



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 16.05.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg und die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink

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

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 18.03.2015 wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 18.02.2015, BK 8-12/1913-11, aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Parteien tragen die Betroffene zu 75 % und die Bundesnetzagentur zu 25 %.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in Sie hat die Verteilernetze und -anlagen für Strom im Wesentlichen von der A. gepachtet. Nur wenige Anlagegüter befinden sich im Eigentum der Betroffenen. Die Betroffene erfüllt ihre Aufgaben mit ... eigenen Mitarbeitern. Ferner bezieht die Betroffene zur Erfüllung ihrer Aufgaben von der A. technische und kaufmännische Dienstleistungen.

Die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur leitete gegenüber der Betroffenen im April 2013 von Amts wegen ein Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV ein. Hierbei führte die Beschlusskammer gemäß § 6 Abs. 1 ARegV eine Kostenprüfung zur Ermittlung des Ausgangsniveaus durch und erhob die erforderlichen Kostendaten des Netzbetreibers. Mit Schreiben vom 11.09.2013 teilte die Beschlusskammer der Betroffenen ein Ausgangsniveau in Höhe von ... Euro mit, nachdem der Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden war.

Mit Beschluss vom 18.02.2015 legte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen der Betroffenen für die zweite Regulierungsperiode Strom (2014-2018) niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Die vorgenommenen Kürzungen betreffen verschiedene Positionen im Rahmen der von der Betroffenen geltend gemachten aufwandsgleichen und kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau. Den Effizienzwert der Betroffenen legte die Beschlusskammer mit ... % fest. Des Weiteren bewertete die Bundesnetzagentur Positionen im Rahmen der Bildung des Regulierungskontosaldos anders als von der Betroffenen begehrt.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Betroffenen.

I. Sie ist der Ansicht, die Beschlusskammer habe die aufwandsgleichen und die kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze rechtswidrig ermittelt.

1. Die Beschlusskammer habe die Kosten für Beratungsdienstleistungen für das von der Betroffenen genutzte SAP-IS-U-System in Höhe von ... Euro sowie für die IT-Implementierung, Lizenzierung und die rechtliche Unterstützung im Einkauf in Höhe von ... Euro vollständig gekürzt, obwohl es sich nicht um einmalige Kosten des Basisjahres handele. Es handele sich hierbei um betriebsnotwendige Netzkosten für die stetige Verwendung und Verbesserung von Software bzw. Modulen im Einkauf und zur Erfüllung von gesetzlichen Vorgaben in der Abrechnung. Für das Betreiben des SAP-IS-U-Systems zur Erfüllung gesetzlicher Vorgaben in der Abrechnung seien Kosten in Höhe von ... Euro erstmals in 2011 angefallen. Diese Kosten würden auch in den kommenden Jahren weiterhin anfallen. Konkret seien im Jahr 2012 Kosten in Höhe von ... Euro, im Jahr 2013 Kosten in Höhe von ... Euro und im Jahr 2014 Kosten in Höhe von ... Euro angefallen. Im Rahmen der Berücksichtigung aufwandsgleicher Kosten könne es nicht darauf ankommen, ob bestimmte Kosten in den Folgejahren im Vergleich zum Basisjahr in vergleichbarer Höhe angefallen seien. Vielmehr sei entscheidend, ob in den Folgejahren insgesamt ungefähr dieselben aufwandsgleichen Kosten angefallen seien, was bei der Betroffenen der Fall sei. Die weiteren genannten Kosten für die IT-Implementierung, Lizenzierung sowie die rechtliche Unterstützung im Einkauf seien ebenfalls im Jahr 2011 erstmals angefallen, würden aber auch in Zukunft anfallen. Es handele sich um ein Programm, um die gesamten Einkaufsprozesse über die nächsten Jahre zu unterstützen und zu verbessern. Zur nachhaltigen Sicherstellung der Qualität bei der Beschaffung von Materialien und Fremdleistungen würden auch nach dem Jahr 2011 weiterhin dauerhaft Implementierungs- und Lizenzkosten im Einkauf anfallen sowie rechtliche Unterstützungsleistungen in Anspruch genommen werden.

2. Die Beschlusskammer habe die verbleibenden Kosten für kaufmännische Dienstleistungen um ... Euro von ... Euro auf ... Euro gekürzt, weil sie zu Unrecht davon ausgehe, dass der Vorjahreswert lediglich bei ... Euro gelegen habe. Der den für das Jahr 2011 angefallenen Kosten in Höhe von ... Euro entsprechende Vorjahreswert aus 2010 belaufe sich jedoch nicht auf ... Euro, sondern auf ... Euro. Bei den im Basisjahr 2011 angefallenen Aufwendungen für kaufmännische Dienstleistungen handele es sich nicht um einen Einmaleffekt und somit nicht um eine Besonderheit des Basisjahres im Sinne des § 6 Abs. 3 ARegV. Die Kürzung beruhe nicht auf einer einvernehmlichen Einigung der Beteiligten.

3. Nachdem die Betroffene zunächst die Kürzung von Zinsaufwendungen für die Ergebnisausschüttung der Verpächterin an ihre Muttergesellschaft (im Folgenden: Fälligkeitszinsen)

gerügt hatte, räumt sie nunmehr ein, dass diese nicht erfolgt sei. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens habe die Bundesnetzagentur klargestellt, dass sie nur unter Position 1.3.4. des Erhebungsbogens der Verpächterin Kürzungen vorgenommen habe. Daher könne die Betroffene nunmehr ausschließen, dass die in Position 1.3.1 des Erhebungsbogens ausgewiesenen Fälligkeitszinsen in Höhe von ... Euro gekürzt worden seien.

Sie beantrage daher nicht mehr die Aufhebung und Neubescheidung, sondern die Feststellung, dass die Fälligkeitszinsen anzuerkennen gewesen seien. Dies erfolge vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur im Beschwerdeverfahren stets ausgeführt habe, dass Fälligkeitszinsen nicht anzuerkennen seien. Damit bestehe ohne Feststellung des Senats die Gefahr, dass die Bundesnetzagentur zu Unrecht die Fälligkeitszinsen bei der Neubescheidung kürze.

4. Die Beschlusskammer habe von der Betroffenen geltend gemachte Aufwendungen für den Differenzbilanzkreis in Höhe von ... Euro mit der unzutreffenden Begründung gekürzt, dass die Betroffene das analytische Lastprofilverfahren anwende und daher keinen Differenzbilanzkreis benötige. Auch solchen Verteilernetzbetreibern, die - wie die Betroffene - nach dem analytischen Verfahren bilanzierten, könnten aber Abweichungen zu den tatsächlichen Lieferungen entstehen, denn der Differenzbilanzkreis nehme auch Energiemengen aus Bilanzierungs- und Übertragungsfehlern auf. Dies habe selbst die Bundesnetzagentur in ihrer MaBiS-Festlegung erkannt und auf entsprechende Clearingverfahren hingewiesen. Soweit die Beschlusskammer darauf verweise, dass sich Kosten und Erlöse in den Differenzbilanzkreisen im zeitlichen Verlauf ausgleichen, sei dies unzutreffend.

5. Die Beschlusskammer habe rechtswidrig die von der Verpächterin geltend gemachten Fremdkapitalzinsen nicht in voller Höhe anerkannt. Aufgrund des Minimumabgleichs gemäß § 4 Abs. 5 und 5a StromNEV seien dadurch mittelbar auch Kürzungen bei der Betroffenen entstanden. Die Verpächterin habe Fremdkapitalzinsen in Höhe von ... Euro geltend gemacht, welche um insgesamt ... Euro gekürzt worden seien. Die Beschlusskammer plausibilisiere die geltend gemachten Fremdkapitalzinsen anhand der Zinsreihen in § 7 Abs. 7 StromNEV, erhöht um einen „Relevanzabstand“ von 0,1 Prozentpunkten. Da die von der Verpächterin geltend gemachten Fremdkapitalkosten diesen Wert überschritten, nehme die Beschlusskammer Kürzungen in Höhe von ... Euro vor. Die Deckelung der geltend gemach-

ten Fremdkapitalzinsen mit den Zinssatzreihen des § 7 Abs. 7 StromNEV zzgl. 0,1 Prozentpunkten sei aber rechtswidrig. Die Heranziehung der in § 7 Abs. 7 StromNEV vorgegebenen Zinsreihen durch die Beschlusskammer widerspreche den Vorgaben des § 5 Abs. 2, 2. Hs. StromNEV und den dazu durch den Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen. Danach seien nach § 5 Abs. 2, 2. Hs. StromNEV Fremdkapitalzinsen in der Höhe zu berücksichtigen, zu der sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital durch Ausgabe einer festverzinslichen Anleihe, wie etwa einer Inhaberschuldverschreibung, hätte verschaffen können. Dementsprechend sei bei der Bestimmung des Fremdkapitalzinssatzes ein angemessener Risikozuschlag zu berücksichtigen. Die Ermittlung eines Risikozuschlags sei der Bundesnetzagentur auch anhand des Gutachtens des vom OLG Koblenz zur Ermittlung eines angemessenen Risikozuschlages herangezogenen Sachverständigen Prof. Dr. Kaserer möglich. Dabei zeige sich, dass für das Jahr 2011 mindestens Fremdkapitalzinsen von 4,48 % zu erwarten gewesen seien. Bei Begrenzung der tatsächlichen Fremdkapitalzinsen auf 4,48 % ergäben sich bei Darlehen in Höhe von ... Euro Fremdkapitalzinsen in Höhe von ... Euro. Folglich hätte die Bundesnetzagentur weitere Fremdkapitalzinsen in Höhe von ... Euro pro Jahr anerkennen müssen.

6. Die Rüge, die Bundesnetzagentur habe bei der Betroffenen rechtswidrig Abschreibungen auf immaterielles Anlagevermögen (aktivierte Softwarelizenzen) in Höhe von ... Euro um ... Euro gekürzt und somit lediglich einen Betrag in Höhe von ... Euro anerkannt, verfolgt die Betroffene ausweislich des Schriftsatzes vom 23.11.2016 (dort Seite 6) nicht mehr.

7. Die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Altanlagen der Verpächterin zu Anschaffungs- und Herstellungskosten um ... Euro (Jahresanfangsbestand) bzw. um ... Euro (Jahresendbestand) gekürzt. Des Weiteren habe die Bundesnetzagentur zu Unrecht die Restwerte des Sachanlagevermögens der Altanlagen der Verpächterin zu Tagesneuwerten rechtswidrig um ... Euro (Jahresanfangsbestand) bzw. um ... Euro (Jahresendbestand) gekürzt. Dies habe bei der Verpächterin zu zu niedrigen kalkulatorischen Abschreibungen, zu einer zu niedrigen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und zu einer zu niedrigen kalkulatorischen Gewerbesteuer und damit für die Betroffene mittelbar zu gekürzten Aufwendungen für überlassene Infrastruktur geführt. Die Bundesnetzagentur greife dabei zu Unrecht auf die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vom 07.05.2008 (BK8-07/0264) zurück. Diese enthalte pauschale Kürzungen der beantragten Restwerte des Sachanlagevermögens zu Anschaffungs- und

Herstellungskosten auf ... Euro und zu Tagesneuwerten auf ... Euro. Im angefochtenen Beschluss gehe die Bundesnetzagentur fälschlicherweise davon aus, dass sie im Rahmen der angefochtenen Festlegung an die Feststellungen des Beschlusses vom 07.05.2008 gebunden sei. Für die 2. Regulierungsperiode fehle es aber an einer dem § 6 Abs. 2 ARegV a. F. entsprechenden Regelung. Sie habe im damaligen Entgeltgenehmigungsverfahren auch nur einen eingeschränkten Rechtsmittelverzicht abgegeben. Die im Rahmen der Entgeltgenehmigung vom 07.05.2008 vorgenommene Kürzung auf einen Pauschalrestwert sei rechtswidrig. Im Streitfall herrsche keine Unsicherheit über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, sondern nur darüber, welche Nutzungsdauern in dem Zeitraum der Stromtarifbildung nach BTOElt von der Stromtarifgenehmigungsbehörde Nordrhein-Westfalen zugrunde gelegt worden seien. Dies sei von der Regulierungsbehörde zu ermitteln. Gelingt der Nachweis nicht, seien für den Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern nach Anlage 1 zur StromNEV anzusetzen. Dabei ergäbe sich ein um ... Euro höheres Ausgangsniveau der Verpächterin. Da der damalige Pauschalrestwert Ausgangslage für die angefochtene Festlegung sei, sei auch diese rechtswidrig. Auch die zur Fortschreibung vorgenommene Pauschalkürzung um ... dieses Restwerts sei für sich genommen dem Grunde und der Höhe nach rechtswidrig. Die pauschale Zugrundelegung eines Nutzungsdauerdurchschnitts von ... Jahren entspreche nicht der Anlagestruktur der Verpächterin. Vielmehr sei zumindest eine durchschnittliche Nutzungsdauer von ... Jahren anzusetzen. Zudem dürfe für die Restwertminderung vom Endbestand des Jahres 2006 bis zum Basisjahr 2011 lediglich eine Abschreibungsdauer von 4 Jahren angesetzt werden. Methodisch inkonsistent sei zudem, dass die Bundesnetzagentur nicht den Restwert des Jahresendbestands 2006, sondern den Restwert des Jahresendbestands 2010 mindere.

