



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht R. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

auf die mündliche Verhandlung vom . . .

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

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Beschlusskammer 4 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 18.11.2009, Aktenzeichen BK 4-08-180, in Ziffer 1 aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, über den Antrag der Antragstellerin vom 30.06.2008 auf Genehmigung eines Investitionsbudgets für das Investitionsprojekt X. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu den Beschwerdepunkten „betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern der Offshore-Anlagegüter“, „Bestimmung der Ver-

zinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals“ und „Berücksichtigung der Körperschaftssteuer bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer“ erneut zu entscheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin und die gegnerische Bundesnetzagentur tragen jeweils hälftig die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Eine Erstattung der notwendigen Auslagen findet nicht statt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf _____ festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

A.

Die Antragstellerin, Y., betreibt . . . ein Stromübertragungsnetz . . .

Die Antragstellerin wendet sich gegen den Beschluss der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 18.11.2009, Aktenzeichen BK 4-08-180, mit dem ihrem Antrag auf Genehmigung eines Investitionsbudgets nur teilweise stattgegeben wurde.

Sie hatte bei der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 30.06.2008, . . . , einen Antrag auf Genehmigung eines Investitionsbudgets für eine Erweiterungsinvestition, das Investitionsprojekt X. mit einem Investitionsvolumen von . . . , sowie für . . . weitere Investitionsmaßnahmen gestellt. Dieses Investitionsprojekt, bezeichnet als Maß-

nahmenpaket B., stand im Zusammenhang mit der Errichtung des Kilometer nordwestlich der gelegenen Offshore-Windparks C. durch die D. Die Antragstellerin errichtete das Netzanbindungssystem (Gleichstromverbindungssystem) für den Windpark und verlegte hierzu ein 2 x 128 km langes Gleichstrom-Seekabel (DC-Seekabel) für eine Spannung von 155 kV sowie ein 1 km langes Drehstromseekabel (AC-Seekabel) für eine Spannung von 170 kV zur Verbindung der Offshore-Konverterstation mit dem Umspannwerk. Überdies errichtete sie auf der Offshore-Konverterplattform einen 170 kV-Leistungsumspanner, 170 kV-Schaltanlagen und eine Konverterstation, daneben Übertragungs-, Fernwirk-, Schutz- und Sekundärtechnik.

...

Im Verlauf der Genehmigungsverfahren wurde die Antragstellerin von der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 28.05.2009 angehört. Die Antragstellerin nahm hierzu mit Schreiben vom 16.07.2009 Stellung.

Mit Beschluss vom 18.11.2009 wurde dem Antrag der Antragstellerin auf Genehmigung eines Investitionsbudgets für das Investitionsprojekt nur teilweise stattgegeben.

Der Beschlusstext lautet:

- 1. Es wird ein Investitionsbudget in Höhe der jährlichen Kapitalkosten aus einer Investitionsmaßnahme von insgesamt maximal zu Grunde zu legenden Anschaffungs- und Herstellungskosten in Höhe von Euro für das Projekt "X.". genehmigt. Ausgangsbasis für die Ermittlung der Kapitalkosten ist die Summe der aktivierten Anlagen im Bau bzw. die Summe der tatsächlich aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten, höchstens jedoch die Summe der anerkennungsfähigen Anschaffungs- und Herstel-*

lungskosten. Sowohl die tatsächlichen als auch die anerkennungsfähigen Anschaffungs- und Herstellungskosten sind um die Abzugspositionen in angefallener Höhe zu kürzen. Zu den Abzugspositionen zählen Beträge aus der Auflösung von Rückstellungen, öffentliche Förderungen und sonstige kostenmindernde Erlöse. Die Berechnung der Kapitalkosten im Sinne von Satz 1 erfolgt gemäß den sich aus den Gründen ergebenden Bestimmungen.

- 2. Die Genehmigung und die Anpassung der Erlösobergrenze sind befristet bis zum 31.12.2013.*
- 3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.*
- 4. Der Antragstellerin wird auferlegt, den sich aus den Gründen ergebenden Mitteilungspflichten nachzukommen.*
- 5. Die Genehmigung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs.*

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin, die aus verfahrensökonomischen Gründen als eines von zwei Musterverfahren geführt wird, um die bei den . . . von ihr gestellten Anträgen auf Genehmigung von Investitionsbudgets gleichermaßen auftretenden Rechtsfragen zu klären.

Die Antragstellerin beanstandet insbesondere:

- die Befristung des genehmigten Investitionsbudgets bis zum 31.12.2013,
- die Berechnung der Kapitalkosten und zwar insbesondere
 - die Bestimmung der kalkulatorischen Nutzungsdauern verschiedener Anlagengüter,
 - die Bestimmung der Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals sowie

- die Berechnung der Höhe der kalkulatorischen Gewerbesteuer, insbesondere die Kürzung um die Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag sowie die Nichtberücksichtigung des Wegfalls der Insichabzugsfähigkeit der Gewerbesteuer, und
- die Nichtberücksichtigung der Kapitalkosten der ersten Jahresscheibe 2007 aufgrund der Nichtanpassung der Erlösobergrenze zum 01.01.2009.

Die Antragstellerin führt zur Beschwerdebegründung aus:

Die Befristung des Investitionsbudgets bis zum 31.12.2013 sei rechtswidrig. Das Investitionsbudget müsse stattdessen für die gesamte Dauer der Kostenwirksamkeit der Investition genehmigt werden.

Die Bundesnetzagentur sei gemäß §§ 36 Abs. 1 VwVfG, 23 Abs. 5 ARegV grundsätzlich berechtigt, ein Investitionsbudget zu befristen. Diese Entscheidung stehe in ihrem Ermessen. Die Befristung des Investitionsbudgets bis zum 31.12.2013 sei jedoch aus mehreren Gründen rechtswidrig. Aus § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV ergebe sich die Verpflichtung, die während des gesamten Zeitraums der Kostenwirksamkeit einer Investition anfallenden Kapitalkosten zu genehmigen. Die Entscheidung über die Befristung leide überdies an zahlreichen Ermessensfehlern. Sie diene nicht der Verhinderung, Beseitigung oder Minderung von Nachteilen, die der Allgemeinheit ansonsten aus der Genehmigung drohen würden. Letztlich verstoße die Entscheidung auch gegen § 36 Abs. 3 VwVfG, da die Befristung mit dem Zweck der Investitionsbudgetgenehmigung unvereinbar sei. Im Einzelnen:

Die Befristung führe unter Verstoß gegen § 23 Abs. 1 ARegV dazu, dass nicht die gesamten erforderlichen Kapitalkosten genehmigt würden. Die vom Netzbetreiber aufzubringenden Kapitalkosten blieben während der gesamten Nutzungsdauer der Anlagen kostenwirksam. Daher müsse die Genehmigung auch die gesamte Dauer der Kostenwirksamkeit bis zur vollständigen Abschreibung umfassen. Der Zeitraum der Kostenwirksamkeit stimme mit dem Zeitraum der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer überein, wie sich auch aus § 23 Abs. 3 S. 5 ARegV ergebe. Aus diesem Grund sehe § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV auch die Möglichkeit vor, den Antrag für den gesamten Zeitraum der Kostenwirksamkeit zu stellen.

Die Anordnung der Befristung sei auch rechtswidrig, weil der Bundesnetzagentur nicht bewusst gewesen sei, dass ihr Ermessen zukomme. Daher habe sie dieses auch nicht ausgeübt. Vielmehr sei sie von einer Verpflichtung zur Befristung ausgegangen.

Jedenfalls habe die Bundesnetzagentur das ihr zukommende Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Sie habe sowohl sachfremde Erwägungen zugrundegelegt als auch nicht alle relevanten Tatsachen und Gesichtspunkte zugrundegelegt und abgewogen. So sei sie zu Unrecht davon ausgegangen, dass durch die Befristung nicht nur keine Nachteile, insbesondere im Hinblick auf einen späteren erneuten Effizienzvergleich entstünden, sondern sich diese sogar positiv auswirke. Des Weiteren sei unzutreffend, dass hinsichtlich der Kapitalkosten kein Risiko gegeben sei, wenn diese als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten anzusehen seien. Ein unternehmerisches Risiko bestehe bereits aufgrund des Widerrufsvorbehalts, aber auch aufgrund des Risikos, dass die Windkraftanlagen durch höhere Gewalt zerstört würden. Durch die Befristung werde zudem die Rechts- und Planungssicherheit der Netzbetreiber erheblich reduziert und der Anreiz zur Umsetzung von notwendigen Investitionen erheblich gemindert. Es sei auch schon nicht ersichtlich, welchem legitimen Zweck die Befristung dienen solle. Erst recht sei nicht nachgewiesen, wie sie der Verhinderung, Beseitigung oder Minderung von Nachteilen dienen solle, die der Allgemeinheit ansonsten aus der Genehmigung drohen würden. Insbesondere bestehe nicht die Gefahr, dass ineffiziente Kosten ungeprüft angesetzt werden könnten, weil im Genehmigungsverfahren eine Effizienzprüfung erfolgt sei.

Die Befristung verstoße zudem gegen § 36 Abs. 3 VwVfG, weil sie dem Sinn und Zweck der Genehmigung von Investitionsbudgets widerspreche. Die Befristung führe dazu, dass die Refinanzierung der Investition nicht sichergestellt sei. Zudem entfalle der in § 23 Abs. 5 S. 3 ARegV vorgesehene Anreiz, Kosteneinsparungen zu erzielen, da diese nicht als Gewinn verbucht werden könnten, sondern zur Senkung der Netzentgelte verwendet werden müssten.

Die Bundesnetzagentur habe die kalkulatorischen Nutzungsdauern für die errichteten Anlagen unzutreffend bestimmt. Die angesetzten Nutzungsdauern von bis zu 40 Jahren (40 Jahre, 35 Jahre und 25 Jahre) seien der Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1

StromNEV nicht zu entnehmen und würden die zu erwartenden betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern übersteigen.

