höhe der einzelne Netzbetreiber nachteilige Auswirkungen infolge des Systemwechsels erfährt und ohne den Anspruch, diese Härten vollständig auszugleichen. Indem nur im Hinblick auf Kapitalkosten von Investitionen in Anlagegüter, die in einem begrenzten Zeitraum erstmals aktiviert wurden, das tatsächliche Absinken der Restwerte für die Dauer der 3. Regulierungsperiode unberücksichtigt bleibt, erfolgt keine exakte Erfassung und Abgeltung sämtlicher Nachteile des Systemwechsels, sondern eine zeitlich

begrenzte Bevorteilung, die etwaige Nachteile mildert. Da die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs allein den Zweck eines Härtefallausgleichs in dem beschriebenen pauschalen Sinn verfolgt, hängen der Anwendungsbereich und die Reichweite der Aussetzungsanordnung nicht von der Binnensystematik des Kapitalkostenabgleichs ab, sondern werden allein durch diesen Zweck determiniert. Angesichts der Funktion des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, für einen Übergangszeitraum individuelle Härten abzumildern, sind Anwendungsfragen nicht danach zu beantworten, ob eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit der Systematik und dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs erfolgt. Zur Erreichung des mit der Übergangsregelung verfolgten Zwecks ist es somit auch nicht geboten, den gesamten Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs auszusetzen, um eine selektive Behandlung von Investitionskosten einerseits und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits zu vermeiden.

Die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die für die Dauer der 3. Regulierungsperiode mittels der periodenübergreifenden Fortführung des Sockeleffekts insofern 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 Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits stellt demnach keine mit Blick auf den Mechanismus des Kapitalkostenabzugs zu vermeidende selektive Ungleichbehandlung dar, sondern folgt aus der Natur des Systembruchs, der nur für Kapitalkosten aus Investitionen ein übergangswises Nebeneinander des Sockeleffekts und des Kapitalkostenabzugs vorsieht.

**2.3.2.** Die Bundesnetzagentur stützt die Erstreckung der in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV vorgesehenen Aussetzung des Kapitalkostenabzugs auf und Netzanschlusskostenbeiträge und damit deren Fixierung auf die Werte des Basisjahres demgegenüber darauf, dass Netzanschlusskostenbeiträge analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln seien. Eine Berücksichtigung des Absinkens von Netzanschlusskostenbeiträgen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs hält sie nur für gerechtfertigt, wenn auch sinkende Restbuchwerte im Kapitalkostenabzug berücksichtigt

würden. Damit knüpft die Bundesnetzagentur die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs an dessen grundsätzlichen Mechanismus. Ihr Vorgehen basiert auf dem Bestreben, die Ausnahmeregelung systemkonform mit der Wirkungsweise des Kapitalkostenabzugs und des Kapitalkostenabgleichs zu gestalten. Dieses Verständnis steht indes ausweislich der voranstehenden Ausführungen weder mit dem Charakter der Übergangsregelung, die einen Systembruch anordnet, noch mit der Funktion der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs als Härtefallausgleich in Einklang. Der Härtefallausgleich erfordert es nicht, dass der begünstigende Übergangsockel konform zu dem grundsätzlich vorgesehenen Mechanismus des Kapitalkostenabzugs gebildet wird. Vielmehr sollen etwaige Nachteile aufgrund des Systemwechsels durch eine bewusst unscharfe und pauschale Vorgehensweise abgemildert werden.

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

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sind Netzanschlusskostenbeiträge auch nicht wegen des systematischen Zusammenhangs zwischen Kapitalkostenaufschlag und -abzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. Ausweislich der voranstehenden Erwägungen ist der systematische Zusammenhang zwischen Kapitalkostenaufschlag und -abzug für das Verständnis des Anwendungsbereichs der Übergangsregelung nicht maßgeblich. Darüber hinaus können Netzanschlusskostenbeiträge 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 Netzanschlusskostenbeiträge als kostenmindernde Erlöse mit dem Netzausbau und mit Investitionen in einem sachlichen Zusammenhang. Dies rechtfertigt es aber im Rahmen der ausnahmsweisen, zeitweiligen und pauschal begünstigend wirkenden Aussetzung des Kapitalkostenabzugs nicht, das Absinken der entsprechenden Werte deswegen außer Betracht zu lassen, weil auch das Absinken der Kapitalkosten aus Investitionen nicht nachgefahren wird.

Die Anwendung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf 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 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.

**III.** Die Bundesnetzagentur hat 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, rechtsfehlerhaft 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 S. 1 ARegV erfasst, so dass der Ansatz mit „Null“ zu beanstanden ist. Auch diesbezüglich hat der Senat bereits entschieden (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss v. 01.07.2020, VI-3 Kart 770/19 (V) Rn. 45 ff. – juris), eine hiervon abweichende Bewertung ist nicht veranlasst.

**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 2020, § 247 HGB Rn. 561; Böcking/Gros/Hanke, in: EBJs, 4. Auflage 2020, HGB § 266 Rn. 18; OLG Düsseldorf 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 S. 3 StromNEV zu verzinsenden betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StromNEV 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). 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 wird 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 2019, § 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 S. 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 S. 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 Strom-/GasNEV zu berücksichtigen (BGH Beschluss v. 14.08.2008, KVR 39/07 Rn. 35 - juris).

Indem § 34 Abs. 5 S. 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 S. 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 S. 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 S. 1 ARegV nicht vorgesehene Vorgehensweise ist nicht aus systematischen Gründen oder 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 ausweislich der voranstehenden Erwägungen unter II.2.3.1. der Gründe nicht in die Systematik und den Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs eingepasst werden

muss. Die durch die in § 34 Abs. 5 S. 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 ungerechtfertigter 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 Bundessetzagentur vorträgt – eine „Erleichterung“ durch die Anwendung der Übergangsregelung angesichts der Berücksichtigung im Kapitalkostenaufschlag nicht geboten sei. Durch § 34 Abs. 5 S. 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 S. 1 ARegV und damit der Berücksichtigung von Anlagen im Bau im Übergangssockel steht schließlich nicht entgegen, dass sie, worauf die Bundessetzagentur 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.

### C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG.

Den 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

Dr. Webler