8. Die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht kalkulatorische Restwerte des Altanlagevermögens der Betroffenen vollständig gekürzt. Mit der Ausgründung der Netzgesellschaft sei ein Teil der Anlagen auf sie, die Betroffene, übergegangen. Beim Anlagenübergang sei sichergestellt worden, dass sämtliche Anlagen mit dem identischen Anschaffungszeitpunkt wie zuvor bei der Verpächterin aktiviert worden seien. Hierdurch sei gewährleistet worden, dass weder Restwerte erneut in Ansatz gebracht wurden noch eine Abschreibung unter Null erfolgt sei. Das Vorgehen, die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens, die bei der Betroffenen bilanziert worden seien, bei der Verpächterin anzusetzen, sei rechtswidrig. Es verwundere auch, weil die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des negativen Eigenkapitals

eine konsolidierte Betrachtung ablehne. Die Betroffene sei durch dieses Vorgehen beschwert, da sich bei ihr aufgrund des fehlenden Sachanlagevermögens das negative Eigenkapital und damit auch die negative Eigenkapitalverzinsung erhöhten. Dies werde auch nicht durch die Eigenkapitalverzinsung der Verpächterin korrigiert.

9. Bei der Ermittlung der Tagesneuwerte habe die Bundesnetzagentur rechts- und sachwidrige Indexreihen zur Ermittlung der Tagesneuwerte des Altanlagevermögens zugrunde gelegt und damit zu geringe kalkulatorische Abschreibungen, eine zu geringe Eigenkapitalverzinsung und in der Folge eine zu geringe kalkulatorischen Gewerbesteuer bei der Verpächterin ermittelt. Für die zweite Regulierungsperiode seien die Erlösobergrenzen deshalb (gemessen an den WIBERA-Reihen der Betroffenen) um ... Euro pro Jahr zu erhöhen. Die in § 6a StromNEV festgelegten Indexreihen verstießen gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, § 21 Abs. 2 Satz 1 und § 1 Abs. 2 EnWG. Die Indexreihen in § 6a StromNEV seien zu stark vereinfacht und griffen auf hoch aggregierte Wirtschaftszweige zurück, die keine repräsentative Abbildung der Preisentwicklung von Netzbetreiberanlagen ermöglichten. Sie seien schon im Ansatz verfehlt, weil für 28 zu bewertende Anlagegüter nur fünf Indexreihen herangezogen würden. Dabei würden Indexreihen herangezogen, die sich aus verschiedensten Preisentwicklungen von Rohstoffen und Industrieerzeugnissen zusammensetzten, welche größtenteils keine netzanlagespezifischen Merkmale aufwiesen und daher auch aus diesem Grund schon nicht repräsentativ sein könnten. Die angewendeten Indexreihen seien zudem keiner Plausibilitätskontrolle unterzogen worden, obwohl insoweit eine Aufklärungspflicht bestehe. Daher verletze die Verwaltungsänderung auch das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine repräsentative und bestmögliche Abbildung der Lohnentwicklung werde durch die angewandten Indexreihen nicht erreicht.

10. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur, bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für Neuanlagen Investitionen, die im Basisjahr erstmalig aktiviert worden seien, nicht im Anfangsbestand des Anlagevermögens zu berücksichtigen, sei rechtswidrig.

11. Die Bundesnetzagentur habe rechtswidrig erhebliche Kürzungen bei den Umlaufvermögen der Betroffenen, der Verpächterin und der Dienstleisterin vorgenommen. Diese Kürzun-

gen seien rechtswidrig, da die geltend gemachten Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, die Forderungen gegen verbundene Unternehmen sowie der Kassenbestand in der geltend gemachten Höhe netzbezogen, betriebsnotwendig und somit anerkennungsfähig seien. Falsch sei bereits der Ansatz der Bundesnetzagentur, dass bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens das Heranziehen von Bilanzwerten eines einzigen Stichtages nicht sachgerecht sei. Der Verordnungsgeber habe sich für die Mittelwertbildung zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand und damit für zwei Stichtage entschieden. Der Mittelwert führe – bezogen auf ein vollständiges Jahr – zu repräsentativen Kosten. Die Anerkennungsfähigkeit der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und gegen verbundene Unternehmen (aus Lieferungen und Leistungen) sowie des Kassenbestands ergebe sich zunächst aufgrund der Kennzahlen der Deutschen Bundesbank. In der Gesamtbetrachtung über alle Branchen ergebe sich für das Jahr 2011 ein Anteil kurzfristiger Forderungen aus Lieferungen und Leistungen an den Umsatzerlösen von 21,16 %. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen seien daher bis zu einer Höhe von 21,16 % der Netzerlöse anzuerkennen, da sie insoweit betriebsnotwendig seien. Ebenso ergebe sich die Anerkennungsfähigkeit der liquiden Mittel aufgrund der Kennzahlen der Deutschen Bundesbank. Zudem könne ein hohes Abzugskapital ein höheres Umlaufvermögen rechtfertigen, wenn demnächst unverzinsliche Verbindlichkeiten zu tilgen seien. Dies sei bei der Betroffenen bzw. der Verpächterin und Dienstleisterin bei mehreren Positionen des Abzugskapitals der Fall. Schließlich erkenne die Bundesnetzagentur bei Dienstleistern und Verpächtern anders als beim Netzbetreiber im Ergebnis nicht einmal 1/12 eines Jahresumsatzes als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen an. Zu Unrecht begründe sie dies damit, dass Dienstleister eine Dienstleistungsvergütung bzw. Verpächter ein Pachtentgelt erhielten, die den korrespondierenden eigenen Aufwendungen entsprechen sollten. Auch sei es rechtswidrig, bei der Eigenkapitalverzinsung der Betroffenen Verbindlichkeiten der Betroffenen gegen das verbundene Unternehmen der Verpächterin im Abzugskapital und damit regulativ nachteilig anzusetzen, andererseits aber nicht gleichzeitig regulatorisch vorteilhafte Forderungen der Verpächterin gegen die Betroffenen bei der Eigenkapitalverzinsung der Verpächterin zu berücksichtigen. Im Übrigen sei die pauschale Kürzung auf 1/12 nur für liquide Mittel, nicht aber für Forderungen durch die Rechtsprechung gebilligt. Insoweit müsse differenziert werden. Schließlich sei als Bezugsgröße für das Umlaufvermögen nicht auf die anerkannten Netzkosten, sondern auf den realen, aus der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlichen Jahresumsatz abzustellen.

12. Die Bundesnetzagentur habe zudem im Abzugskapital der Verpächterin als passiven Rechnungsabgrenzungsposten und im Abzugskapital der Betroffenen als erhaltene Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge rechtswidrig Zuschüsse von Anschlussnehmern doppelt angesetzt, ohne gleichzeitig den neben dem Anlagevermögen bei der Verpächterin bilanzierten aktiven Rechnungsabgrenzungsposten bei der Betroffenen anzuerkennen. Ferner seien bei der Dienstleisterin rechtswidrig Pensionsrückstellungen im Abzugskapital fingiert worden.

13. Die entkonsolidierte Betrachtung der Bundesnetzagentur führe zu einer rechtswidrigen Benachteiligung von Pachtmodellen und Dienstleisterbeauftragungen. Nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs dürfe zwar negatives Kapital im Rahmen eines rechnerischen Zwischenschritts angesetzt werden, das negative Kapital müsse für das Kostenniveau aber insgesamt neutral bleiben. Die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers bei entkonsolidierter Betrachtung von Netzbetreiber, Verpächter und Dienstleister dürfe trotz negativen Kapitals – insgesamt - nicht geringer ausfallen, als bei - alternativer – konsolidierter Betrachtung. Indem die Bundesnetzagentur bei der Verpächterin und Dienstleisterin die Forderungen gegen die Betroffene auf „Null“ festsetze, bei der Betroffenen hingegen die Verbindlichkeiten gegen die Verpächterin und Dienstleisterin voll im Abzugskapital ansetze, werde sie den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen nicht gerecht. Zudem könne die Anwendung des Zinssatzes von 9,05 % unter dem Gesichtspunkt der Kostenneutralität nicht richtig sein, da das positive Eigenkapital auch nicht einheitlich mit 9,05 % verzinst werde, sondern bei Altanlagen mit nur 7,14 %. Das über der höchstzulässigen Eigenkapitalquote liegende Eigenkapital werde sogar nur mit 3,98 % verzinst. Um dem Grundsatz der Kostenneutralität gerecht zu werden, müsse die Eigenkapitalverzinsung der Betroffenen ebenso hoch sein wie bei einer konsolidierten Berechnung der Vermögens- und Kapitalwerte von Netzbetreiber, Netzeigentümer und Dienstleister. Die Argumentation der Bundesnetzagentur, dass das Umlaufvermögen als kurzfristige Liquidität am ehesten mit Neuanlagen vergleichbar sei, sei unzutreffend. Zumindest sei aber der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital in Höhe von 3,98 % anzuwenden.

14. Die Bundesnetzagentur habe den Zinssatz für das überschießende Eigenkapital von 3,98 % rechtsfehlerhaft ermittelt und damit ebenfalls eine zu geringe kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und in der Folge eine zu geringe kalkulatorische Gewerbesteuer in Ansatz gebracht. Die Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV sei wegen

Verstoßes gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in §§ 24 Satz 1 Nr. 1 und 4 EnWG, 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG und § 1 Abs. 2 EnWG nichtig, denn der nun festgelegte Zinssatz entspreche nicht der vom Gesetzgeber intendierten angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Die festgelegten Umlaufrenditen berücksichtigten die unternehmerischen Risiken des Netzbetriebs nicht in der vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung vorgeschriebenen Form. Es bestehe ein erhebliches Risiko von Forderungsausfällen, die von der Bundesnetzagentur nur zu geringen Anteilen als Kosten anerkannt würden. Eine uneingeschränkte Nachschusspflicht der Gesellschafter zur Vermeidung einer Insolvenz sei ebenfalls nicht gegeben. Dies gelte auch für kommunale Anteilseigner. Das Rating der Netzbetreiber habe sich im Basisjahr 2011 im Vergleich zum Jahr 2004, für das der Gutachter Prof. Dr. Kaserer ein AA-Rating unterstellt habe, auf „A“ verschlechtert. Dennoch flössen Unternehmensanleihen, die am ehesten das unternehmerische Risiko eines Netzbetreibers widerspiegeln, nur zu einem Drittel in die Berechnung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital ein. Dagegen werde durch die Berücksichtigung der Anleihen der öffentlichen Hand und der Hypothekendarlehen zu zwei Dritteln unterstellt, dass der Netzbetreiber risikolos bzw. nahezu risikolos tätig sei. Dies sei jedoch nicht ausreichend und hätte durch den Verordnungsgeber im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Verwaltungsänderung aufgeklärt und berücksichtigt werden müssen, was nicht erfolgt sei. Da besser geeignete und zugleich mildere Mittel zur Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos vorlägen, sei die neue Regelung unverhältnismäßig. Die Anwendung der in § 7 Abs. 7 StromNEV vorgegebenen Umlaufrenditen habe zudem eine mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbare Ungleichbehandlung der Netzbetreiber zur Folge, deren Netzbetrieb überschießendes Eigenkapital aufweise, da dieses systematisch niedriger als Fremdkapital verzinst werde, da die Deckelung der höchstzulässigen Fremdkapitalzinsen nach § 5 Abs. 2 StromNEV auch nach der Verwaltungsänderung unverändert geblieben sei. Für den Fall, dass der Senat annehme, dass nicht allein die Änderungsverordnung zu § 7 Abs. 7 StromNEV nichtig sei, sondern die Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV insgesamt, sei aufgrund der dann bestehenden planwidrigen Regelungslücke eine Analogie zu § 5 Abs. 2 StromNEV zu ziehen.