Die betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern von Offshore-Anlagen seien im Vergleich zu den betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern von vergleichbaren Anlagen an Land wegen der stärkeren Umwelteinflüsse und der witterungsbedingt eingeschränkten Wartungsmöglichkeiten, insbesondere im Winter, deutlich geringer. Eine Übertragung der Nutzungsdauern vergleichbarer Anlagen an Land auf Offshore-Anlage sei nicht möglich. Überdies sei der Offshore-Windpark nur für die Dauer von 25 Jahren genehmigt worden, und die Förderung ende gemäß § 21 Abs. 2 EEG sogar bereits nach 20 Jahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahrs. Auch für die Konverterplattform sei von der Bundesnetzagentur eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 20 Jahren festgesetzt worden. Eine für sie – die Antragstellerin – vorgenommene Begutachtung habe eine Nutzungsdauer der Plattform von etwa . . . ergeben. In den Projektverträgen sei eine technische Nutzungsdauer von . . . zu Grunde gelegt worden. Für alle Anlagegüter sei ausgehend von der von der Bundesnetzagentur festgesetzten kalkulatorischen Nutzungsdauer der Konverterplattform von 20 Jahren einheitlich eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 20 Jahren festzusetzen.

Seekabel:

Die Bundesnetzagentur habe für die 155 kV- und die 170 kV- Seekabel eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 40 Jahren festgesetzt. In der Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV seien Seekabel nicht ausdrücklich aufgeführt. Diese könnten auch nicht in die Untergruppen „220 kV-Kabel“ oder „Freileitung 110 bis 380 kV“ der Anlagen-Gruppe „Fortleitungs- und Verteilungsanlagen“ eingeordnet werden, sondern müssten in die Untergruppe „Sonstige“ mit einer kalkulatorischen Nutzungsdauer von 20 Jahren eingeordnet werden. Mit Freileitungen seien die Seekabel nicht vergleichbar. Mit 220 kV-Kabeln seien 220 kV-Erdkabel und keine 155-kV und 170 kV-Seekabel gemeint. Mit diesen seien sie auch nicht vergleichbar. Die Tabelle mit den kalkulatorischen Nutzungsdauern sei im Jahr 1997 erarbeitet und im Jahr 2005 unverändert als Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV übernommen worden. Sie sei seitdem auch nicht verändert worden. Der Verordnungsgeber habe zum damaligen Zeitpunkt weder daran gedacht noch einen Anlass gehabt, Seekabel aufzunehmen, da diese nicht zu den Standardanlagen eines Übertragungsnetzbetreibers gehört hätten. Es habe auch noch keine gesetzliche Verpflichtung für Übertragungsnetzbetreiber zur Anbin-

dung von Offshore-Windparks gegeben. Diese Verpflichtung sei erst im Dezember 2006 mit § 17 Abs. 2a EnWG geschaffen worden. Die Anbindungsleitung einer Erzeugungsanlage unterfalle auch nicht der Netzregulierung, so dass eine entsprechende Vorgabe auch nicht erforderlich gewesen sei. Aus dem Umstand, dass der Verordnungsgeber keine Änderung der Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV vorgenommen habe, könne ohne das Vorliegen weiterer Anhaltspunkte kein zielgerichtetes Verhalten abgeleitet werden. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Seekabel eine Nutzungsdauer von 40 Jahren erreichen würden. Sie seien nicht nur besonders starken Umwelteinflüssen (salzhaltiges Wasser, veränderliche Seeböden/Sedimente, Ankerwurf und Scherbretter) ausgesetzt, und die Erreichbarkeit für Wartungsarbeiten sei gegenüber Kabeln an Land erheblich erschwert. Die von der Bundesnetzagentur genannten HGÜ-Seekabel könnten nicht mit den/dem verlegten Seekabel(n) verglichen werden. Bei den genannten Kabeln handle es sich um sogenannte MI-Kabel (mass impregnated cables, zur Isolierung mit ölgetränktem Papier umwickelt), während es sich bei den verlegten Kabeln um XLPE-Kabel (kunststoffisoliert, wohl auch VPE-Kabel genannt) handle, für deren Einsatz in der Hochspannungsgleichstromübertragung es keine Erfahrungswerte gebe. Bei den erstgenannten Kabeln werde zur Stromübertragung die LCC-Technik (line commutated converters) und bei den zweitgenannten die VSC-Technik (voltage-source-controlled) eingesetzt. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Kabel Teil einer Gesamtanlage seien, die voraussichtlich nicht 40 Jahre lang unverändert genutzt werde. Diese Gesamtanlage müsse als technische Einheit betrachtet werden, bei der nur durch ein funktionierendes Gesamtsystem die wirtschaftliche Nutzbarkeit hergestellt werden könne. Der Zeitraum der wirtschaftlichen Nutzungsdauer müsse sich daher nach der wirtschaftlichen Nutzungsdauer des Bestandteils richten, dessen zeitliche Nutzungsdauer am geringsten sei und das technisch und wirtschaftlich nicht sinnvoll ausgetauscht werden könne. Daher gebe die Offshore-Plattform die maßgebliche Benutzungsdauer vor. An das Seekabel könne keine neue Plattform ange-dockt werden. Bei den Windrädern sei davon auszugehen, dass diese im Zuge eines Repowerings vorher ersetzt würden, was dazu führe, dass auch die Kabel und die sonstigen Anlagen ausgetauscht werden müssten, weil ein 155 kV-Kabel die Anforderungen eines Windparks in 20 Jahren voraussichtlich nicht mehr erfüllen würde. Für eine analoge Anwendung der von der Bundesnetzagentur zugrundegelegten Unteranlagengruppen sei auch kein Raum. Abgesehen von der notwendigen Vergleich-

barkeit fehle es auch an der notwendigen Regelungslücke, da es die Unteranlagengruppe „Sonstiges“ gebe. Die Gleichbehandlung von Offshore-Anlagen mit Anlagen an Land verstoße überdies gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Der Hinweis der Bundesnetzagentur auf eine Sofortabschreibung auf den Restbuchwert bei einem Unterschreiten der kalkulatorischen Nutzungsdauer, für die keine Rechtsgrundlage ersichtlich sei, führe zu einer unsachgerechten Kostenverteilung auf die Netznutzer in einem bestimmten Jahr. Im Übrigen stehe diese im Gegensatz zu den sonstigen Prinzipien des EnWG, der StromNEV und der ARegV, die eine periodengerechte Berücksichtigung der Wertminderung und des Werteverzehrs vorsähen. Die Bundesnetzagentur gehe ausweislich ihres Hinweises auf die Möglichkeit einer Sofortabschreibung offenbar selbst nicht von einer 40 Jahre dauernden Nutzung der Seekabel aus.

Sonstige Anlagen:

Die Bundesnetzagentur habe für die Transformatoren, Konverter und Schaltanlagen eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 35 Jahren und für die Übertragungs-, Fernwirk-, Schutz- und Sekundärtechnik eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 25 Jahren entsprechend den Nutzungsdauern dieser Anlagen an Land festgesetzt. Dies sei rechtswidrig. Zur Begründung sei zunächst auf die Ausführungen zu den Seekabeln zu verweisen. Die sonstigen Anlagen seien zudem feuchter, salzhaltiger Luft, starken Vibrationen durch den Wellengang und extremem Wetter ausgesetzt, so dass sie nicht mit Anlagen an Land vergleichbar seien. Es sei zu berücksichtigen, dass für die Konverterplattform, die die Anlagen trage und auf die diese abgestimmt seien, - wie bereits ausgeführt - nach Einordnung in die Unteranlagengruppe „Sonstiges“ nur eine Nutzungsdauer von 20 Jahren festgelegt worden sei. Bei den darauf errichteten Anlagen müsse folglich ebenfalls eine Nutzungsdauer von 20 Jahren festgesetzt werden. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur seien die Anlagen nach 20 Jahren technisch nur noch in anderen Systemen verwendbar, wenn sie noch unverändert hergestellt würden. Dies erscheine angesichts der dynamischen Entwicklung in diesem Bereich unrealistisch.

Zusätzliche Anlagen:

In die Genehmigung seien zusätzliche Anlagen einzubeziehen, die zum Antragszeitpunkt noch nicht absehbar gewesen seien oder die sich in einem kürzeren Zeitraum abnutzten als die Konverterplattform (Straßenbefestigung, Feuerlöschbrunnen, Diebstahlschutzhalle, Servicekran, Rettungsboote). Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur seien diese nicht nur zu berücksichtigen, wenn sie in eine von der Genehmigung erfasste Anlagengruppe eingeordnet werden könnten.

Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren zunächst vorgetragen, sie habe entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur eine investitionsprojektspezifische Fremdkapitalfinanzierung für die Jahre 2007 und 2008 sowie für das Jahr 2009 nachgewiesen. Die Projektfinanzierung sei im Rahmen einer Konzernfinanzierung durch die Muttergesellschaft, die G., erfolgt. Der Nachweis über die externe Fremdkapitalbeschaffung durch diese sei ausreichend. Auf dieser Grundlage sei für das Jahr 2007 ein Fremdkapitalzinssatz in Höhe von . . . und für das Jahr 2008 in Höhe von . . . zu berücksichtigen. Deren Berechnung beruhe auf volumen- und laufzeitgewichteten Zinssätzen von Anleihen der Muttergesellschaft. Darüber hinaus sei eine Optimierung durch die Berücksichtigung von Fremdwährungsanleihen durchgeführt worden. Die G. und sie würden zwar eine unterschiedliche Risikostruktur aufweisen, aufgrund der vertikalen und geographischen Diversifikation und der vergleichsweise hohen Rendite der Muttergesellschaft seien die Fremdkapitalaufnahmebedingungen aber im Ergebnis wieder vergleichbar. Diese ergebe sich auch aus den Ratings der G. und der F. Es sei daher auszuschließen, dass die Antragstellerin als reine Netzbetreiberin bessere Finanzierungsbedingungen als die G. hätte realisieren können.