15. Die Bundesnetzagentur habe außerdem die kalkulatorische Gewerbesteuer unter Verstoß gegen § 8 StromNEV, § 21 Abs. 2 EnWG fehlerhaft berechnet, indem sie eine „Vom-Hundert“-Rechnung vorgenommen habe.

II. Die Betroffene meint, die Bundesnetzagentur habe der Erlösobergrenzenfestlegung einen falschen Effizienzwert zugrunde gelegt.

1. Die Bundesnetzagentur habe das Ergebnis des ermittelten Effizienzwertes nicht hinreichend begründet. Die Bundesnetzagentur hätte die wesentlichen Bewertungskriterien, nach denen sie vorgegangen sei, einschließlich ihrer Gewichtung zumindest dem Grunde nach darlegen sowie das individuelle Abschneiden der Betroffenen nach diesen Kriterien erläutern müssen. Die Bundesnetzagentur habe ihr indes lediglich die eigenen Strukturparameter und das Endergebnis des Effizienzvergleichs mitgeteilt. Mit diesen Angaben könne sie, die Betroffene, nicht nachvollziehen, welche Ineffizienzen bei ihr ermittelt worden seien.

Die mangelnde Nachvollziehbarkeit von wesentlichen Bewertungskriterien und des eigenen Abschneidens der Betroffenen in diesen wesentlichen Bewertungskriterien laufe verfahrensrechtlichen Kernvorgaben zuwider. So verstoße ein Eingriff in die wirtschaftliche Betätigung der Betroffenen, dessen wesentliche Bewertungskriterien – wie vorliegend - nicht nachvollzogen werden könnten, gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG, aus denen sich ein Anspruch ableite, die Gründe des Eingreifens zu erfahren, weil nur mit dieser Kenntnis eigene Rechte sachgemäß verteidigt werden könnten. Die nicht ausreichende Begründung verhindere zudem eine effektive Rechtskontrolle durch die Gerichte und sei auch aus diesem Grunde rechtswidrig. Eine Verletzung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von im Vergleichsverfahren beteiligten Unternehmen stünde nicht entgegen. Gegebenenfalls wären die Grundlagen des Effizienzvergleichs durch das Gericht im Rahmen eines sogenannten „in-camera“-Verfahrens, gegebenenfalls auch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, zu prüfen, was beantragt werde.

Die fehlende Nachvollziehbarkeit des konkret ermittelten Effizienzwertes und der daraus resultierenden Effizienzvorgabe laufe auch dem Sinn und Zweck der Anreizregulierung zuwider. Denn der Netzbetreiber müsse auf den von der Bundesnetzagentur festgestellten Effizienzwert reagieren können, indem er die Ineffizienzen beseitige, die zu einem schlechten Effizienzwert geführt hätten.

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur im Rahmen des Effizienzvergleichs stehe in Widerspruch zu der auf den Effizienzvergleich übertragbaren ständigen Rechtsprechung im Bereich des Prüfungsrechts, wonach jede behördliche Entscheidung einer substantiellen Begründung bedürfe, die die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit durch den Prüfling und die Gerichte sicherstelle und somit die für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkte erkennen lasse.

2. Die Durchführung des Effizienzvergleichs sei auch materiell rechtswidrig erfolgt. Die von der Bundesnetzagentur gewählte Methodik und insbesondere die Auswahl der Vergleichsparameter seien rechtswidrig.

a) Die in den Effizienzvergleich einbezogenen Netzbetreiber seien nicht strukturell vergleichbar. Die Bundesnetzagentur habe rechtsfehlerhaft die DB Energie GmbH mit in den Effizienzvergleich für die Verteilernetzbetreiber einbezogen, da es sich bei ihr schon nicht um einen Verteilernetzbetreiber i.S.d. § 3 Nr. 3 EnWG handle. Auch stehe die mangelnde strukturelle Vergleichbarkeit des Bahnstromfernleitungsnetzes der Einbeziehung in den Effizienzvergleich entgegen. Die Produktionsfunktion der DB Energie GmbH unterscheide sich von den übrigen Teilnehmern am Effizienzvergleich. Im ersten Effizienzvergleich sei eine statistische Ausreißeranalyse zur Datenvalidierung vor der eigentlichen Modelldefinition erfolgt. Erst nach Ausschluss der als auffällig identifizierten Unternehmen sei dann der Effizienzvergleich durchgeführt worden. Die einmalige Ausreißeranalyse allein sei nicht geeignet, eine ausreichende Vergleichbarkeit der Teilnehmer des Effizienzvergleichs herzustellen. Die DB Energie GmbH sei in wesentlichen Punkten nicht vergleichbar, aber gleichwohl sei keine Erweiterung bzw. Wiederholung der Ausreißerbereinigung durchgeführt worden.

b) Schließlich sei auch die Auswahl der Vergleichsparameter rechtswidrig erfolgt. Einzelne der im Effizienzvergleich herangezogenen elf Vergleichsparameter wiesen methodische Schwächen auf und hätten nicht herangezogen werden dürfen. Zum einen seien die nachfolgend im Einzelnen kritisierten Vergleichsparameter nicht dazu geeignet, eine objektive und strukturelle Vergleichbarkeit der Netzbetreiber abzubilden. Zum anderen weise die Auswahl und Ausgestaltung der nun verwendeten Vergleichsparameter Unstimmigkeiten und Unzulänglichkeiten auf, die einer vollständigen und zutreffenden Ermittlung des erheblichen Sachverhalts entgegenstünden und so zu Heranziehungs- und Abwägungsdefiziten führten,

da die Bundesnetzagentur aufgrund der fehlerhaften Parameter nicht alle wesentlichen Aspekte der Versorgungsaufgabe erfasst und in den Effizienzvergleich mit einbezogen habe. Bei der Herleitung der Parameter seien im Rahmen der so genannten Kostentreiberanalyse Ausreißer nicht berücksichtigt worden. Die Herausnahme von Ausreißern sei erst bei der Ermittlung der Effizienzwerte in einem späteren Schritt erfolgt. Die letztendlich gewählten Parameter wiesen dabei im Einzelnen folgende gravierende Unzulänglichkeiten auf:

Die konkrete Ausgestaltung des Vergleichsparameters „Anschlusspunkte“ missachte die gesetzlichen Vorgaben in § 21 Abs. 2 S. 4 EnWG, insbesondere der strukturellen Vergleichbarkeit der Netzbetreiber und führe zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Netzbetreiber, weil die Spannungsebenen der Umspannebenen HöS/HS, HS/MS sowie MS/NS nicht in den Vergleichsparameter eingingen. Im Gegensatz zum Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode habe vorliegend zudem keine Korrektur der Leitungslängen der Hochspannungsebene um Bruchteilseigentum stattgefunden. Dieses Vorgehen verzerre den Zusammenhang zwischen Vergleichsparametern und Kosten, da Netzbetreibern mit Bruchteilseigentum Kosten für die Leitungen nur anteilig entstünden, die Leitungslänge nun aber voll im Rahmen der Vergleichsparameter berücksichtigt werde. Der Parameter „Anzahl der Umspannstationen“ sei im Gegensatz zu dem Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode Strom nun im aktuellen Effizienzvergleich nicht mehr enthalten, obwohl die Anzahl der Umspannstationen einen signifikanten Indikator für die Netzstruktur und die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers darstelle.

3. Sollte es bei den gerügten Kürzungen der kalkulatorischen Restwerte der Altanlagen und damit der kalkulatorischen Kapitalkosten der Betroffenen und der A. bleiben, so seien diese Kürzungen jedenfalls auch im Rahmen der Vergleichbarkeitsrechnung für den Effizienzvergleich zu berücksichtigen. Der Ordnungsgeber sei bei der Ausgestaltung der Vergleichbarkeitsrechnung aufsetzend auf den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht davon ausgegangen, dass die Bundesnetzagentur Kürzungen der Altanlagen der Betroffenen nicht bei den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, sondern alleine bei den Restwerten vornehmen würde – obwohl derartige Kürzungen in Fällen anderer Netzbetreiber auch bei den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten vorgenommen worden seien. Die Prämisse der Vergleichbarkeitsrechnung sei vorliegend missachtet, so

dass die Betroffene bei der Berechnung ihres Effizienzwertes (DEA-Wert nach standardisierten Kosten) fälschlicherweise so gestellt werde, als würden ihr die Kapitalkosten im Ausgangsniveau ungekürzt bleiben, was nicht der Fall sei.

III. Schließlich sei der Saldo des Regulierungskontos rechtsfehlerhaft ermittelt worden.

1. Die Bundesnetzagentur habe Kosten der Beschwerdeführerin, die aufgrund der gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten gemäß EEG und KWKG in den Jahren 2010, 2011 und 2012 entstanden seien, rechtsfehlerhaft nicht anerkannt. Insoweit verkenne die Bundesnetzagentur, dass die Kosten, welche nicht durch Erlöse ausgeglichen würden, gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV im Rahmen der Ermittlung des Regulierungskontos für die erste Regulierungsperiode zu berücksichtigen seien. Kosten und Erlöse ständen sich nicht zwingend deckungsgleich gegenüber, da es insoweit zu Verschiebungen zwischen den Jahren käme.

2. Zudem sehe sich die Betroffene aufgrund der nachträglichen Insolvenzanfechtung der B für den Zeitraum der Jahre 2009 bis 2012 einem Forderungsausfall in Höhe von ... Euro ausgesetzt. Die Bundesnetzagentur habe in der angefochtenen Festlegung unberücksichtigt gelassen, dass derartige anfechtungsbedingte Forderungsausfälle gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV im Rahmen des Regulierungskontos anzuerkennen seien. Neben den Mengenschwankungen müssten von der Ausgleichsfunktion des Regulierungskontos andere schwankende Kosten- und Erlösarten gleichermaßen erfasst sein. Sofern der Senat der Auffassung sei, dass eine Berücksichtigung dieser nachträglichen Forderungsausfälle im Rahmen des Regulierungskontos nicht möglich sei, mache sie geltend, dass die Bundesnetzagentur insoweit die aufwandsgleichen Kosten des Basisjahres rechtsfehlerhaft ermittelt habe. Die Bundesnetzagentur habe die im Basisjahr 2011 angefallenen Forderungsausfälle durch die Insolvenz der C. GmbH in Höhe von insgesamt ... Euro wegen ihrer Höhe als Besonderheit des Geschäftsjahres angesehen und den Gesamtwert nur zu 1/5 berücksichtigt. Es handele sich bei der Insolvenz der C. GmbH aber nicht um einen Einmaleffekt und damit nicht um eine Besonderheit des Geschäftsjahres. Dies zeige die im Jahr 2013 eingetretene Insolvenz der B.

3. Die Betroffene führe gegen die Bundesnetzagentur vor dem Senat ein Beschwerdeverfahren gegen die Festlegung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode (VI-3

Kart 187/09 (V)). Ergebe sich in dem Beschwerdeverfahren aus einem rechtskräftigen Beschluss oder einem öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag eine Änderung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode zugunsten der Betroffenen, so werde auch die vorliegend angefochtene Festlegung unter Anwendung dementsprechend geänderter Zuschläge auf das Regulierungskonto neu zu bescheiden sein. Mit Schriftsatz vom 31.08.2016 hat die Betroffene diesen Angriffspunkt aufgrund einer Einigung der Parteien für erledigt erklärt.