Die Festlegung der Obergrenze des anzuerkennenden kapitalmarktüblichen Vergleichszinses durch die Bundesnetzagentur sei nicht sachgerecht und für die Effizienzprüfung ungeeignet. Diese stelle auf den arithmetischen Mittelwert aus den von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Zinssätzen für „Kredite an nicht finanzielle Kapitalgesellschaften für Kredite von über einer Million Euro mit anfänglicher Zinsbindung mit einer Laufzeit von über einem Jahr bis fünf Jahre“ und für „Industrieobligationen“, die Inhaberschuldverschreibungen mit einer durchschnittlichen Restlaufzeit von drei Jahren beinhalteten, ab. Beide Referenzbankzinssätze seien für ei-

nen Vergleich mit dem Finanzierungsbedarf von Netzbetreibern, bei denen die Laufzeiten der Anleihen und Kredite zwischen neun und elf Jahren lägen, angesichts ihrer kurzen Laufzeiten ungeeignet. Es sei auch nicht sachgerecht, dass die Bundesnetzagentur auf Jahresdurchschnittswerte der beiden Zinssätze abstelle, da es bei der Zinshöhe erhebliche unterjährig Schwankungen gebe. Im Übrigen halte der Bundesgerichtshof diese Vorgehensweise für rechtswidrig (Beschluss vom 23.06.2009, Aktenzeichen EnVR 76/07). Danach sei eine monatscharfe Ermittlung vorzunehmen. Es müsse daher auf Monatsdurchschnittswerte abgestellt werden. Allerdings erscheine schon der Ansatz der Bundesnetzagentur, eine jährliche Überprüfung der Effizienz der laufzeitgebundenen Fremdfinanzierung vorzunehmen, sachwidrig. Die Bundesnetzagentur habe sich auf eine Effizienzprüfung zum Zeitpunkt der Kapitalaufnahme zu beschränken, da der Netzbetreiber während der Laufzeitbindung keinen Einfluss auf das Marktzinsniveau und die zu zahlenden Fremdkapitalzinsen nehmen könne. Überdies sei entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ein Risikozuschlag zu berücksichtigen, der entsprechend dem vorgelegten NERA-Gutachten für den Stichtag 31.12.2007 0,82% und für den Stichtag 31.12.2009 0,93% betrage. Für das Jahr 2009 ergebe sich damit ein sachgerechter Fremdkapitalzinssatz von 5,7%.

...

Sie begehre nunmehr die Verzinsung dieses Eigenkapitals als die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigendes Eigenkapital (EK II, fiktives Fremdkapital), und zwar mit den vorgenannten Zinssätzen von . . . für das Jahr 2007 und . . . für das Jahr 2008.

Die Bundesnetzagentur gehe bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer mathematisch fehlerhaft vor. Sie reduziere die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, die als Berechnungsgrundlage diene, zu Unrecht um die Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag. Ferner unterbleibe die Berücksichtigung der Absenkung der Gewerbesteuermesszahl von 5 auf 3,5 und der damit verbundene Wegfall der Insichabzugsfähigkeit der Gewerbesteuer. Im Einzelnen:

Die Bundesnetzagentur gehe zutreffend davon aus, dass der festgesetzte kalkulatorische Eigenkapitalzinssatz ein Zinssatz vor Körperschaftssteuer sei. Unzutreffend nehme sie jedoch davon an, dass die Körperschaftssteuer keine Eingangsgröße der kalkulatorischen Gewerbesteuer darstelle. Daher reduziere sie die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung zur Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer um die Körperschaftssteuer und den Solidaritätszuschlag. Sie meine also, die Gewerbesteuer sei nicht auf den Ertragsteil zu entrichten, der als Körperschaftssteuer und Solidaritätszuschlag abzuführen sei. Das Gegenteil sei jedoch zutreffend, wie sich aus § 10 Nr. 2 KStG ergebe. Danach mindere die entrichtete Körperschaftssteuer nicht den nach den Gewinnermittlungsvorschriften des KStG ermittelten Gewinn. Folglich mindere die entrichtete Körperschaftssteuer auch nicht den für die Bemessung der Gewerbesteuer maßgebenden Gewerbeertrag. Wenn nach den steuerrechtlichen Vorschriften bei der Bemessung der Gewerbesteuer kein Abzug der Körperschaftssteuer erfolge, sei kein Grund ersichtlich, weshalb dies bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer geschehen solle. Ein solcher Abzug sei in § 8 StromNEV auch nicht vorgesehen.

Die Bundesnetzagentur wende den Hebesatz und die Messzahl unzutreffend auf die Eigenkapitalverzinsung nach Gewerbesteuer an, also auf eine bereits um die Gewerbesteuer reduzierte Bemessungsgrundlage. Die Messzahl sei durch die Unternehmenssteuerreform 2008 von 5% auf 3,5% reduziert worden. Zum Ausgleich sei durch den Gesetzgeber der Insich-Abzug der Gewerbesteuer abgeschafft worden. Dies sei durch den Ansatz der Bundesnetzagentur, den Insich-Abzug auf null zu setzen, nicht ausreichend berücksichtigt worden. Auch werde keine Eigenkapitalverzinsung in Höhe von 7,82% nach Steuern erreicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die von der Antragstellerin aufgeführten Berechnungsformeln und die Musterberechnungen verwiesen.

Die Kapitalkosten für Anlagen im Bau aus dem Jahr 2007 seien bei der Festlegung beziehungsweise Änderung der Erlösobergrenze zum 01.01.2009 zu berücksichtigen gewesen. Die Bundesnetzagentur habe die Erlösobergrenze für das Jahr 2009 unter Berufung auf die Vorschrift des § 4 Abs. 3 S. 3 ARegV nicht aktualisiert. Dies sei rechtswidrig.

Die Vorschrift des § 4 Abs. 3 S. 3 ARegV stehe einer Korrektur der Erlösobergrenze nicht entgegen, wie sich auch aus der Verordnungsbegründung ergebe. Es müsse zwischen der „erstmaligen Festlegung der Erlösobergrenze“ und der „Anpassung der Erlösobergrenze“ gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 ARegV differenziert werden. Die Anpassung durch den Netzbetreiber dürfe nicht mit der erstmaligen Festlegung durch die Bundesnetzagentur gleichgesetzt werden, denn es handele sich um eine erstmalige Festlegung und nicht um eine Anpassung, wenn aktualisierte Kapitalkosten in das für die erstmalige Bestimmung der Erlösobergrenzen zu ermittelnde Ausgangsniveau eingestellt würden. Der Verordnungsgeber sei davon ausgegangen, dass die Bundesnetzagentur dies tue, so dass der Netzbetreiber dies nicht mehr tun müsse.

Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 ARegV stehe einer Korrektur des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG durch die Aktualisierung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten nicht entgegen, denn die Vorschrift des § 23 ARegV sei insoweit als speziellere Vorschrift anzusehen.

Dass die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten des Basisjahres gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV wegen des t-2-Verzugs um die Kosten für Anlagen im Bau aus dem Jahr 2007 hätten korrigiert werden müssen, ergebe sich letztlich auch aus der Legaldefinition der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile in der Regulierungsformel, der die Aktualisierung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile vor der Festlegung der Erlösobergrenze immanent sei.

Die Antragstellerin beantragt,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Beschlusses vom 18.11.2009 in dem Verwaltungsverfahren BK 4-08-180 zur Neubeurteilung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

Die gegnerische Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Parteien mit Anlagen, den Inhalt des Verwaltungsvorgangs und das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache teilweise Erfolg.

I.

Die Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde zulässig (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG).

II.

In der Sache ist die Beschwerde teilweise begründet und zwar hinsichtlich der Festsetzung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern der Offshore-Anlagegüter und der Berechnung der Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals und der kalkulatorischen Gewerbesteuer, soweit der Abzug der Körperschaftssteuer betroffen ist. Im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Befristung der Genehmigung:

Ohne Erfolg wendet sich die Antragstellerin gegen die von der Bundesnetzagentur im Tenor zu 2. vorgenommene Befristung der Genehmigung des Investitionsbudgets bis

zum 31.12.2013. Ihre Rüge, die Bundesnetzagentur hätte die Befristung des Investitionsbudgets an der Kostenwirksamkeit der Investition orientieren müssen, geht fehl.

1.1. Die von der Bundesnetzagentur angeordnete Befristung steht mit dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV in Einklang (a.A. Rosin/Spiekermann, ET 2010 (8), S. 60, 62ff; Höch, ET 2008 (10), 22, 26ff; Lippert, RdE 2009 (12), S. 353, 355ff.).

1.1.1. Der Wortlaut des § 23 ARegV steht einer zeitlichen Befristung der Genehmigung des Investitionsbudgets nicht entgegen. Weder § 23 Abs. 1 ARegV, der die Genehmigungsvoraussetzungen formuliert, noch § 23 Abs. 3 ARegV, der die Antragsstellung regelt, noch § 23 Abs. 5 ARegV, der sich mit den Nebenbestimmungen befasst, sehen eine unbefristete Genehmigungserteilung vor. Aus § 23 Abs. 3 S. 6 ARegV, wonach ein Antrag für mehrere Regulierungsperiode gestellt werden kann, ergibt sich vielmehr im Wege des Umkehrschlusses, dass der Verordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer einer Regulierungsperiode als Regelfall angesehen hat. Ansonsten käme dieser Regelung keinerlei inhaltliche Bedeutung zu, denn für die Beantragung eines Investitionsbudgets reicht es aus, dass dieses in der Regulierungsperiode, in der auch der Antrag gestellt wird, überhaupt kostenwirksam wird. Dass sich die tatsächliche Inbetriebnahme der Anlage in die nächste Regulierungsperiode hineinzieht, hat auf die Genehmigung als solche keinen Einfluss, lediglich auf die Dauer der Befristung. Schon aus diesem Grund kommt eine Orientierung der Genehmigungsdauer an den betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern nicht in Betracht. Etwas anderes ergibt sich weder aus § 23 Abs. 1 ARegV noch aus § 23 Abs. 3 S. 3 – 5 ARegV. § 23 Abs. 1 ARegV legt lediglich die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung für ein Investitionsprojekt fest. Liegen diese vor, hat die Bundesnetzagentur die Genehmigung zu erteilen. Anforderungen zur Kostenwirksamkeit der Investition enthält § 23 Abs. 1 ARegV jedoch nicht. Diese ergeben sich vielmehr aus § 23 Abs. 3 ARegV, der jedoch ausschließlich die Mindestvoraussetzungen eines Antrages auf Genehmigung von Investitionsbudgets formuliert. Danach ist der Antrag auf Genehmigung von Investitionsbudgets spätestens sechs Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investition ganz oder teilweise kostenwirksam werden soll, bei der Bundesnetzagentur zu stellen. § 23 Abs. 3 S. 3 – 5 ARegV bestimmen sodann, dass der Antrag Angaben enthalten muss, ab wann, in welcher Höhe und für welchen Zeitraum Investitionen erfolgen und kosten-

wirksam werden, wobei sich der Zeitraum der Kostenwirksamkeit an der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der jeweiligen Anlagengruppe entsprechend der Anlagen 1 der NEVen zu orientieren hat. Die Sätze 3 bis 7 ARegV haben aufgrund einer Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates Eingang in die gültige Fassung des § 23 ARegV erhalten (BR-Drs. 417/1/07 vom 07.09.2007, S. 14f.). Nach der Verordnungsbegründung wollte der Verordnungsgeber damit die Nutzungsdauern präzisieren, da nach seinem Verständnis der bisherige Wortlaut (vgl. BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 19f.) unterstellte, der Netzbetreiber könne frei über die jeweilige Amortisationsdauer der Investition entscheiden, es jedoch für ein Abweichen von der Vorgehensweise bei der Netzentgeltregulierung bei den Investitionsbudgets keine sachlichen Gründe gebe. Für die Genehmigung sind die im Antrag enthaltenen Angaben in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen kann ausweislich der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 417/1/07 vom 07.09.2007, S. 15) ein Investitionsbudget erst nach Erreichen der Kostenwirksamkeit berücksichtigt werden, zum anderen sind die Angaben zur Kostenwirksamkeit auch für die Berechnung der Kapitalkosten, das heißt für die Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen, relevant. Dass sie darüber hinaus auch für die Genehmigungsdauer bedeutsam sein sollen, lässt sich weder dem Wortlaut des § 23 Abs. 3 ARegV noch der Verordnungsbegründung entnehmen. Eine Orientierung der Genehmigungsdauer an der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ist auch nicht sinnvoll, da ein bestimmtes Investitionsprojekt immer aus mehreren Anlagengütern mit unterschiedlichen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern zusammengesetzt sein kann, was zu uneinheitlichen Zeiträumen einer Genehmigung führen würde (Hansen, BerlKommEnR, Bd. 1., 2. A., 2010, § 23 ARegV, R. 47). Auch die in § 23 Abs. 1 ARegV vorausgesetzte „Erforderlichkeit“ der Kapitalkosten gebietet keine unbefristete Genehmigungserteilung. Denn etwaige nachaktivierte Kosten finden dadurch Berücksichtigung, dass der Netzbetreiber entweder die Verlängerung der Genehmigungsdauer des Investitionsbudgets beantragt oder das Investitionsbudget angepasst wird (vergleiche: Bundesnetzagentur, Leitfaden zu Investitionsbudgets nach § 23 ARegV 2010, S.11 Ziffer 6., S.13ff, Ziffer 7.2.).

1.1.2. Die Systematik der ARegV spricht ebenfalls für eine Befristung der Genehmigung des Investitionsbudgets. Nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV gelten die Kosten aus genehmigten Investitionsbudgets nach § 23 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile, soweit sie dem Inhalt der Genehmigung nach durchgeführt

wurden sowie in der Regulierungsperiode kostenwirksam sind und die Genehmigung nicht aufgehoben ist. Insoweit knüpft § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV für die Qualifizierung der Kosten des Investitionsbudgets als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten selbst an die Geltungsdauer der Genehmigung und nicht an die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Investition an. Die Bezugnahme auf die Kostenwirksamkeit erfolgt nach dem Willen des Ordnungsgebers ausdrücklich nur im Hinblick darauf, dass die Berücksichtigung der Investitionsbudgets erst nach erreichter Kostenwirksamkeit erfolgt und um gleichzeitig einen Widerspruch zu dem in § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, HS. 2 ARegV normierten t-2-Verzug bei der Anpassung der Erlösobergrenze zu vermeiden (BR-Drs. 417/7/07 vom 07.09.2007, S. 5 sowie S. 15). Tatsächlich sind die Kosten des genehmigten Investitionsbudgets auch nicht objektiv nicht beeinflussbar, sie gelten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV lediglich im Wege der Fiktion als solche, jedoch zeitlich begrenzt auf die Genehmigungsdauer.

Beeinflussbar sind alle Kosten, an deren Entstehung das Unternehmen in irgendeiner Weise beteiligt war, das heißt alle solche, die durch Entscheidungen des Netzbetreibers beeinflusst werden. Dazu gehören grundsätzlich auch Kapitalkosten, da ihnen Investitionsentscheidungen des Netzbetreibers zugrundeliegen. Ihre Höhe ist nicht nur davon abhängig, in welchem Umfang die Investition getätigt wird, maßgeblich ist auch, inwieweit sie über Eigen- oder Fremdkapital finanziert wird. Dass auch der Ordnungsgeber davon ausgegangen ist, dass es sich bei den Investitionsbudgetkosten um beeinflussbare Kosten handelt, zeigt sich insbesondere an der Regelung in § 23 Abs. 5 S. 3 ARegV, wonach die Bundesnetzagentur durch Nebenbestimmungen finanzielle Anreize zur Unterschreitung des genehmigten Investitionsbudgets festsetzen kann. Selbst dann, wenn die Investitionsentscheidungen für getätigte Anlagen in der Vergangenheit liegen, folgt daraus nicht, dass sie in der Zukunft dauerhaft jeglicher unternehmerischer Einflussnahme entzogen sind. So kann der Netzbetreiber ineffiziente Kapitalkostenbestandteile reduzieren, indem er etwa Netzteile verkauft oder Ersatzinvestitionen an die tatsächlich notwendige Netzinfrastruktur anpasst (siehe schon Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, R. 62, 76; ebenso Meinzenbach, Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, 2008, S. 393; a.A. Theobald/Hummel/Gussone/Feller, Anreizregulierung, S. 48 ff.; Hummel in Dan-

ner/Theobald, Energierecht, R. 68 zu § 11 ARegV; Ruge, ZNER 2006, 200, 207, 209; Walther, Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung, 2009, S. 62 ff.; Hansen, a.a.O., § 11 ARegV R. 9).

1.1.3. Schließlich gebieten auch der Sinn und Zweck des § 23 ARegV sowie der Anreizregulierung, die Genehmigung zu befristen. Durch die Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 1 ARegV soll der aufgrund technischer Gegebenheiten und gesetzlicher Vorgaben bedingten Sonderrolle von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen Rechnung getragen werden, indem für die notwendig werdenden Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze Investitionsanreize geschaffen werden (vgl. BR-Drs. vom 15.06.2007, S. 66f.; Hansen, a.a.O., § 23 ARegV, R. 1, 2). Dies geschieht auf mehrfache Weise: Durch die Möglichkeit der frühzeitigen Beantragung der Genehmigung der Investitionsbudgets vor Eintritt der Kostenwirksamkeit (§ 23 Abs. 3 S. 1 ARegV) erhält der Übertragungsnetzbetreiber bereits vor Durchführung seines Projekts Planungssicherheit darüber, ob und in welchem Umfang er mit der Genehmigung eines Investitionsbudgets rechnen kann. Ferner gibt ihm die Genehmigung die Sicherheit, dass die Kosten anerkannt und durch Abschreibungen zurückverdient werden können. Diese Sicherheit wird für die gesamte Nutzungsdauer der Anlagen des Investitionsprojekts gewährleistet. Während der Geltungsdauer der Genehmigung von Investitionsbudgets gelten diese nach § 11 Abs. 2 Nr. 6 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile, soweit sie im Einklang mit dem Genehmigungsinhalt stehen. Die genehmigten Investitionsbudgets führen als nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 ARegV zu einer Anpassung der Erlösobergrenze und sind schließlich im Hinblick auf § 21a Abs. 4 S. 6 EnWG, wonach sich Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil beziehen dürfen, der Effizienzkontrolle entzogen. Aber auch nach dem Ablauf der Genehmigung des Investitionsbudgets fließen die diesem zugrunde liegenden Kosten als beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten in das Ausgangsniveau nach § 6 Abs. 1 ARegV für die Festsetzung der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode ein. Zwar unterliegen sie dann dem Effizienzvergleich. Dies entspricht aber dem Sinn und Zweck der Anreizregulierung sowie den Vorgaben in §§ 21 Abs. 2, 21a EnWG, die Netzbetreiber durch eine Abwendung von der kostenorientierten Entgeltregulierung zu effizientem Leistungsverhalten zu bewegen. Davon umfasst sind auch Investitionsent-

scheidungen. Denn bei den Kosten einer Investitionsmaßnahme handelt es sich – wie bereits ausgeführt – nicht um objektiv nicht beeinflussbare Kosten. Ob der Netzbetreiber diesbezüglich effizient vorgegangen ist, lässt sich nur im (Effizienz-) Vergleich mit anderen Netzbetreibern feststellen. Die von der Antragstellerin vorgenommene Betrachtung hingegen hätte zur Folge, dass die Kapitalkosten für bestehendes Anlagevermögen zunehmend und dauerhaft der Effizienzvorgabe entzogen würden, so dass solche, die aufgrund von Fehlentscheidungen ineffizient hoch sind, dauerhaft perpetuiert würden. Dies würde angesichts der hohen Kapitalintensität der Netzin- dustrien dem Gesetzeszweck und damit dem Zweck der Anreizregulierung zuwider- laufen, da der Effizienzvorgabe zunehmend nicht mehr die Gesamtkosten des Unter-nehmens, sondern nur noch die laufende Betriebsführung unterfielen und das Ziel, einen wettbewerbsähnlichen Zustand zu erreichen, ausgehöhlt würde (siehe auch: Hansen, a.a.O., R. 50; Groebel in Britz/ Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., § 21a, R. 44f.). Die im Rahmen der Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 1 ARegV durchgeführte „Erforderlichkeitsprüfung“ kann dies nicht verhindern. Sie stellt keine Effizienzprüfung dar. Dies folgt schon daraus, dass im Rahmen der Genehmi- gung nur die Erforderlichkeit von Kapital- und nunmehr auch Betriebskosten für die Durchführung der konkreten Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition geprüft wird, nicht aber die Effizienz dieser unternehmerischen Entscheidung, die erst nach- träglich bewertet werden kann. Eine doppelte Effizienzprüfung findet demnach nicht statt (a.A. Rosin/Spiekermann, ET 2010 (8), S. 60, 64; Höch, ET 2008 (10), 22, 27; Lippert, RdE 2009 (12), S. 353, 354). Unabhängig davon ist eine vorherige und nach- trägliche Überprüfung derselben Kosten der ARegV auch nicht fremd. Dies wird ge- rade für die Investitionsbudgets durch die Begründung zum Verordnungsentwurf be- stätigt, wo zu § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV ausgeführt ist, dass die genehmigten Investitionsbudgets im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und der nachfolgen- den Kontrolle überwacht werden (vgl. BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 51). Auch die Kosten, die in der ersten Regulierungsperiode über § 6 Abs. 2 ARegV in das Ausgangsniveau einfließen, gehen – obwohl sie bereits im Rahmen der Entgeltge- nehmigung nach § 23a EnWG einer Überprüfung unterzogen worden sind – zusätz- lich in den Effizienzvergleich ein.