4. Die Bundesnetzagentur habe im Rahmen der Ermittlung des Aufschlags auf die Erlösobergrenze aus der „Freiwilligen Selbstverpflichtung Verlustenergie“ die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie für die Jahre 2011 und 2012 rechtswidrig zu hoch angesetzt. Sie habe damit im Rahmen des Regulierungskontos für das Jahr 2011 rechtsfehlerhaft einen zu niedrigen Mindererlös und für das Jahr 2012 einen zu hohen Mehrerlös berücksichtigt. Im Rahmen der streitgegenständlichen Festlegung hätten daher zur Auflösung des Saldos des Regulierungskontos höhere Aufschläge auf die Erlösobergrenzen erfolgen müssen. Da sich der entsprechende Ansatz für die erste Regulierungsperiode aus der letzten Entgeltgenehmigung ergebe, in der die Verlustenergiekosten nicht den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet gewesen seien, müsse der jeweilige in der Erlösobergrenze enthaltene Ansatz für die Kosten der Verlustenergiebeschaffung im Rahmen der Ermittlung des jährlichen Anpassungsbetrags anhand der Regulierungsformel ermittelt werden.

Die Betroffene beantragt,

1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 18.02.2015, Az. BK 8-12/1913-11, aufzuheben und die Bundesnetzagentur analog § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO zu verpflichten, eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.
2. festzustellen, dass bei der Aufhebung und Neubescheidung Fälligkeitszinsen in Höhe von ... Euro weiterhin anzuerkennen sind.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der angefochtene Beschluss sei rechtmäßig und verletze die Betroffene nicht in ihren Rechten. Zu den einzelnen Angriffspunkten meint sie:

I. Das Ausgangsniveau sei zutreffend ermittelt.

1. Hinsichtlich der für Beratungsdienstleistungen geltend gemachten Kosten beschränke sich der Vortrag der Betroffenen auf die pauschale Behauptung, dass die in Rede stehenden Kosten erstmals im Jahr 2011 angefallen seien und in den kommenden Jahren auch weiterhin anfallen würden. Diese Ausführungen seien nicht geeignet, die Anerkennungsfähigkeit der Kosten zu begründen. Vielmehr handele es sich um eine Besonderheit des Geschäftsjahres gemäß § 6 Abs. 3 ARegV. Eine IT-Umstellung bzw. Implementierung bedinge notwendigerweise hohe Startkosten, die sich jedoch in der Folgezeit typischerweise nicht wiederholten. Die Betroffene sei - trotz Nachfrage im Verwaltungsverfahren - nachvollziehbare Ausführungen dazu schuldig geblieben, weshalb auch in den Folgejahren Kosten in gleichwertiger Höhe anfielen.

2. Die Kürzung der Kosten für kaufmännische Dienstleistungen in Höhe von ... Euro werde im Rahmen einer Neubescheidung korrigiert und gestrichen.

3. Eine Anerkennung der Fälligkeitszinsen in Höhe von ... Euro zu einem Zinssatz von 5 % sei nicht gerechtfertigt. Zinsen für die Gewinnabführung seien nicht anerkennungsfähig. Dementsprechend seien auch die unter der Position „1.3.4. Sonstiges“ geltend gemachten Kosten für die anteilige Verlustübernahme aus Beteiligungen in Höhe von ... Euro vollständig gekürzt worden. Derartige Kosten seien bereits durch die Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV abgegolten. Auf diese Weise sei eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von nicht integrierten Unternehmen, bei welchen derartige Kosten für eine Verlustübernahme oder Gewinnabführung nicht anfielen, ausgeschlossen.

Der nunmehr erhobene auf vorbeugende Feststellung der Anerkennungsfähigkeit der Fälligkeitszinsen gerichtete Feststellungsantrag sei unstatthaft. Für eine vorbeugende Feststellung fehle es an einem hierfür erforderlichen qualifizierten Rechtsschutzinteresse. Ein Abwarten der Neubescheidung und die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes erschienen nicht unzumutbar.

4. Die geltend gemachten Aufwendungen aus dem Differenzbilanzkreis seien nicht anzuerkennen, weil im von der Betroffenen angewendeten analytischen Verfahren – im Gegensatz

zum synthetischen Verfahren – für den energiewirtschaftlichen Sachverhalt des Ausgleichs beim Netzbetreiber keine Kosten anfielen. Darüber hinaus seien Aufwendungen, die aus einer mangelhaften Bewirtschaftung des Differenzbilanzkreises resultierten, nicht anerkennungsfähig. Unterjährige Bilanzierungsfehler, Übertragungsfehler oder Ähnliches würden im Rahmen der Monatsbilanzierung nach der MaBiS im Nachgang entsprechend durch die Übermittlung korrigierter Bilanzierungsergebnisse an den Bilanzkreiskoordinator berichtet.

5. Die vorgenommene Kürzung der Fremdkapitalzinsen sei rechtmäßig. Es erscheine angemessen, die in § 7 Abs. 7 StromNEV für das überschießende Eigenkapital getroffene Neuregelung auch im Rahmen der Ermittlung der Kapitalmarktüblichkeit der Fremdkapitalzinsen heranzuziehen. Denn ausweislich der Verordnungsbegründung berücksichtigten die vorgegebenen Umlaufrenditen das unternehmerische Risiko von Elektrizitätsverteilernetzbetreibern. Zusätzlich habe sie einen Relevanzabstand von 0,1 % zugunsten der Betroffenen berücksichtigt, so dass an der Angemessenheit des ermittelten Referenzzinssatzes keine Zweifel beständen. Die von der Betroffenen vorgenommene Ermittlung des kapitalmarktüblichen Zinssatzes unter Heranziehung des Gutachtens von Prof. Dr. Kaserer sei ungeeignet. Der Betroffenen seien nicht alle bei der Erstellung des Sachverständigengutachtens verwendeten Daten, zugrunde gelegten Annahmen und Berechnungen bekannt, so dass die Fortführung des Gutachtens durch die Betroffene nicht zu plausiblen Ergebnissen führe.

6. Die von der Betroffenen erhobenen Einwände gegen die Kürzung der Abschreibungen auf immaterielles Anlagevermögen seien unbegründet. Die immateriellen Vermögensgegenstände im Sinne von § 266 Abs. 2 HGB unterlägen nicht der kalkulatorischen Abschreibung nach § 6 StromNEV, da sie nicht zu den in Anlage 1 der StromNEV aufgeführten Anlagengruppen zählten.

7. Hinsichtlich der kalkulatorischen Restwerte der Altanlagen der Verpächterin hätten sich die Parteien im Netzentgeltgenehmigungsverfahren zum Beschluss vom 07.05.2008 darauf verständigt, dass für künftige Ermittlungszwecke im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 2 StromNEV zu unterstellen sei, dass die konkret verwendeten steuerlichen Nutzungsdauern als seit Inbetriebnahme der Sachanlagegüter der kalkulatorischen Abschreibung tatsächlich zugrunde gelegte Nutzungsdauern anzusehen seien. Somit seien die den steuerlichen Restwerten zum 31.12.2004 tatsächlich zuzuordnenden Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln und in einen entsprechenden Erhebungsbogen der Regulierungsbehörde zu

überführen gewesen. Dieser Bescheid sei von der Betroffenen nicht angegriffen worden und habe einen akzeptierten Kompromiss dargestellt. Nachdem die Betroffene in der Folgezeit keine Unterlagen vorgelegt habe, die den Vorgaben der Entgeltgenehmigung vom 07.05.2008 Rechnung getragen hätten, habe die Beschlusskammer hilfsweise zur Berechnung der Abschreibungen und der Restwerte des Sachanlagevermögens zum 31.12.2011 die Annahmen aus der Entgeltgenehmigung fortgeschrieben und in die Ermittlung des Ausgangsniveaus für die zweite Regulierungsbehörde vollumfänglich einbezogen. Dagegen habe die Betroffene im Erhebungsbogen für die Kostenprüfung des Ausgangsniveaus 2011 kalkulatorische Restwerte des Sachanlagevermögens zu Anschaffungs- und Herstellungskosten in Höhe von ... Euro ermittelt, wodurch sich die Restwerte trotz zwischenzeitlich erfolgter Abschreibungen um rund ... Euro erhöht hätten. Diesem widersprüchlichen Ergebnis sei die Bundesnetzagentur mit einer pauschalen Restwertkürzung zugeschnitten auf das Anlagevermögen der Betroffenen angemessen begegnet. Der Abschlag von ... berücksichtige die unzureichende Umsetzung der Beschlusslage und die damit einhergehende fehlende Berücksichtigung der Restwertminderung in den Folgejahren 2007 bis 2011 unter Annahme eines Nutzungsdauer-Durchschnittswerts.

8. Die Kürzung der kalkulatorischen Restwerte der Altanlagen der Betroffenen sei rechtmäßig. Die entsprechenden historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten seien vollumfänglich, wie beantragt, bei der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen der Verpächterin berücksichtigt worden. Sie habe keine Umbuchung vorgenommen, vielmehr habe die Betroffene die hier gegenständlichen Restwerte zweifach erfasst. Ihr Vorgehen, die Restwerte einmalig bei dem Verpächtervermögen zu berücksichtigen, sei sachgerecht, da die Verpächterin über den überwiegenden Anteil des Sachanlagevermögens verfüge. Von der Betroffenen seien im Rahmen des Verwaltungsverfahrens hiergegen keine Einwände erhoben worden.

9. Die in § 6a StromNEV enthaltenen Indexreihen zur Ermittlung der Tagesneuwerte seien sachgerecht und rechtmäßig. Sie seien insbesondere ausreichend differenziert. Spezifische Indexreihen hätten den entscheidenden Nachteil, dass sie in der Regel vom Statistischen Bundesamt nicht über lange Zeiträume fortgeschrieben würden. Die Anlagengüter von Stromnetzbetreibern hätten dagegen in der Regel deutlich längere Nutzungsdauern (teilweise von bis zu 65 Jahren). Ein komplexer Index des Statistischen Bundesamtes, der eine

Vielzahl an Teilleistungen in Form von Subindizes enthalte habe den Vorteil, dass die Gewichtungen regelmäßig überprüft und gegebenenfalls vollständig angepasst würden. Um die Preisentwicklung für die werthaltigsten Anlagegüter in Stromnetze abzubilden, habe der Verordnungsgeber unterschiedliche Indexreihen zu Mischindizes zusammengeführt. Dies ermögliche eine über einen längeren Zeitraum verlässliche und repräsentative Bewertung des Anlagevermögens. Auch seien die ausgewählten Indexreihen durch einen Preisindex, der die Preisentwicklung des Nettoanlagevermögens der Energieversorgung abbilde, ausreichend plausibilisiert. Die Betroffene versäume es zudem darzulegen, dass die in § 6a StromNEV vorgegebenen Preisindizes zur Ermittlung von Tagesneuwerten systematisch, d.h. sowohl bei ihr selbst als auch bei einer Vielzahl von weiteren Netzbetreibern zu unsachgemäßen Ergebnissen führten.

10. Soweit der Bundesgerichtshof ihrer Vorgehensweise, Investitionen, die im Basisjahr erstmalig aktiviert worden seien, nicht im Anfangsbestand des Anlagevermögens zu berücksichtigen, eine Absage erteilt habe, werde sie die Entscheidung im streitigen Verfahren berücksichtigen.