2. Berechnung der Kapitalkosten:

2.1. betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern für Offshore-Anlagegüter:

Erfolg hat die Beschwerde der Antragstellerin indessen, soweit sie sich dagegen wendet, dass die Bundesnetzagentur für die einzelnen Anlagegüter der Offshore-Anlage unterschiedliche, über 20 Jahre hinausgehende kalkulatorische Nutzungsdauern angesetzt hat.

2.1.1. Die Beschlusskammer hat die kalkulatorischen Nutzungsdauern der einzelnen Anlagegüter der zu errichtenden Offshore-Anlage unabhängig voneinander bestimmt und ist dabei zu völlig unterschiedlichen Nutzungsdauern in einer Bandbreite von 20 bis 40 Jahren gelangt. Allein für die Konverterplattform, auf der die erforderlichen technischen Anlagen für die Netzanbindung des Offshore-Windparks errichtet werden, hat sie entsprechend dem Antrag der Antragstellerin eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 20 Jahren festgesetzt, indem sie diese als „Sonstiges“ Anlagegut i.S. der Anlagengruppe III.1.4. eingestuft hat. Die 155 kV- und die 170 kV-Seekabel hat sie indessen davon abweichend der Anlagengruppe III.1.1. „Leitungsnetze: Kabel 220 kV“ zugeordnet und eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 40 Jahren festgesetzt. Den Offshore-170 kV-Leitungsumspanner, die Offshore-170 kV-Schaltanlagen und die Offshore-Konverterstation hat sie wiederum der Anlagengruppe III.1.2. „Stationseinrichtungen und Hilfsanlagen inklusive Trafo und Schalter“ mit der Folge zugeordnet, dass sie für sie eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 35 Jahren angesetzt hat. Für die Offshore-Übertragungs-, Fernwirk-, Schutz- und Sekundärtechnik hat sie indessen eine kalkulatorische Nutzungsdauer von 25 Jahren in Ansatz gebracht, indem sie sie der Anlagengruppe III.1.3. „Schutz-, Mess- und Überspannungseinrichtungen, Fernsteuer-, Fernmelde-, Fernmess- und Automatanlagen sowie Rundsteueranlagen einschließlich Kopplungs-, Trafo- und Schaltanlagen“ zugeordnet hat. Dies beanstandet die Antragstellerin zu Recht.

2.1.2. § 23 Abs. 3 Satz 5 ARegV bestimmt, dass sich der Zeitraum der Kostenwirksamkeit an der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der jeweiligen Anlagengruppe orientiert. Gem. § 23 Abs. 3 Satz 6 ARegV ergeben sich die betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern der jeweiligen Anlagengruppen aus Anlage 1 der entsprechenden Netzentgeltverordnung, hier der Stromnetzentgeltverordnung. Diese sieht in § 6 Abs. 5 Satz 1 vor, dass die kalkulatorischen Abschreibungen für jede Anlage jährlich auf

Grundlage der jeweiligen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern nach Anlage 1 vorzunehmen sind. In Anlage 1 hat der Ordnungsgeber Anlagengruppen für ‚Allgemeine Anlagen‘, ‚Erzeugungsanlagen‘ sowie ‚Fortleitungs- und Verteilungsanlagen‘ vorgesehen, die ganz überwiegend bei den wiederum gebildeten Untereinlagengruppen eine Jahresspanne für die Einschätzung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer vorsehen.

Dabei hat sich der Ordnungsgeber – wie die Ordnungshistorie ergibt – an den schon in Anlage 3 zur VV vorgesehenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern orientiert und diese - mit Ausnahme einer geringfügigen zeitlichen Korrektur – übernommen (Entwurf einer Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu den Stromversorgungsnetzen vom 20. April 2004). Diese wiederum beruhen auf den Vorgaben zur Tarifpreisberechnung nach der BTOElT aus dem Jahre 1997. Damit hatte der Ordnungsgeber aber nur die Nutzungsdauern im Blick, die seinerzeit für die üblichen Netzanlagen der Netzbetreiber – ihre allgemeinen Anlagen, Erzeugungsanlagen sowie ihre Fortleitungs- und Verteilungsanlagen – als betriebsgewöhnlich anzusehen sind. Dabei handelt es sich um die Standardanlagegüter für so gen. Onshore-Anlagen, also Anlagen an Land.

2.1.3. Anlagegüter, die zur Anbindung von Offshore-Windparks notwendig sind, werden indessen schon von der Historie her nicht von den spezifischen Anlagegütern der Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 Satz 1 StromNEV erfasst. Übertragungsnetzbetreiber trifft erst seit Dezember 2006 die gesetzliche Verpflichtung des § 17 Abs. 2a EnWG, Offshore-Windparks an ihre Netze anzubinden, um so die Aufnahme des Windstroms in das Übertragungsnetz zu gewährleisten. Die Netzanbindung gilt nach der gesetzlichen Fiktion als Teil des öffentlichen Netzes. Die für diese Offshore-Netzanbindung benötigten Anlagegüter sind – worauf die Antragstellerin zutreffend hinweist - in mehrfacher Hinsicht nicht mit den in der Anlage 1 berücksichtigten Fortleitungs- und Verteilnetzanlagen der Übertragungsnetze an Land vergleichbar. Sie sind anderen, nämlich wesentlich extremeren Umweltbedingungen ausgesetzt und im Wartungsfall schlechter erreichbar. Schon dies spricht dafür, dass etwa die verwandten 155 kV und 170 kV Seekabel nicht ohne weiteres mit den in Leitungsnetzen verwandten 220 kV Kabeln und der insoweit vorgesehenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von 40 Jahren vergleichbar sind.

Unabhängig davon kommt vorliegend aber auch eine isolierte Betrachtung der einzelnen Anlagegüter des Netzanbindungssystems nicht in Betracht. Unter der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer versteht man den Zeitraum, während dessen ein Wirtschaftsgut unter Berücksichtigung seines Zwecks voraussichtlich genutzt werden kann. Vorliegend gebietet die Zweckgebundenheit des Netzanbindungssystems es, bei der Einschätzung seiner zu erwartenden betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die nicht nur den anzuschließenden Offshore-Windpark, sondern auch das Netzanbindungssystem als Einheit in den Blick nimmt.

Die Netzanbindung dient allein dem Anschluss eines konkreten Offshore-Windparks. Die Förderdauer eines solchen ist in § 20 Abs. 2 Satz 1 EEG auf einen Zeitraum von höchstens 21 Jahre beschränkt. Damit soll nicht nur der Forderung Rechnung getragen werden, dass es marktwirtschaftlich bedenklich ist, die Stromerzeugung aus regenerativen Quellen zeitlich unbeschränkt zu fördern. Die Förderdauer soll auch die Investoren absichern, die an einer Amortisation ihrer Anlage interessiert sind (Salje, EEG, 5. A., 2009, Rdnr. 26 zu § 21). Die gesetzlich festgeschriebene Höchstförderdauer von 20 Jahren ist dabei so zu verstehen, dass typischerweise die meisten Anlagentypen nach Ablauf dieses Zeitraums entweder wirtschaftlich-technisch abgenutzt oder so veraltet sind, dass ihr Weiterbetrieb angesichts des technischen Fortschritts bei Anlagentypen vergleichbarer Art nicht mehr lohnt (Salje, a.a.O., Rdnr. 31 zu § 21). Da der Einsatzzweck des Netzanbindungssystems spezifisch auf den Anschluss einer solchen Offshore-Anlage zugeschnitten ist, spricht schon diese Abhängigkeit dafür, auch seine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer an der zeitlich beschränkten Förderdauer der Offshore-Anlage auszurichten und nicht – wie die Beschlusskammer meint – unabhängig davon zu beurteilen. Schon von daher kann kein Zeitraum angesetzt werden, der über die sicher erwartete Betriebsdauer der anzubindenden Offshore-Anlage hinausgeht. Aus dem Umstand, dass in der Folgezeit ein Repowering entsprechend § 30 EEG möglich sein kann, folgt nichts anderes. Unabhängig davon, dass diese mögliche Verlängerung der Förderdauer der Offshore-Anlage heute ungewiss ist, erfordert sie ihren Ersatz durch eine Anlage mit höherer Erzeugungsleistung. Da darüber hinaus auch mit dem technologischen Fortschritt zu rechnen ist, spricht dies nicht für eine längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Netzanbindungssystems.

Darüber hinaus sind die einzelnen Anlagegüter des Netzanbindungssystems angesichts ihrer Zweckgebundenheit als technische Einheit anzusehen, so dass für sie auch nur eine einheitliche betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer festgesetzt werden kann. Solange der Verordnungsgeber sich nicht veranlasst sieht, eine spezielle Anlagengruppe und spezifische Nutzungsdauern in die Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 Satz 1 StromNEV einzufügen, sind sie sämtlich den Sonstigen Netzanlagen für Hochspannungsübertragung in III.1.4. zuzuordnen. Für die Konverterplattform, auf der die erforderlichen technischen Anlagen für die Netzanbindung des Offshore-Windparks errichtet werden, hat die Beschlusskammer dem Antrag der Antragstellerin entsprechend die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer schon auf 20 Jahre festgesetzt. Da sie das Kernstück des Netzanbindungssystems des Offshore-Windparks ist und mit den übrigen Anlagegütern eine technische Einheit bildet, muss die mit der o.g. Höchstförderungsdauer im Einklang stehende Nutzungsdauer auch für die übrigen spezifischen Anlagegüter – die Seekabel wie auch die Offshore-170 kV-Leitungsumspanner und -Schaltanlagen sowie die Offshore-Konverterstation – festgesetzt werden.