11. Die vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens sei rechtmäßig. Die Betroffene habe weder im Verwaltungsverfahren noch im Rahmen der Beschwerdebegründung den ihr obliegenden Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens erbracht und sei insofern durch die Anerkennung eines pauschalen Betrags als Umlaufvermögen nicht beschwert. Sie habe die Nachweispflicht des Netzbetreibers insoweit erleichtert, als sie eine Obergrenze von 1/12 eines netzkostenbezogenen Jahresumsatzes bestimmt habe, bis zu der Umlaufvermögen ohne detaillierte Nachweise anerkannt werde. Ein höheres betriebsnotwendiges Umlaufvermögen müsse die Betroffene darlegen, was ihr nicht gelungen sei. Der Verweis auf die Kennzahlen der Deutschen Bundesbank sei unergiebig. Auch begründeten die angeführten Verbindlichkeiten und Rückstellungen keine höhere, als die anerkannte Liquidität. Der tatsächliche Liquiditätsbedarf sei nur im Rahmen einer Gesamtschau der konkreten Mittelzuflüsse und -abflüsse ermittelbar. Auch in Bezug auf die Verpächterin und Dienstleisterin sei die Betroffene den Nachweis des beantragten Umlaufvermögens schuldig geblieben. Sie habe für die Verpächterin und Dienstleisterin von der Anerkennung eines pauschalen Betrags abgesehen und stattdessen ausschließlich die geltend gemachten Vorräte anerkannt. Dies sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass – anders als beim Netzbetreiber, bei dem Einzahlungen und Auszahlungen zeitlich nicht kongruent

seien – beim Verpächterunternehmen in der Regel keine Liquiditätsengpässe auftraten. Dies gelte entsprechend für die Dienstleisterin. Das monatlich vereinnahmte Dienstleistungsentgelt reiche in der Regel aus, die laufenden Auszahlungen des Dienstleistungserbringers hieraus zu bestreiten.

12. Die Einwände gegen die von ihr im Abzugskapital berücksichtigten Positionen seien ebenfalls unberechtigt. Zu Recht seien enthaltene Baukostenzuschüsse einschließlich passivierter Leistungen der Anschlussnehmer zur Erstattung von Netzanschlusskostenbeiträgen in Höhe von ... Euro im Abzugskapital der Betroffenen und der Verpächterin berücksichtigt. Soweit sie sämtliche passiven Rechtsabgrenzungsposten, nicht aber aktive Rechnungsabgrenzungsposten im Rahmen des Abzugskapitals berücksichtige, sei diese Vorgehensweise durch den Bundesgerichtshof ausdrücklich gebilligt worden. Aktive Kapitalverrechnungsposten seien auch bei der Verpächterin nicht in die Verzinsungsbasis einzubeziehen. Auch seien zu Recht Pensionsrückstellungen in Höhe von ... Euro dem Abzugskapital der Dienstleisterin zugeordnet worden. Der von der Betroffenen vorgenommene Ansatz eines Wertes von Null stehe im Widerspruch zu den Wertansätzen, die bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Kostenprüfung 2006 herangezogen worden seien. Die Angabe der Betroffenen, diese seien komplett aufgelöst worden, sei nicht plausibel. Daher habe sie hilfsweise den Wert des Jahres 2006 – versehen mit einem Sicherheitsabschlag von 50 % - angesetzt.

13. Es liege keine rechtswidrige Benachteiligung von Pachtmodellen und Dienstleisterbeauftragungen vor. § 4 Abs. 5 und Abs. 5a StromNEV erforderten keine Kostenneutralität in dem Sinne, dass der Netzbetreiber und Pächter so gestellt werden müsse, als sei er Eigentümer der Anlagen. Die Kosten des integrierten Netzbetreibers stellten lediglich eine Obergrenze für die beim pachtenden Netzbetreiber zu berücksichtigenden Kosten dar. Sinn und Zweck der Regelung des § 4 Abs. 5 und 5a StromNEV sei es, Kostenerhöhungen auszuschließen, die aus der unternehmerischen Entscheidung für ein Pachtmodell folgten. Maßgeblich sei, dass die Überlassung von Netzbestandteilen nicht zu überhöhten Netzentgelten führen dürfe. Die von der Betroffenen geforderte konsolidierte Betrachtung sei demgegenüber nicht angezeigt. Der angewendete Zinssatz sei nicht zu beanstanden.

14. Nach § 7 Abs. 7 StromNEV ergebe sich für die zweite Regulierungsperiode ein Zinssatz für überschüssendes Eigenkapital in Höhe von 3,98 %. Die Neuregelung des Zinssatzes für

überschießendes Eigenkapital in § 7 Abs. 7 StromNEV sei rechtmäßig, insbesondere habe der Verordnungsgeber weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten, noch gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen. Ein gegenüber dem in § 7 Abs. 7 StromNEV berücksichtigten Unternehmensrisiko weitergehendes Unternehmensrisiko bestehe nicht. Grundsätzlich sei das unternehmerische Risiko im regulierten Umfeld als gering einzustufen. Die unterschiedliche Vorgehensweise bei der Kostenanerkennung/-ermittlung von Fremdkapitalzinsen und Eigenkapitalzinsen sei sachgerecht. Die Fremdkapitalzinsen würden als aufwandsgleiche Kosten stets in der tatsächlichen Höhe akzeptiert, soweit diese zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme marktüblich wären. Bei der Bestimmung von Eigenkapitalzinsen als kalkulatorische Kostenposition sei hingegen eine Verzinsungsfiktion im Rahmen einer Opportunitätskostenbetrachtung zu entwickeln, bei der auf aktuelle Marktentwicklungen zurückzugreifen sei.

15. Die kalkulatorische Gewerbesteuer habe sie im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berechnet.

II. Der durchgeführte Effizienzvergleich sei rechtmäßig.

1. Ein Begründungsmangel liege nicht vor. Es genüge, wenn die Behörde die maßgeblichen Gründe für ihre Entscheidung mitteile, so dass eine Überprüfung der Entscheidung möglich sei. Sie habe die einzelnen Schritte des Effizienzvergleichs und der Ermittlung des unternehmensindividuellen Effizienzwertes der Betroffenen ausführlich und vollständig dargestellt. Ihr Vorgehen sei somit hinreichend transparent. Soweit die Betroffene einwende, sie könne anhand des Bescheides nicht nachvollziehen, welche Ineffizienzen bei ihr ermittelt worden seien, verkenne sie, dass im Rahmen der Anreizregulierung zwar grundsätzlich die Effizienz bzw. Ineffizienz von Unternehmen untersucht bzw. festgestellt werde, allerdings nicht in der Weise, dass konkrete Ineffizienzen infolge einer Analyse sämtlicher Unternehmensabläufe aufgezeigt würden. Denn der durch die Bundesnetzagentur durchgeführte Effizienzvergleich erlaube nur die Bestimmung der relativen Effizienz, d.h. der Ineffizienz der Unternehmen relativ zu den entsprechenden Referenzunternehmen. Dem System der Anreizregulierung sei immanent, dass die einzelnen Unternehmen die Ursache der ermittelten Ineffizienzen selbst ermittelten. Eine Vorgabe, wie bestimmte Abläufe effizienter gestaltet werden könnten, erfolge nicht.

2. Der Effizienzvergleich sei auch materiell rechtmäßig. Die Vergleichbarkeit der Netzbetreiber sei durch die durchgeführten Ausreißeranalysen sichergestellt. Ein Ausschluss der DB Energie GmbH vom Effizienzvergleich komme aufgrund zwingender entgegenstehender Vorgaben des EnWG und der ARegV auch nicht in Betracht.

a) Um die Vergleichbarkeit der Teilnehmer am Effizienzvergleich zu gewährleisten, sehe Anlage 3 zu § 12 ARegV für beide Verfahren konkrete Bestimmungen zur Ausreißeranalyse vor. Die Forderung nach einer wiederholten Anwendung der Ausreißeranalyse sei weder in der Anreizregulierungsverordnung, noch in der wissenschaftlichen Literatur zu finden. Insbesondere die Ausreißeranalyse der SFA sowie die Supereffizienzanalyse der DEA seien aufgrund der Vorgaben der ARegV kaum für eine mehrfache Durchführung vorgesehen. Schließlich sei es auch nicht sachgerecht, die Tests wiederholt durchzuführen, bis ein beliebig hoher Anteil an Unternehmen – im Extremfall sogar alle Unternehmen – als effizient gälten. Die DB Energie GmbH sei im Effizienzvergleich der Stromverteilernetzbetreiber der zweiten Regulierungsperiode nur bei der SFA auf Grundlage der standardisierten Totex (total expenditures – Gesamtkosten) als Ausreißer identifiziert worden. Bei beiden DEA-Varianten sowie bei der SFA auf Grundlage der Totex sei sie kein Ausreißer. Weiterhin sei die DB Energie GmbH bei der DEA, die hier nach der best-of-four-Abrechnung den Effizienzwert für die Betroffene bestimme, konkret kein Referenzunternehmen.

b) Auch die Parameterauswahl sei nicht zu beanstanden. Die Auswahl der Parameter auf der Grundlage einer so genannten Kostenreißeranalyse sei im Frontier-Gutachten ausführlich dargelegt und orientiere sich sowohl an ingenieurwissenschaftlichen als auch statistischen Kriterien, die dem Stand der Wissenschaft entsprächen. Die Nichtberücksichtigung der Anschlusspunkte der Umspannebenen entsprechend dem Vorgehen bei dem Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode Strom sei nicht zu beanstanden. Gerade die für die Netzstruktur wichtigen und kostenintensiven Verbindungspunkte würden durch die Parameter Fläche und Zahl der Anschlusspunkte als maßgebliche Kostentreiber einer Netzebene abgebildet. Für die Umspannebenen gelte dies hingegen nicht. Auch die Kritik an der unterbliebenen Korrektur des Vergleichsparameters Leitungslänge um Bruchteilseigentum überzeuge nicht. So stünden insgesamt 0,11 % der Leitungslängen Kabel HS und 0,19 % der Leitungslängen Freileitung HS im Bruchteilseigentum. Aufgrund dieser Geringfügigkeit habe sie entschieden, diese Abfrage für den Effizienzvergleich der zweiten Regulierungsperiode nicht mehr aufzunehmen. Wegen der fehlenden Berücksichtigung des Parameters

„Anzahl der Umspannstationen“ verweise sie auf das Frontier-Gutachten, dort Seite 60. Laut Gutachten sei dieser Parameter statistisch nicht signifikant und bringe entsprechend keinen zusätzlichen Erklärungsgehalt. Zudem sei die Anzahl der Umspannstationen endogen, d.h. durch den Netzbetreiber beeinflussbar und gem. § 13 Abs. 3 ARegV seien exogene Parameter vorzuziehen. Darüber hinaus sei die Anzahl der Umspannstationen in dem Vergleichsparameter „Anzahl Anschlusspunkte“ implizit enthalten (Anzahl der Anschlusspunkte eigener nachgelagerter Umspannebenen).

3. Durch die Kürzung der Restwerte der Altanlagen bei der Vergleichbarkeitsrechnung sei die Betroffene nicht beschwert. Die im Rahmen der Vergleichbarkeitsrechnung vorgenommene Standardisierung der Kapitalkosten stelle sicher, dass bei Netzbetreibern mit unterschiedlichen Investitionshistorien eine größtmögliche Vergleichbarkeit gegeben sei. Durch die Vergleichbarkeitsrechnung würden somit Unterschiede, die durch den Investitionszeitpunkt und die Wahl der Nutzungsdauern entstehen, bereinigt. Bei der Betroffenen beruhe die vorgenommene Kürzung der kalkulatorischen Restwerte letztlich auf den in der Vergangenheit unklaren steuerlichen Nutzungsdauern. Eben dieser Effekt solle aber nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV eliminiert werden.

III. Schließlich sei der Regulierungskontosaldo rechtsfehlerfrei ermittelt worden.

1. Entgegen der Ansicht der Betroffenen seien die von ihr angegebenen Kosten, die ihr aufgrund der gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten gemäß EEG und KWKG entstanden seien, nicht bei der Ermittlung des Regulierungssaldos anzuerkennen. Die Betroffene nehme eine auf die Jahre 2009 bis 2012 beschränkte Betrachtung vor und verlange den Ausgleich des Nachteils für diese Jahre. Gleichzeitig nehme sie die Neutralität der Position für die Zukunft an. Auch die Betroffene gehe davon aus, dass sich Differenzen aus Periodenverschiebungen über die Jahre ausgleichen. Zudem sei die Höhe der Kostenunterdeckung für die Jahre 2010 bis 2012 nicht plausibel dargelegt.

2. Bei der Ermittlung des Regulierungskontosaldos könnten Forderungsausfälle grundsätzlich keine Berücksichtigung finden, vielmehr ginge es um die Berücksichtigung von Mengenabweichungen. Allerdings habe sie Forderungsausfälle im Rahmen der für das jeweilige Unternehmen im Basisjahr angefallenen Kosten berücksichtigt. Soweit es sich um eine Besonderheit des Geschäftsjahres gehandelt habe, seien die Kosten anteilig berücksichtigt

worden. Soweit es zu insolvenzbedingten Rückforderungsansprüchen gegenüber dem Netzbetreiber im Basisjahr gekommen sei, stellten diese eine Aufwandsposition im Basisjahr dar, für die die gleiche Betrachtungsweise gelte.

3. Die Betroffene hat diesen Punkt mittlerweile für erledigt erklärt.

4. Sie habe die Verlustenergiekosten bei der Ermittlung des Regulierungskontosaldos zutreffend angesetzt. Das Verfahren zur Ermittlung der ansatzfähigen Kosten sei in der von der Betroffenen abgegebenen freiwilligen Selbstverpflichtung und in dem Beschluss zur Verfahrensregulierung eindeutig und abschließend vorgegeben. Eine Anpassung der in der Erlösobergrenze enthaltenen Ansätze scheide daher aus.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 07.12.2016 durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. Jonas und Rondorf vom 19.09.2017 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und die Protokolle der Senatssitzungen Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde ist mit dem Verpflichtungsantrag zulässig und teilweise begründet, der erhobene Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist mit dem Verpflichtungsantrag zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG. Die Beschwerde hat auch teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen die Bestimmung des Ausgangsniveaus richtet, im Übrigen ist sie unbegründet.

I. Ausgangsniveau

Die Einwände der Betroffenen gegen die Ermittlung des Ausgangsniveaus sind zumindest

teilweise begründet, soweit sie sich gegen die Bestimmung des Ausgangsniveaus betreffend die Kürzungen bei Beratungsdienstleistungen, kaufmännischen Dienstleistungen, Fremdkapitalzinsen, Sachanlagevermögen der Verpächterin, Umlaufvermögen der Verpächterin und Dienstleisterin, insolvenzbedingten Forderungsausfällen und die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei Basisjahrinvestitionen richten, im Übrigen sind sie unbegründet.

1. Beratungsdienstleistungen

Die Beschwerde ist begründet, soweit sie sich gegen die Kürzungen für in Anspruch genommene Beratungsdienstleistungen richtet. Ausweislich des angefochtenen Bescheids (Anlage Zwischendokumentation, Seite 64) hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der angesetzten Aufwendungen bei dem Dienstleister der Betroffenen Kosten für Beratungsdienstleistungen um insgesamt ... Euro gekürzt. Dies hat die Bundesnetzagentur damit begründet, diese in den Kosten für kaufmännische Dienstleistungen enthaltenen Aufwendungen seien vollständig als Besonderheit des Geschäftsjahres zu werten, da die beschriebene Kostenverursachung singulär sei. Zudem sei der Bezug zum Stromverteilungsnetz und damit zur Betriebsnotwendigkeit nicht nachvollziehbar. Diese Begründung, die die Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens weiter ergänzt hat, ist nicht geeignet, die vorgenommene Kürzung zu rechtfertigen.

a) Auch die Bundesnetzagentur stellt nicht in Abrede, dass es sich bei der streitgegenständlichen Position um bei der Dienstleisterin der Betroffenen tatsächlich entstandene Kosten handelt. Es ist auch davon auszugehen, dass es sich um betriebsbezogene und für den Betrieb eines Stromverteilernetzes notwendige Kosten handelt. Die Betroffene hat hierzu bereits im Rahmen des Verwaltungsverfahrens in ihrer Stellungnahme vom 13.12.2012 dargelegt, es handele sich um betriebsnotwendige Netzkosten für die stetige Verwendung und Verbesserung von Software bzw. Modulen im Einkauf und zur Erfüllung von gesetzlichen Vorgaben in der Abrechnung (Betreiben eines funktionsfähigen SAP IS-U-Systems) sowie für die IT-Implementierung, Lizenzierung und rechtliche Unterstützung im Einkauf. Im Einzelnen handele es sich um Kosten für Lizenzen zur Nutzung der Software, Betrieb und Betreuung der Software, Formatanpassungen, Release-Wechsel und Wartungsmaßnahmen. Sie hat die für die Fortentwicklung des IT-gestützten Einkaufssystems notwendigen Entwicklungsstufen und ihre Relevanz für den Betrieb eines Stromverteilernetzes dargestellt.

Die im angefochtenen Beschluss pauschal angeführten Zweifel am Bezug zum Stromverteilungsnetz sowie an der Betriebsnotwendigkeit sind daher nicht nachvollziehbar.

b) Die von der Betroffenen geltend gemachten Kosten für die Einführung eines IT-Systems im Bereich des Einkaufs einschließlich der hieraus entstehenden Folgekosten für Lizenzierung, Beratung und Wartung sind auch nicht deshalb bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt zu lassen, weil sie eine Besonderheit des Geschäftsjahres im Sinne von § 6 Abs. 3 ARegV in der bis zum 16.09.2016 geltenden Fassung (jetzt: § 6 Abs. 2 ARegV n.F.) darstellen.

aa) Gemäß § 6 Abs. 3 ARegV a.F. sind Kosten, soweit sie dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Basisjahres nach § 6 Abs. 1 Satz 4 ARegV beruhen, nicht bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zu berücksichtigen. Hintergrund der im Jahr 2010 in § 6 Abs. 3 ARegV eingefügten Regelung ist, dass durch die Kostenprüfung nach § 6 Abs. 1 ARegV eine Kostenbasis ermittelt werden soll, die geeignet ist, als Ausgangsniveau für die Erlösobergrenzen der Regulierungsperiode zu fungieren. Insoweit werden die Kosten des Basisjahres als exemplarische Kosten des Netzbetreibers angesehen. Damit wäre jedoch nicht vereinbar, wenn im Ausgangsniveau Kosten berücksichtigt würden, die aus Besonderheiten des Geschäftsjahres resultieren, auf das sich die Kostenprüfung bezieht. Aufgrund dessen hat der Verordnungsgeber klargestellt, dass das Ausgangsniveau der Erlösobergrenzen auf der Basis eines um den Einfluss von Einmalereignissen bereinigten Kostenniveaus bestimmt wird (BR-Drs. 312/1/17 vom 28.06.2010, S. 23; BR-Drs. 312/10 vom 09.07.2010 (Beschluss), S. 19). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Einmaleffekte solche, die "dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Geschäftsjahres beruhen, auf das sich die Kostenprüfung bezieht" (BGH, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10 - EnBW Regional -, Rn. 16 juris; vgl. auch Senat, Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 117/14 (V), Rn. 51 juris). Auch in seiner neueren Rechtsprechung (Beschluss vom 27.04.2017, EnVR 57/15 - SWL-Verteilungsnetzgesellschaft mbH -, Rn. 22 juris) betont der Bundesgerichtshof, dass die in § 6 Abs. 1 ARegV vorgesehene Heranziehung der Kosten eines bestimmten Geschäftsjahres als Grundlage für die Festlegung der Erlösobergrenzen auf der Erwägung beruht, dass die Kostenstruktur in aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren in der Regel im Wesentlichen gleich sein dürfte. Ungenauigkeiten, die sich daraus ergeben, dass bestimmte Kosten nicht in jedem Jahr anfallen oder von Jahr zu

Jahr gewissen Schwankungen unterliegen, nehme der Verordnungsgeber dabei zulässigerweise in Kauf. Unberücksichtigt zu bleiben hätten Kosten nach § 6 Abs. 3 ARegV a.F. nur, soweit sie dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Geschäftsjahres beruhten, auf das sich die Kostenprüfung beziehe.

bb) Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der streitgegenständlichen Kostenposition nicht erfüllt. Zwar sind die von der Betroffenen geltend gemachten Kosten für die Einführung des konkreten SAP-Moduls unstreitig erstmals im Basisjahr aufgetreten und werden wohl auch in der Zukunft nicht mehr auftreten. Dies ist jedoch nicht ausreichend, um sie als „Einmaleffekt“ im Sinne der Rechtsprechung anzusehen. Die Betroffene hat nachvollziehbar vorgebracht, es handele sich bei den Kosten um betriebsnotwendige Netzkosten für die stetige Verwendung und Verbesserung von Software bzw. Modulen im Einkauf und zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben der Abrechnung. Es ist davon auszugehen, dass im Rahmen von komplexen Softwaresystemen laufende Kosten für Lizenzen, Wartung, Anpassungen und Updates anfallen. Hierzu gehören auch in regelmäßigen Abständen Softwareneuschaffungen einschließlich der diesbezüglichen Beratungs- und Schulungsdienstleistungen. Es widerspräche der Intention des Verordnungsgebers, insoweit auf die konkrete Neuschaffung eines bestimmten Moduls oder einer neueren Version abzustellen und hieraus auf einen Einmaleffekt zu schließen. Denn es ist auch für die Zukunft von der Erforderlichkeit weiterer Erneuerungsmaßnahmen im IT-Bereich auszugehen, da gerade die notwendige Ausstattung eines Betriebs durch Informationstechnologie einem ständigen und besonders schnellen Wandel unterliegt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschluss vom 27.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 63 juris, SWL-Verteilungsnetzgesellschaft mbH für Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten) ist insoweit unerheblich, ob es in allen einzelnen Jahren jeweils zu Neuschaffungen kommt. Maßgeblich ist vielmehr, dass solche in regelmäßigen Abständen zu erwarten sind.

c) Soweit die Bundesnetzagentur meint, jedenfalls der Höhe nach handele es sich bei der streitgegenständlichen Position um eine Besonderheit des Geschäftsjahres im Sinne des § 6 Abs. 3 ARegV a.F., und hierfür eine Gegenüberstellung der Kosten der Jahre 2007 bis 2011 heranzieht, wird sie dies im Rahmen der vorzunehmenden Neubescheidung erneut zu überprüfen haben. Allerdings wird sie hierbei zu berücksichtigen haben, dass auch in der

Zukunft der Netzbetreiber der Fortentwicklung in der Informationstechnologie angemessen Rechnung tragen muss.

2. Kaufmännische Dienstleistungen

Die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht Kosten für kaufmännische Dienstleistungen um ... Euro gekürzt, hat ebenfalls Erfolg. Die Vertreterin der Bundesnetzagentur hat in der mündlichen Verhandlung vom 07.12.2016 zu Protokoll erklärt, die Kürzung der Kosten für kaufmännische Dienstleistungen in Höhe von ... Euro würde im Rahmen einer Neubescheidung korrigiert und gestrichen.

3. Fälligkeitszinsen

Hinsichtlich der zunächst gerügten Kürzung von Fälligkeitszinsen verfolgt die Betroffene ihre Beschwerde nicht weiter, da sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens herausgestellt hat, dass eine Kürzung insoweit gar nicht erfolgt ist. Sie begehrt nunmehr die Feststellung, dass die Fälligkeitszinsen grundsätzlich anerkennungsfähig seien.

Entgegen der im Beschwerdeverfahren von der Bundesnetzagentur vertretenen Ansicht ist die Anerkennung aber auch zu Recht erfolgt.

Die Fälligkeitszinsen beruhen auf § 353 HGB i.V.m. § 352 Abs. 2 HGB. Danach fallen für Forderungen unter Kaufleuten ab Fälligkeit Zinsen in Höhe von 5 % an. Die Forderung des Eigenkapitalgebers auf die Gewinnausschüttung entsteht mit der Gewinnfeststellung im Jahresabschluss. Die Forderung kann jedoch erst mit Beschluss der Hauptversammlung erfüllt werden.