2.1.4. Ob weitere Anlagegüter dieses Investitionsprojekts, die zum Antragszeitpunkt noch nicht absehbar und daher auch nicht Gegenstand des Genehmigungsverfahrens waren, nachträglich in die Genehmigung einzubeziehen sind, hatte der Senat als Beschwerdegericht nicht zu entscheiden. Unabhängig davon hat die Bundesnetzagentur in ihrer Beschwerdeerwiderung dazu erklärt, dass eine Anpassung ihres Beschlusses mit Blick auf unabsehbare Veränderungen in dem Zeitraum zwischen Genehmigungsantrag und tatsächlicher Projektrealisierung grundsätzlich möglich ist und die Antragstellerin diese Anpassung an die veränderten Umstände – wie im Leitfaden 2010 vorgesehen - auch beantragen kann. Welche über die Angaben in der Beschwerdebegründung hinausgehenden Informationen erforderlich sind, hat sie aufgezeigt.

2.2. Verzinsung des 40% übersteigenden Eigenkapitals:

Die Beschwerde der Antragstellerin ist weiter erfolgreich, soweit sie sich gegen die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals (EK II-Verzinsung) wendet. Die Bundes-

netzagentur hat . . . auf den vergangenheitsbezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre zurückgegriffen. Sie hätte stattdessen den gleichgewichteten Mittelwert aus dem Jahresdurchschnittswert aus bestimmten Bankkrediten (Kredite an nicht finanzielle Kapitalgesellschaften für Kredite von über 1 Mio. € mit anfänglicher Zinsbindung mit einer Laufzeit von über 1 Jahr bis 5 Jahre) sowie aus dem Jahresdurchschnittswert von Industrieobligationen (mit einer längsten Laufzeit von 4 Jahren und einer mittleren Restlaufzeit von mehr als drei Jahren) zugrundelegen müssen. Sie wird die Antragstellerin daher insoweit unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden haben.

2.2.1. Nach der Vorschrift des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV sind Investitionsbudgets für Kapitalkosten, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen erforderlich sind, zu genehmigen. Die Ermittlung der Höhe der erforderlichen Kapitalkosten ist weder in § 23 ARegV noch in den übrigen Vorschriften der ARegV geregelt. Folglich ist auf die Vorschriften der §§ 4ff StromNEV zurückzugreifen, die entsprechend anzuwenden sind (so auch: Hansen in Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 23, R. 15). In § 7 StromNEV ist die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung normiert. Hinsichtlich des die zugelassene Eigenkapitalquote von 40% übersteigenden Eigenkapitalanteils bestimmt § 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV, dass dieser „wie Fremdkapital zu verzinsen“ ist. Wie Fremdkapital zu verzinsen ist, regelt die Vorschrift des § 5 Abs. 2 StromNEV, die für aufwandsgleiche Kostenpositionen gilt und entsprechend anzuwenden ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind Fremdkapitalzinsen grundsätzlich in ihrer tatsächlichen Höhe einzustellen (§ 5 Abs. 2 HS. 1 StromNEV), höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen (§ 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV). Diese Vorgabe hat die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung des beantragten Investitionsbudgets grundsätzlich beachtet. Ausweislich der Beschlussbegründung setzt sie für die Berechnung der fiktiven Fremdkapitalkosten bei einem entsprechenden Nachweis den tatsächlichen Fremdkapitalzinssatz, höchstens jedoch den zukunftsorientierten kapitalmarktüblichen Zinssatz für Umstrukturierungs- und Erweiterungsinvestitionen für eine vergleichbare Kreditaufnahme an. Die regelmäßige Höchstgrenze des zukunftsorientierten kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes für Investitionsbudgets soll nach den Vorgaben der Bundesnetzagentur für jedes Jahr als

gleichgewichteter Mittelwert aus dem Jahresdurchschnittswert aus bestimmten Bankkrediten (Kredite an nicht finanzielle Kapitalgesellschaften für Kredite von über 1 Mio. € mit anfänglicher Zinsbindung mit einer Laufzeit von über 1 Jahr bis 5 Jahre) sowie aus dem Jahresdurchschnittswert von Industrieobligationen (mit einer längsten Laufzeit von 4 Jahren und einer mittleren Restlaufzeit von mehr als drei Jahren) berechnet werden.

...

die Bundesnetzagentur nicht den zukunftsorientierten kapitalmarktüblichen Zinssatz für Umstrukturierungs- und Erweiterungsinvestitionen für eine vergleichbare Kreditaufnahme, sondern einen vergangenheitsorientierten Zinssatz, nämlich den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten an.

2.2.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 07.04.2009, Aktenzeichen EnVR 6/08, Beschlüsse vom 14.08.2008, Aktenzeichen KVR 42/07, KVR 36/07 und KVR 34/07 sowie Beschluss vom 25.09.2008, Aktenzeichen EnVR 81/07 jeweils zu § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV a.F.) ist der erste Halbsatz der Vorschrift des § 5 Abs. 2 StromNEV bei der Bemessung der Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals jedoch nicht anwendbar. Die nur mittelbare Verweisung in § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV bezieht sich demnach nicht auf § 5 Abs. 2 HS. 1 StromNEV, sondern nur auf § 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV, weil es sich bei dem die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Teil des Eigenkapitals gerade nicht um tatsächliches, sondern nur um fiktives Fremdkapital handelt, für das gerade keine Zinsen gezahlt werden. Daher kommt es auch nicht darauf an, wie und zu welchen Konditionen sich die Antragstellerin tatsächlich Fremdkapital beschafft hat, sondern bei der Bemessung der Höhe der Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals ist gemäß § 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV allein auf die kapitalmarktüblichen Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen abzustellen. Der Netzbetreiber soll mithin eine garantierte Mindestverzinsung in Höhe des kapitalmarktüblichen Vergleichszinses erhalten.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV enthält allerdings keine abschließenden Festlegungen zur Ermittlung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes. Die Obergrenze für den anzuerkennenden Fremdkapitalzinssatz ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift in der Höhe zu berücksichtigen, zu der sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital, beispielsweise durch Ausgabe einer festverzinslichen Anleihe, wie etwa einer Inhaberschuldverschreibung, hätte verschaffen können, was gleichzeitig die Berücksichtigung des den jeweiligen (fiktiven) Kreditgeber treffenden Risikos impliziert. Ein Beurteilungsspielraum kommt den Reguliierungsbehörden dabei nicht zu. Der Bundesgerichtshof hat zur Ermittlung des nach § 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV maßgeblichen kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes für Fremdkapitalzinsen im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG folgende weitere Grundsätze aufgestellt:

Für die Risikobewertung kommt es aus der Sicht eines fiktiven Kreditgebers auf die Art der Emission und die Einschätzung der Bonität des Emittenten an. Der fiktive Kreditgeber wird dabei von dem im Anlagezeitpunkt erzielbaren Zinssatz für eine langfristige, insolvenzfeste Anleihe, wie sie die öffentliche Hand bietet, ausgehen und im Falle der Geldanlage bei einem anderen Emissionsschuldner für die Inkaufnahme des Ausfallrisikos einen bestimmten Risikozuschlag verlangen. Im Ausgangspunkt kann daher die aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ersichtliche durchschnittliche Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand mit einer längsten Laufzeit von über vier Jahren, soweit ihre mittlere Laufzeit mehr als drei Jahre beträgt, herangezogen werden. In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 7 Abs. 4 S. 1 StromNEV ist auf den durchschnittlichen Zinssatz der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre vor Antragstellung abzustellen. Denn es geht bei § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV a.F. nicht um einen zukunftsgerichteten Renditesatz für das überschießende Eigenkapital, sondern um die fiktive Frage, zu welchem Zinssatz der Netzbetreiber – hätte er insoweit kein Eigenkapital eingesetzt – Fremdkapital hätte aufnehmen können. Die Risikobewertung muss nicht unternehmensscharf vorgenommen werden, vielmehr ist aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen geboten.

2.2.3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist vorliegend insoweit allerdings nicht einschlägig, da sie sich auf die sogenannte EK-II-Verzinsung im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG und nicht im Rahmen der Genehmigung ei-

nes Investitionsbudgets nach § 23 ARegV bezieht. Zwar hat die Bestimmung des Vergleichszinssatzes für das die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital sowie für die tatsächliche Fremdkapitalverzinsung jeweils über § 5 Abs. 2 HS. 2 StromNEV zu erfolgen, so dass es grundsätzlich bei der Berücksichtigung des den jeweiligen Kreditgeber treffenden Risikos verbleibt. Die sich aus § 23 ARegV ergebenden Besonderheiten für die Bestimmung der Kapitalkosten eines Investitionsbudgets lassen jedoch eine uneingeschränkte Übernahme der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze zur Methode der Bestimmung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes nicht zu. Anders als nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV a.F. kann vorliegend nicht in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 7 Abs. 4 S. 1 StromNEV auf den durchschnittlichen Zinssatz der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre vor der Antragstellung beziehungsweise erstmaligen Aktivierung der Anlagen im Bau abgestellt werden. Denn im Rahmen der Bestimmung der nach § 23 ARegV genehmigungsfähigen Kapitalkosten geht es nicht – wie es für die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG oder für das Ausgangsniveau nach § 6 ARegV der Fall ist – um die Bewertung des gesamten schon vorhandenen Anlagevermögens, dessen einzelne Anlagegüter zu unterschiedlichen Zeitpunkten in der Vergangenheit aktiviert wurden, sondern um eine projektbezogene Finanzierung, die für ein ganz bestimmtes aktiviertes Anlagengut des genehmigten Investitionsbudgets zu einem bestimmten Zeitpunkt, und zwar frühestens ab dem Jahr 2007, für die Zukunft in Anspruch genommen wird. Die Bestimmung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes hat daher nicht wie im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vergangenheitsbezogen, sondern – wovon auch die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Beschluss ausgeht – zukunftsgerichtet zu erfolgen. Darüber hinaus kann auch nicht im Ausgangspunkt die aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ersichtliche durchschnittliche Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand mit einer längsten Laufzeit von über vier Jahren, soweit ihre mittlere Laufzeit mehr als drei Jahre beträgt, herangezogen und diese um einen Risikofaktor erhöht werden. Der uneingeschränkten Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht entgegen, dass die Bestimmung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG – ebenso wie im Rahmen des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV – durch die Regulierungsbehörde selbst vorgenommen wird. Im Rahmen des Investitionsbudgets nach § 23 ARegV

hingegen hat der Netzbetreiber nach den ihm im Tenor zu Ziffer 4 des angegriffenen Genehmigungsbeschlusses in Verbindung mit F.I.3. der Beschlussbegründung auferlegten Mitteilungspflichten der Bundesnetzagentur lediglich die jährlichen Kapitalkosten nach Ablauf eines Geschäftsjahres unverzüglich anzuzeigen. Die Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV nimmt er selbständig – ohne Mitwirkung der Regulierungsbehörde – vor. Dieser Umstand erfordert es, dass die Bundesnetzagentur dem Netzbetreiber bereits im Genehmigungsbescheid eine verlässliche und belastbare Methode an die Hand gibt, um den kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatz zu bestimmen. Dies ist bei der selbständigen Ermittlung eines Risikozuschlags durch den Netzbetreiber nicht gewährleistet. Auch kann nicht alternativ auf die nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs bei der EK-II-Verzinsung zu ermittelnden Risikozuschläge zurückgegriffen werden. Dies scheitert bereits daran, dass solche von den Regulierungsbehörden und den damit befassten Gerichten noch nicht abschließend ermittelt worden sind. Darüber hinaus beziehen sich diese auf einen vergangenen Zeitraum und nicht – wie im Rahmen des § 23 ARegV erforderlich – auf einen zukünftigen Zeitraum.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abgewichen ist, indem sie zur Bestimmung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes nicht im Rahmen einer vergangenheitsbezogenen Betrachtungsweise von der durchschnittlichen Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand zuzüglich eines Risikozuschlages ausgegangen ist, sondern im Wege einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise auf andere Indizes, nämlich den gleichgewichteten Mittelwert aus dem Jahresdurchschnittswert aus bestimmten Bankkrediten (Kredite an nicht finanzielle Kapitalgesellschaften für Kredite von über 1 Mio. € mit anfänglicher Zinsbindung mit einer Laufzeit von über 1 Jahr bis 5 Jahre) sowie aus dem Jahresdurchschnittswert von Industrieobligationen (mit einer längsten Laufzeit von 4 Jahren und einer mittleren Restlaufzeit von mehr als drei Jahren), abgestellt hat. Die Anwendung dieser Indizes ist auch sachgerecht. Fremdkapital kann der Netzbetreiber entweder durch die Aufnahme eines Kredites oder die Ausgabe einer Anleihe erlangen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes nicht ausschließlich auf Anleihen in Form von Industrieobligationen, sondern auch auf Bankkredite abgestellt hat. Bei den von der Bundesnetz-

agentur herangezogenen Werten handelt es sich um aktuelle Zinssätze für eine zukünftige Zeitperiode. Der Zinssatz für Bankkredite bezieht sich auf das Neugeschäft der deutschen Banken. Das Neugeschäft umfasst alle zwischen nicht finanziellen Kapitalgesellschaften und dem berichtspflichtigen MFI neu getroffenen Vereinbarungen. Die Zinssätze werden als volumengewichtete Durchschnittssätze über alle im Laufe des Berichtsmonats abgeschlossenen Neuvereinbarungen berechnet. Die ebenfalls herangezogenen Umlaufrenditen von Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs)/Industrieobligationen geben den durchschnittlichen Renditewert aller aktuell im Umlauf befindlichen Anleihen von Unternehmen mit einer längsten Laufzeit von über 4 Jahren und einer mittleren Restlaufzeit von mehr als 3 Jahren wieder. Auch die Länge der Laufzeit ist nicht zu beanstanden, da es sich um eine langfristige Anleihe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt, denn dieser hat bei einer langfristigen Anleihe auf die aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ersichtliche durchschnittliche Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand mit einer längsten Laufzeit von über vier Jahren, soweit ihre mittlere Laufzeit mehr als drei Jahre beträgt, abgestellt (BGH a.a.O.).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch eine jahresbezogene Durchschnittsbetrachtung vorzunehmen, denn im Rahmen der EK-II-Verzinsung kann mangels einer tatsächlichen Inanspruchnahme von Fremdkapital nicht auf einen tages- oder monatsgenauen Finanzierungszeitpunkt abgestellt werden. Alternativ kann aber auch nicht der Tag oder Monat der Aktivierung der Anlagegüter herangezogen werden. Ansonsten wäre der Netzbetreiber gehalten, den jeweiligen Tag oder Monat der Aktivierung der einzelnen Anlagengüter festzuhalten und nachzuweisen. Dies entspricht nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Bundesnetzagentur jedoch nicht der Praxis aller Netzbetreiber. Darüber hinaus widerspricht eine solche Vorgehensweise auch der am 18.08.2010 beschlossenen Verordnungsänderung des § 6 Abs. 5 StromNEV/GasNEV, wonach die kalkulatorischen Abschreibungen jahresbezogen zu ermitteln sind. Eines zusätzlichen Risikozuschlags bedarf es nicht, da dieser in den Indizes bereits berücksichtigt ist. Die Bundesnetzagentur hat einheitlich auf Kredite/Anleihen nichtfinanzieller Kapitalunternehmen/Industrieunternehmen abgestellt. Deren Werte basieren gegenüber den risikoarmen öffentlichen Anleihen auf einer erhöhten Risikobewertung, was sich in höheren Zinssätzen widerspiegelt. In-

nerhalb der einzelnen Werte werden sowohl risikoreiche als auch risikoarme Kreditnehmer der Unternehmensgruppe abgebildet.

2.2.4. Für die Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals . . . Auch dann darf die Bundesnetzagentur bei der Bestimmung des Zinssatzes nicht auf den vergangenheitsbezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre zurückgreifen. Auch dann gebieten die genannten Besonderheiten der Zinssatzbestimmung bei der Finanzierung eines Investitionsbudgets gegenüber der Zinssatzbestimmung bei der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG die Berücksichtigung eines zukunftsgerichteten kapitalmarktüblichen Vergleichszinses, nämlich des gleichgewichteten Mittelwerts aus dem Jahresdurchschnittswert aus bestimmten Bankkrediten (Kredite an nicht finanzielle Kapitalgesellschaften für Kredite von über 1 Mio. € mit anfänglicher Zinsbindung mit einer Laufzeit von über 1 Jahr bis 5 Jahre) sowie aus dem Jahresdurchschnittswert von Industrieobligationen (mit einer längsten Laufzeit von 4 Jahren und einer mittleren Restlaufzeit von mehr als drei Jahren).

2.3. Berechnung der Höhe der kalkulatorischen Gewerbesteuer:

Die Beschwerde der Antragstellerin hat auch – teilweise - Erfolg, als sie sich gegen die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer wendet. Der von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Gewerbesteuer vorgenommene Abzug der Körperschaftssteuer und des Solidaritätszuschlags vom Eigenkapitalzinssatz steht nicht in Einklang mit § 8 StromNEV. Keinen Erfolg hat die Beschwerde allerdings, soweit die Antragstellerin die fehlerhafte Berücksichtigung des Wegfalls der In-sich-Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer rügt.

2.3.1. Nach § 8 S. 1 StromNEV kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Die kalkulatorische Gewerbesteuer ist Teil der kalkulatorischen Kostenrechnung, die die Entgeltbildung unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen simulieren soll. Ausgangspunkt sind somit nicht die der steuerlichen und handelsrechtlichen Gewinnermittlung zugrunde liegenden Vor-

schriften, vielmehr wird auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV abgestellt. Diese stellt die Bemessungsgrundlage, das heißt den Gewerbeertrag, für die kalkulatorische Gewerbesteuer dar. Dafür spricht auch der Umstand, dass der Ordnungsgeber zur Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst in § 8 S. 2 StromNEV eine ausdrückliche Regelung getroffen hat. Dies lässt nur den Umkehrschluss zu, dass im Übrigen die Gewerbesteuer auf kalkulatorischer Grundlage berechnet werden soll. Eine Anwendung der §§ 7ff GewStG im Rahmen des § 8 StromNEV scheidet mithin aus (vgl. auch Bundesgerichtshof, Beschlüsse vom 14.08.2008, Aktenzeichen KVR 35/07, S. 26 R. 76ff – Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße; Aktenzeichen KVR 39/07, S. 25f, R. 67ff – Vattenfall; Aktenzeichen KVR 42/07, S. 26f, R. 71ff). Damit steht aber auch gleichzeitig fest, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung – bis auf die in § 8 S. 2 StromNEV ausdrücklich vorgesehene Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst – keine weitere Schmälerung erfahren soll.

2.3.2. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur bei der Berechnung der Gewerbesteuer zu Unrecht die Körperschaftssteuer und den Solidaritätszuschlag von der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung abgezogen. Sie geht zwar in der Beschlussbegründung zutreffend davon aus, dass die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV rein nach den kalkulatorischen Maßstäben der StromNEV zu ermitteln ist. Ebenfalls zutreffend stellt sie ferner fest, dass es sich bei dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssatz um einen Zinssatz nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftssteuer handelt (vergleiche Festlegung der Eigenkapitalzinssätze vom 07.07.2008 – BK4-08-068, dort insbesondere S. 42ff). Dies entspricht der gesetzlichen Festlegung in § 7 Abs. 6 S. 3 StromNEV (vgl. BR-Drs.245/05 vom 14.04.2005, S. 36; Beschluss vom 08.07.2005, S. 10). Der Ordnungsgeber ging zwar ursprünglich davon aus, dass die Eigenkapitalzinssätze nach § 7 Abs. 6 S. 1 durch die Regulierungsbehörde „nach Steuern“ zu ermitteln sind (vgl. BT-Drs. 245/05 a.a.O.). Dementsprechend enthielt auch § 7 Abs. 6 S. 1 StromNEV in der bis zum 05.11.2007 geltenden Fassung noch den Zusatz „wobei dieser Zinssatz nach Ertragssteuern festzulegen ist“. Dieser Zusatz ist aber auf Empfehlung der Wirtschaftsausschusses und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten durch Verordnung der Bundesregierung vom 29.10.2007 (BGBl. 2007 I, S. 2529ff) gestrichen

worden. In der Begründung des Bundesrates zur Anreizregulierungsverordnung heißt es diesbezüglich, dass es nicht zweckmäßig sei, den Eigenkapitalzinssatz nach Ertragssteuern festzulegen, weshalb der Eigenkapitalzins wie bisher als Vor-Steuer-Zinssatz bestimmt und angewandt werden soll (BR-Drs. 417/07 vom 20.09.2007 (Beschluss), S. 20f). Damit kann die Körperschaftsteuer auch keine Eingangsgröße für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer darstellen. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur ist die Eigenkapitalverzinsung daher vor Berechnung der Gewerbesteuer gerade nicht um die Körperschaftssteuer zu schmälern. Vielmehr ist der Gewerbeertrag „vor Steuern“, genauer gesagt vor Körperschaftssteuer und nach Gewerbesteuer, zugrunde zu legen. Dies ist Folge des kalkulatorischen Ansatzes. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus § 7 GewStG. Danach ist der Gewerbeertrag, auf den die Gewerbesteuer errechnet wird, der nach den Vorschriften des Einkommenssteuergesetzes oder des Körperschaftssteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb. Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer ist demnach – ebenso wie bei der Ermittlung der Körperschaftssteuer – der Vorsteuerertrag. Denn ansonsten hätte es in § 7 GewStG heißen müssen „der nach den Vorschriften des Körperschaftssteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn abzüglich der Körperschaftssteuer“. Aufgrund der Tatsache, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung – bis auf die in § 8 S. 2 StromNEV ausdrücklich vorgesehene Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst – keine weitere Schmälerung erfahren soll, kommt auch der Abzug des Solidaritätszuschlags nicht in Betracht.

2.3.3. Die Rüge der Antragstellerin, die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sei auch deswegen fehlerhaft, weil die Bundesnetzagentur den Wegfall der In-sich-Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer lediglich beim Hebesatz und der Steuermesszahl, nicht jedoch bei der Bemessungsgrundlage berücksichtigt habe, geht jedoch fehl. Wie bereits ausgeführt, ist Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer die Eigenkapitalverzinsung, welche sich nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftssteuer ergibt. Daran hat sich auch durch die Unternehmenssteuerreform 2008 nichts geändert. Durch diese wurde die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst abgeschafft mit der Folge, dass die Gewerbesteuer nicht mehr als Betriebsausgabe vom Gewerbeertrag abziehbar ist. Den damit verbundenen Anstieg der Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer hat der Ge-

setzgeber durch Absenken der Messzahl von 5 % auf 3,5 % ausgeglichen. Der Wegfall des Insichabzuges der Gewerbesteuer im GewStG ist auch im Rahmen der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer zu berücksichtigen. Denn § 8 StromNEV knüpft durch die Formulierung „Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst“ an die diesbezügliche Vorgabe im GewStG an. Bei der Ermittlung des Gewerbeertrages darf daher die Gewerbesteuer nicht mehr von der Eigenkapitalverzinsung (nach Gewerbesteuer) abgezogen werden. Dem ist die Beschlusskammer ausweislich der Beschlussbegründung aber auch nachgekommen. Sie hat die Eigenkapitalverzinsung (nach Gewerbesteuer) mit dem Hebesatz und der Messzahl 3,5 % multipliziert. Eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer kommt hingegen nicht in Betracht. Insoweit verbleibt es bei den für die Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung maßgebenden Vorgaben in § 7 StromNEV. Dies entspricht auch der Vorgehensweise im Rahmen der Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG. Auch dort blieb die Eigenkapitalverzinsung (nach Gewerbesteuer) unverändert, so dass die Gewerbesteuer praktisch zweimal berücksichtigt wurde: zum einen innerhalb der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV und zum anderen bei dem Insichabzug nach § 8 StromNEV. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten blieb, war zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität war und ist hingegen – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – nicht herzustellen (vergleiche: Bundesgerichtshof, Beschlüsse vom 14.08.2008, Aktenzeichen KVR 39/07, R. 64ff. – Vattenfall; Aktenzeichen KVR 42/07 – Rheinhessische Energie, R. 67ff, jeweils zu Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG).

2.3.3.1. Aus den von der Antragstellerin aufgeführten Berechnungsformeln und die Musterberechnungen ergibt sich auch keine Fehlerhaftigkeit der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer durch die Bundesnetzagentur.

3. Berücksichtigung der Jahresscheibe 2007:

Die Beschwerde der Antragstellerin hat ebenfalls keinen Erfolg, soweit sie die Berücksichtigung der Investitionen aus dem Jahr 2007, der so genannte Jahresscheibe 2007, in der Erlösbergrenze zum 01.01.2009 begehrt. Die Jahresscheibe 2007 war

bei der erstmaligen Festsetzung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 ARegV nicht zu berücksichtigen.

3.1. Welche Kostenpositionen in die erstmalige Erlösobergrenze einfließen, bestimmt sich gemäß § 4 Abs. 1 ARegV nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV. Die Vorschrift des § 23 ARegV ist in § 4 Abs. 1 ARegV nicht aufgeführt.

Nach der Vorgabe des § 6 Abs. 2 ARegV fließen in das Ausgangsniveau zur erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenze unter anderem die nach § 11 Abs. 2 ARegV dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten in der Höhe mit ein, wie sie im Kostenblock der letzten Entgeltgenehmigung für das Basisjahr 2006 enthalten waren. Zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gehören auch die Kapitalkosten eines genehmigten Investitionsbudgets (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV). Eine Anpassung dieser dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten an aktuellere Werte sieht § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenze vor. Dass es sich insoweit nur um eine nachträgliche Anpassung handeln kann, folgt bereits aus § 4 Abs. 2 ARegV, der zunächst festlegt, dass die Erlösobergrenze für jedes Jahr der Regulierungsperiode zu bestimmen ist und sodann klar stellt, dass eine Änderung dieser ausschließlich während der Regulierungsperiode nach Maßgabe der Abs. 3 – 5 erfolgt (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 44; BR-Drs. 24/08 vom 15.02.2008, S. 7). Im Zusammenhang mit § 4 Abs. 3 S. 1 ARegV, wonach eine Anpassung der Erlösobergrenze jeweils zum 01. Januar eines Kalenderjahres erfolgt, wird deutlich, dass eine Änderung demnach frühestens zum 01.01.2010 eintreten kann. Da die Anpassung nach § 4 Abs. 3 ARegV ohne erneute Festlegung durch die Regulierungsbehörde erfolgt, hat der Verordnungsgeber nachträglich Anlass für die mit Satz 3 vorgenommene Klarstellung gesehen, dass eine solche Änderung nicht im ersten Jahr der jeweiligen Regulierungsperiode erfolgt. Die ursprüngliche Formulierung ließ nach seinem Verständnis auch die Auslegung zu, dass Netzbetreiber bereits zum 01.01.2009 eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 ARegV vornehmen können (BR-Drs. 24/08 (Beschluss) vom 15.02.2008, S. 7). Der Verordnungsgeber hat in diesem Zusammenhang noch einmal deutlich hervorgehoben, dass eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 2 S. 2 ARegV nur während der Regulierungsperiode, also frühestens zum 01.01.2010 erfolgen kann (BR-Drs. 24/08 (Beschluss) vom 15.02.2008, S. 7; a.A. Hummel in: Danner/Theobald, EnWG, 60. Erglieferung. Jan. 2008, R. 33 zu § 4; Weyer, RdE 2008, 261, 264 f.; Missling, IR 2008,

126, 128 und 201f; Streb/Müller/Ketterer, et 2008 (Heft 10), 8, 9; Scharf IR 2008, 258, 259; Jacob et 2009 (Heft 1/2), 146ff).

3.2. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur die Jahresscheibe 2007 zu Recht nicht bei der erstmaligen Festsetzung der Erlösobergrenze 2009 berücksichtigt. In der letzten Entgeltgenehmigung auf der Basis des Geschäftsjahres 2006 waren diese Kosten – zwangsläufig – nicht enthalten. Da der Verordnungsgeber den Regulierungsbehörden in § 6 Abs. 2 ARegV für die erste Regulierungsperiode verbindlich vorgegeben hat, dass sie das Ergebnis der schon erfolgten Kostenprüfung als Ausgangsniveau zugrundelegen hatten, war für eine Anpassung des Ausgangsniveaus an aktuellere Werte kein Raum. Systembedingte Nachteile einer solchen Regelung können nur über die vom Verordnungsgeber vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten nach § 16 Abs. 2 ARegV oder nach § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV ausgeglichen werden, wenn und soweit deren Voraussetzungen vorliegen.

Aus der Anlage 1 zu § 7 ARegV kann die Antragstellerin nichts Gegenteiliges zu ihren Gunsten herleiten. In der Definition der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile „KA_{dnb,t}“ in der Legende der Anlage 1 zu § 7 ARegV heißt es zwar: „Dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteil nach § 11 Abs. 2, der für das Jahr t der jeweiligen Regulierungsperiode unter Berücksichtigung der Änderungen nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Anwendung findet“. Der Index t gibt das jeweilige Jahr der Regulierungsperiode an. Damit ist jedoch noch keine Aussage zum Jahr der Datenbasis verbunden (ebenso: Haller in: BerlKommEnR, a.a.O., § 7 ARegV R. 11). Diese bestimmt sich vielmehr nach Maßgabe der entsprechenden Vorschriften der Verordnung, vorliegend nach §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 ARegV. Denn der Inhalt des § 7 ARegV und der Anlage 1 beschränkt sich auf die formelhafte Darstellung der Elemente, aus denen sich die Erlösobergrenze nach §§ 4 bis 16 ARegV bildet. Dabei gilt die Regulierungsformel nicht nur ausschließlich für die erstmalige Bestimmung der Erlösobergrenze, sondern generell für die gesamte Regulierungsperiode. Schon aus diesem Grund kann aus der Bezugnahme auf § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV in der Anlage 1 bei der Definition der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nichts für das jeweilige Bezugsjahr im ersten Jahr der Regulierungsperiode hergeleitet werden. Dieses Verständnis ist auch deshalb geboten, weil § 4 Abs. 3 ARegV ansonsten bedeutungslos wäre. Denn eine Anpassung der Erlösobergrenze im ersten Jahr der Regulierungs-

periode kommt nur in Betracht, wenn die aktuelleren Daten nicht schon bei der ursprünglichen Festlegung berücksichtigt wurden.

C.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.02.2011 gab keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO, § 156 ZPO).

D.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Diese hat nach Billigkeitsgesichtspunkten zu erfolgen. Da die Beschwerde der Antragstellerin nur teilweise erfolgreich ist, haben diese und die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten jeweils hälftig zu tragen. Im Übrigen haben beide Beteiligte die ihnen entstandenen notwendigen Auslagen selbst zu tragen.

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Antragstellerin bemisst der Senat auf insgesamt

E.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

R.

A.