Insoweit gehen die Beteiligten übereinstimmend zu Recht davon aus, dass es sich bei den Fälligkeitszinsen nicht um Fremdkapitalzinsen handelt, weil Forderungen der Eigenkapitalgeber zugrunde liegen. Es handelt sich um Zinsen für die Gewinnabführung. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur sind die geltend gemachten Zinskosten jedoch auch nicht durch die Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV abgegolten. Der Gewinn stellt nur die Verzinsungsbasis für die Fälligkeitszinsen dar.

Die Anerkennung von Fälligkeitszinsen als Kostenposition führt auch nicht zu einer unge-

rechtfertigten Ungleichbehandlung von integrierten und nicht integrierten Energieversorgungsunternehmen. Die Bundesnetzagentur geht im Rahmen der Bestimmung der Kosten im Pachtmodell grundsätzlich von einer nicht konsolidierten Betrachtung aus, bei der die Kosten der Verpächterin und des Netzbetreibers zunächst getrennt voneinander betrachtet werden. Im Grundsatz sind also alle tatsächlichen beim Netzbetreiber entstandenen Kosten auch in die kalkulatorische Kostenrechnung einzustellen. Fälligkeitszinsen werden im Jahresanfangsbestand des Basisjahres als Verbindlichkeiten oder Rückstellungen aus der Gewinnabführung bilanziert. Sie werden von der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Abzugskapital berücksichtigt. Dann ist es aber auch folgerichtig, auch die ausgekehrten Fälligkeitszinsen als aufwandsgleiche Kosten zu berücksichtigen. Denn beide Positionen beruhen auf demselben Sachverhalt.

4. Aufwendungen aus dem Differenzbilanzkreis

Die von der Betroffenen gerügten Kürzungen von Aufwendungen für den Differenzbilanzkreis in Höhe von ... Euro sind nicht zu beanstanden. Eine Berücksichtigung der geltend gemachten Aufwendungen für den Ausgleich von Abweichungen bei Standardlastprofilen kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil diese nicht als effiziente Kosten anzusehen sind. Der Senat teilt insoweit die Auffassung des 5. Kartellsenats (Beschluss vom 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 (V), Rn. 57 ff. juris).

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV i.V.m. § 4 Abs. 1 StromNEV sind bilanzielle und kalkulatorische Kosten des Netzbetriebs nur insoweit für das Ausgangsniveau anzusetzen als sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Dies ist bei den geltend gemachten Aufwendungen für den Ausgleich von Abweichungen bei Standardlastprofilen jedoch nicht der Fall. Die Betroffene wendet zur Planung des Umfangs der jeweils bereitzustellenden Elektrizitätsmengen im Netz je Abrechnungsperiode sowie zur Abrechnung des Strombezugs von sog. Kleinkunden das analytische Lastprofilverfahren an. Bei diesem prognostizieren der oder die Stromhändler die erwarteten Lastprofile ihrer Kleinkunden und speisen danach Strom ins Netz ein, die Berechnungen des Verteilernetzbetreibers erfolgen jedoch erst nach der Lieferung. Dabei wird zunächst die Gesamtlast des Netzbereichs ermittelt durch die Addition aller Einspeisungen in das Netz. Von diesem Ergebnis werden die Netzverluste und die gemessenen Lastgänge aller Sonderkunden abgezogen. Aus dem verbleibenden Lastprofil aller Kleinkunden wird auf die Einzellastprofile zurückgeschlossen. Es kann entweder allen Kleinkunden das gleiche Lastprofil zugeordnet werden

oder es können Kundengruppen nach dem typischen Abnahmeverhalten gebildet werden. Das analytische Lastprofil hat für den Netzbetreiber den Vorteil, dass die gesamte Kleinkundenlast auf die Stromhändler aufgeteilt wird (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 20.08.2007, 1 W 37/06, Rn. 54 juris; OLG München, Beschluss vom 07.07.2016, Kart 1/15, Rn. 28 juris; Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, § 16 Rn. 387). Da die Verbrauchsbetrachtung auf den tatsächlich dem Netz entnommenen Mengen beruht, scheiden beim analytischen Verfahren - anders als beim synthetischen Verfahren, bei dem es zu Differenzen zwischen dem tatsächlichen Verbrauch und der ex ante-Prognose kommen kann - Abweichungen im Verbrauch, die über einen Differenzbilanzkreis erfasst werden müssen, grundsätzlich aus. Die Differenzbilanzierung erfolgt vielmehr innerhalb des Verfahrens, weil die ermittelte Restlastkurve vollständig auf die Lieferanten der Kleinkunden aufgeteilt wird. Damit können bei der Betroffenen aufgrund ihrer Wahl des analytischen Verfahrens grundsätzlich keine Differenzmengen anfallen, die zu Aufwendungen führen könnten.

Soweit die Betroffene anführt, im analytischen Verfahren könnten Abweichungen zu den tatsächlichen Lieferungen aufgrund unvermeidbarer Bilanzierungs- und Übertragungsfehler, beispielsweise infolge von Fehlzuordnungen von Strommengen, entstehen, rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Aus welchem Grund auf diese Weise entstandene Kosten unvermeidbar sein sollen, ist schon nicht nachvollziehbar. Allein aus dem Umstand, dass die Bundesnetzagentur für den Fall des Auftretens von Fehlern in der MaBiS-Festlegung entsprechende Clearingverfahren vorgesehen hat, lässt nicht darauf schließen, dass sie Fehlzuordnungen in komplexen Systemen wie der Energiemengenbilanz grundsätzlich als unvermeidbar ansieht. Hinzu kommt, dass die MaBiS-Festlegung Korrekturen gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen ausdrücklich vorsieht, weshalb auch insoweit nicht nachvollziehbar ist, inwiefern es zu bleibenden Differenzmengen zu Lasten des Verteilernetzbetreibers kommen kann. Sollten dennoch Kosten aus fehlerhaften Zuordnungen durch die Betroffene entstanden sein, gehen diese zu ihren Lasten und dürfen nicht auf den Netznutzer übergewälzt werden. Eine Abwälzung widerspräche dem Effizienzkriterium des § 4 Abs. 1 StromNEV, § 21 Abs. 2 EnWG. Ansonsten würden die Netznutzer Fehlzuordnungen kompensieren und der Anreiz, diese Fehler zu vermeiden, würde aufgegeben.

Im Übrigen widersprechen die Angaben der Betroffenen zu möglichen Fehlzuordnungen

ihrem früheren Vorbringen. So hat die Betroffene im Bericht zum Netzentgeltantrag des Jahres 2006 ausgeführt, dass aufgrund der Anwendung des erweiterten analytischen Verfahrens keine Aufwendungen für Differenz-Bilanzkreise entstünden (Anlage BG 1 S. 4). Auch hat die Betroffene in der „Beantwortung der Fragen zur Durchführung der Kostenprüfung/Datenerhebung Strom“ vom 14.11.2002 darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung des analytischen Verfahrens systembedingt im Saldo über alle Lieferanten keine Jahresminder- bzw. Jahresmehrmengen entstünden. Unterjährige Bilanzierungsfehler, Übertragungsfehler o.ä. würden im Rahmen der Monatsbilanzierung nach der MaBiS-Festlegung im Nachgang entsprechend durch die Übermittlung korrigierter Bilanzierungsergebnisse an den Bilanzkreiskoordinator berichtigt (Bl. 1200 VV).

5. Fremdkapitalzinsen

Die Rüge der Betroffenen, die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung der von ihr beantragten Fremdkapitalzinssätze sei rechtswidrig, hat teilweise Erfolg. Allerdings ist die Methodik der Bundesnetzagentur bei der Bestimmung eines plausiblen kapitalmarktüblichen Fremdkapitalzinssatzes grundsätzlich nicht zu beanstanden. Im Streitfall liegen lediglich rechnerische Ungenauigkeiten bei einzelnen Darlehensverträgen vor, die im Rahmen einer Neubescheidung zu korrigieren sind.

a) Fremdkapitalzinsen sind gemäß § 5 Abs. 2 StromNEV in ihrer tatsächlichen Höhe in die kalkulatorische Kostenrechnung einzustellen, höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Kapitalmarktüblichkeit ist der jeweilige Zeitpunkt der Kreditaufnahme (Schütz/Schütte in Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 StromNEV/GasNEV, Rn.19).

Hinsichtlich der Bestimmung der Höhe der kapitalmarktüblichen Zinsen gab es in der Vergangenheit nicht nur zwischen den Netzbetreibern und den Regulierungsbehörden, sondern auch unter den Regulierungsbehörden unterschiedliche Auslegungsansätze, weshalb es zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Frage kam, ob und in welcher Höhe ein Risikozuschlag auf den von den Regulierungsbehörden berechneten Zinssatz zu gewähren war. Diese Streitigkeiten betrafen allerdings im Schwerpunkt den Zinssatz für überschießendes Eigenkapital. Vor der Einführung des neuen Abs. 7 in § 7 Strom/GasNEV sah § 7 Abs. 1 Satz 5 Strom/GasNEV vor, dass der die zugelassene Eigenkapitalquote von max. 40 % übersteigende Anteil des Eigenkapitals nominal wie Fremdkapital zu verzinsen

war. In seiner Entscheidung vom 14.08.2008 (KVR 34/07, Rn. 60 ff.) stellte der Bundesgerichtshof klar, dass ein etwaiges Risiko bei der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen zu berücksichtigen sei. Für die Risikobewertung komme es aus Sicht eines fiktiven Kreditgebers auf die Art der Emission und die Einschätzung der Bonität des Emittenten an, eine unternehmensscharfe Risikobewertung müsse nicht vorgenommen werden. Der Bundesgerichtshof verwies die Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Koblenz als Beschwerdegericht zurück. Das Oberlandesgericht Koblenz kam danach auf der Grundlage des von Prof. Dr. Kaserer erstellten Gutachtens zu der Überzeugung, dass die dortige Beschwerdeführerin sich zum maßgeblichen Zeitpunkt Fremdmittel auf dem Kapitalmarkt durch Ausgabe einer langfristigen festverzinslichen Anleihe zu einem Zinssatz von 5,24 % pro Jahr hätte beschaffen können (vgl. OLG Koblenz, Beschlüsse vom 08.11.2012 - 6 W 605/06 Kart, 6 W 594/06 Kart und 6 W 595/06 Kart). Bei seiner Bewertung zog Prof. Dr. Kaserer zunächst den Durchschnittswert der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen börsennotierter Bundeswertpapiere mit einer mittleren Restlaufzeit von über fünf bis acht Jahren der letzten 10 abgeschlossenen Kalenderjahre heran. Auf diesen risikolosen Zinssatz schlug Prof. Dr. Kaserer einen sog. „Liquiditätsaufschlag“ auf, der auf dem Kapitalmarkt für Anleihen geringer Liquidität verlangt werde und mit dem Grad an fehlender Liquidität variere. Der Liquiditätsaufschlag wurde von Prof. Dr. Kaserer als Differenz der Umlaufrenditen von öffentlichen Pfandbriefen mit einer mittleren Restlaufzeit von über neun bis zehn Jahren und der Renditen von an der EUREX lieferbaren Bundeswertpapieren mit einer Restlaufzeit von neun bis zehn Jahren ermittelt. Den Risikoaufschlag ermittelte Prof. Dr. Kaserer durch zwei alternative Vorgehensweisen. Einerseits wurde unterstellt, dass der Risikoaufschlag dem durchschnittlichen Risikoaufschlag von fristenkongruenten Industrieobligationen gegenüber risikolosen Anleihen entspräche. Für letztere wurden fristenkongruente Öffentliche Pfandbriefe gewählt. Andererseits wurde eine direkte Zuordnung des betrachteten Netzbetreibers zu einer abgegrenzten Gruppe von Unternehmen mit vergleichbarem Ausfallrisiko vorgenommen. Die Zuordnung erfolgte mittels der Abschätzung eines fiktiven Ratings für den Netzbetreiber. Von dem ermittelten Zinssatz wurde aufgrund der Eigentümerstruktur (mehrheitliche Kontrolle durch die öffentliche Hand) ein Abschlag von 0,1 Prozentpunkten vorgenommen. Die gegen die Entscheidungen des OLG Koblenz gerichteten Rechtsbeschwerden wies der Bundesgerichtshof zurück (vgl. nur Beschluss vom 18.12.2014, EnVR 71/12 - Rhein Hessische Energie II -, juris). Der Bundesgerichtshof hat hierbei zu § 5 Abs. 1 Strom-NEV folgende Grundsätze aufgestellt (a.a.O., Rn. 13 ff. juris):

„Nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift sollen Fremdkapitalzinsen höchstens in der Höhe berücksichtigt werden, zu der sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital durch Ausgabe einer festverzinslichen Anleihe, wie etwa einer Inhaberschuldverschreibung, hätte verschaffen können. 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.“

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (a.a.O., Rn. 15) unterliegt die Ermittlung des kapitalmarktüblichen Fremdkapitalzinssatzes grundsätzlich der Beurteilung des Tatrichters. Dabei hat er entsprechend § 287 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Absatz 1 die Möglichkeit, unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände nach freier Überzeugung die Höhe zu schätzen. Die Art der Schätzungsgrundlage gibt § 287 ZPO nicht vor. Der Zinssatz darf lediglich nicht auf der Grundlage falscher oder offenbar unsachlicher Erwägungen bestimmt werden. Bei seiner Schätzung dürfen ferner nicht wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht bleiben. Schließlich darf das Gericht in für die Streitentscheidung zentralen Fragen auf nach Sachlage unerlässliche fachliche Erkenntnisse nicht verzichten.

b) Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben des Bundesgerichtshofs ist die von der Bundesnetzagentur gewählte Vorgehensweise grundsätzlich nicht zu beanstanden. Der Senat hat zur Frage der Kapitalmarktüblichkeit der von der Bundesnetzagentur festgesetzten Referenzzinssätze ein Sachverständigengutachten eingeholt. Gegenstand der Begutachtung der Sachverständigen sind die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen der Zinsaufwendungen mit Ausweis im Darlehenspiegel in Höhe von insgesamt ... Euro (vgl. S. 4 des Gutachtens). Nach Ansicht der Bundesnetzagentur liegen bei ... der ... Darlehensverträge Zinssätze oberhalb der Kapitalmarktüblichkeit vor. Sie ermittelt zur Plausibilisierung der Kapitalmarktüblichkeit Referenzzinssätze, indem sie jahresscharf bezogen auf das Datum der jeweiligen Kreditaufnahme den Jahresmittelwert der in § 7 Abs. 7 StromNEV vorgegebenen Umlaufrenditen im jeweiligen Jahr berechnet und um einen Sicherheitszuschlag von 0,1 % erhöht. Liegt der vom Netzbetreiber angegebene Zinssatz oberhalb des

von der Bundesnetzagentur ermittelten Referenzzinssatzes, so wird dieser gekürzt, soweit der Netzbetreiber nicht nachweist, dass er hinsichtlich der konkreten Darlehensaufnahme unterschiedliche Angebote eingeholt und das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt hat. Die Ansicht der Betroffenen, diese von der Bundesnetzagentur vorgenommene Ermittlung der Referenzzinssätze sei nicht sachgerecht und eine Fortschreibung der von Prof. Dr. Kaserer entwickelten Methode zur Bestimmung kapitalmarktüblicher Zinssätze sei vorzugswürdig, wird durch das vom Senat eingeholte Sachverständigengutachten nicht bestätigt.

Die Sachverständigen, denen der Senat insoweit folgt, führen auf S. 19 des Gutachtens (Rn. 65) nachvollziehbar und überzeugend aus, aus ökonomischer Sicht sei es ihrer Ansicht nach nicht abwegig, über die Zinssatzreihen gemäß § 7 Abs. 7 StromNEV Fremdkapitalrisiken eines durchschnittlichen deutschen Netzbetreibers grob zu plausibilisieren. Ökonomisch gesehen handelt es sich bei den drei Zinssätzen des § 7 Abs. 7 StromNEV um Schuldtitel. Bei sich daraus ergebenden Aufschlägen auf einen risikofreien Basiszinssatz handelt es sich somit ökonomisch um Aufschläge für Fremdkapital-, nicht für Eigenkapitalrisiken (vgl. Rn. 61 des Gutachtens). Es erscheint plausibel, dass das Insolvenzrisiko eines durchschnittlichen deutschen Netzbetreibers aufgrund des vergleichsweise risikoarmen Geschäftsmodells und des hohen Anteils an öffentlichen Eigentümern im Vergleich zur Gesamtheit der deutschen Unternehmen unterdurchschnittlich ist. Es ist daher eine nachvollziehbare Annahme, dass das Fremdkapitalrisiko eines Netzbetreibers im Durchschnitt zwischen dem Risiko einer risikofreien Anlage und einer durchschnittlichen deutschen Unternehmensanleihe liegt. Der Sachverständige hat sich im Rahmen seines Gutachtens auch mit der Erforderlichkeit einer unternehmensscharfen Risikobewertung befasst und sich dabei sowohl mit dem Risiko der A. als auch mit dem Risiko des kommunalen Markteigentümers beschäftigt (vgl. Rn. 210 ff. des Gutachtens). Er sieht jedoch nach einer Analyse der öffentlich verfügbaren finanziellen Kennzahlen der A. und einer Analyse von Anleihen von Vergleichsunternehmen keine Anhaltspunkte für eine signifikant andere Risikobeurteilung hinsichtlich kapitalmarktüblicher Fremdkapitalkosten im Vergleich zu einer branchenorientierten Risikobewertung (Rn. 223 des Gutachtens). Dem folgt der Senat ebenfalls.

Soweit sich die Bundesnetzagentur bei der Frage der Durchschnittsbildung von den Vorgaben des § 7 Abs. 7 StromNEV gelöst und eine einjährige anstatt einer zehnjährigen Durchschnittsbildung vorgenommen hat, ist dies aus ökonomischer Sicht ebenfalls zutreffend (vgl.

Rn. 70 des Gutachtens). Die Vorgabe des Ordnungsgebers, bei der Ableitung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital auf historische 10-Jahres-Durchschnitte der Zinssatzreihen ausgehend von einem Basisjahr vor Beginn der Regulierungsperiode abzustellen, erschließt sich vor dem Hintergrund, dass dies methodisch exakt der Vorgabe zur Ableitung der Umlaufsrenditen für den Eigenkapitalzinssatz nach § 7 Abs. 4 StromNEV entspricht. Um jedoch eine belastbare Aussage darüber treffen zu können, ob der Netzbetreiber Zinskonditionen in einer maximal kapitalmarktüblichen Höhe vereinbart hat, bietet nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen eine langjährige Durchschnittsbildung keine geeignete Entscheidungsgrundlage. Es sei vielmehr kapitalmarktüblich, dass sich die Höhe der Verzinsung eines Darlehens bzw. einer Anleihe an aktuellen Zinsstrukturkurven zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Anleiheemission und nicht an historischen Durchschnittswerten orientiere (vgl. Rn. 71 des Gutachtens).

Der von der Betroffenen gewählte Ansatz ist nach den nachvollziehbaren Ausführungen der Sachverständigen gegenüber dem Vorgehen der Bundesnetzagentur nicht vorzugswürdig (vgl. Rn. 191 f. des Gutachtens). Der Sachverständige führt hierzu aus, es bestünden deutliche Parallelen zwischen beiden Ansätzen. So lägen beiden Ansätzen Umlaufsrenditen der Deutschen Bundesbank zugrunde, insbesondere würden zur Ableitung des Risikozuschlags die Umlaufsrenditen der Unternehmensanleihen herangezogen. Unterschiede bestünden im Wesentlichen in der Frage der Gewichtung des Risikozuschlags. Das Branchenrisiko werde bei beiden Ansätzen nicht explizit umfasst. Die Sachverständigen nennen zudem verschiedene Kritikpunkte am Ansatz der Betroffenen (Rn. 157 des Gutachtens). So lasse die Fortschreibung der Vorgehensweise von Prof. Dr. Kaserer den Zeitpunkt der individuellen Kreditaufnahme unberücksichtigt. Durch die langfristige historische Durchschnittsbildung werde überdies das aktuelle Zinsumfeld zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme nicht adäquat abgebildet. Letztlich blieben auch die individuellen Laufzeiten der Kredite außer Acht.

Dagegen begründet die von den Sachverständigen am Vorgehen der Bundesnetzagentur geübte Kritik nicht die Sachwidrigkeit dieses Vorgehens. Die Sachverständigen kritisieren in ihrem Gutachten (vgl. Rn. 67) insbesondere, durch den Ansatz der Zeitreihen des § 7 Abs. 7 StromNEV werde weder das spezifische Unternehmensrisiko noch das allgemeine Branchenrisiko explizit erfasst, sondern lediglich implizit bzw. pauschal über die Durchschnittsbildung der drei Umlaufsrenditen. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass auch die Sachverständigen selbst die Kombination der in § 7 Abs. 7 StromNEV genannten Zinsreihen für

eine Plausibilisierung der Kapitalmarktüblichkeit der beantragten Zinssätze für geeignet halten (vgl. Rn. 242 des Gutachtens). Zwar mag es zutreffen, dass im Rahmen der von den Sachverständigen in ihrem Gutachten (Rn. 224 ff.) vorgeschlagenen Vorgehensweise unter Heranziehung der Anleiherenditen direkter Vergleichsunternehmen (Peer Group) sowie der Anleihekurven von internationalen Versorgungsunternehmen mit vergleichbarem Rating eine exaktere Abbildung des (individuellen) unternehmerischen Risikos von Netzbetreibern möglich wäre. Dies streitet die Bundesnetzagentur auch nicht ab. Zu Recht weist sie jedoch darauf hin, dass die Vorgaben der Anreizregulierung ihr im Rahmen der Kostenprüfung eine teilweise pauschalisierte Betrachtungsweise erlauben. Auch der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zum Zinssatz für das überschießende Eigenkapital festgestellt, dass keine unternehmensscharfe Betrachtung erforderlich ist, sondern die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität geboten sei (BGH, Beschluss vom 18.12.2014, EnVR 71/12 – Rheinhessische Energie II -, Rn. 14 juris). Nach den Wertungen des Verordnungsgebers und des Bundesgerichtshofs erscheint es vertretbar, im Rahmen der Bestimmung der kapitalmarktüblichen Fremdkapitalzinsen die Zinssätze des § 7 Abs. 7 StromNEV heranzuziehen, die der Verordnungsgeber als sachgerecht für die Bestimmung des überschießenden Eigenkapitals von Netzbetreibern angesehen hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur nach ihrem unbestrittenen Vorbringen in der zweiten Regulierungsperiode für rund 280 Netzbetreiber eine Kostenprüfung durchzuführen hatte, wobei die Prüfung der Fremdkapitalzinsen typischerweise einen vergleichsweise kleinen, wirtschaftlich weniger erheblichen Prüfungspunkt darstellt. Allerdings ist diese Prüfung bereits nach der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden, da die Prüfung für jeden einzelnen Darlehensvertrag gesondert vorzunehmen ist. Zudem begründet der von der Bundesnetzagentur bestimmte Zinssatz, der im Übrigen zugunsten des Netzbetreibers noch durch einen Sicherheitsaufschlag in Höhe von 0,1 % erhöht wird, auch nach ihrer Ansicht nur eine widerlegbare Vermutung für die Kapitalmarktüblichkeit eines beantragten Zinssatzes. Den Netzbetreibern steht es offen, diese Vermutung durch individuelle Nachweise und Begründungen zu erschüttern.

c) Zu Recht bemängeln die Sachverständigen bei der angefochtenen Entscheidung allerdings Ungenauigkeiten der Bundesnetzagentur im Rahmen der von ihr gewählten Vorgehensweise.

aa) Fehlerhaft hat die Bundesnetzagentur entgegen der von ihr gewählten Methodik bei zwei Darlehensverträgen nicht auf das Kreditaufnahmedatum, sondern auf das Auszahlungsdatum des jeweiligen Darlehens abgestellt. Wie auch die Bundesnetzagentur einräumt, ist aus ökonomischen Erwägungen der Zeitpunkt der Kreditaufnahme bzw. des Vertragsschlusses dem Auszahlungszeitpunkt vorzuziehen, da sich die Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme über die Zinskonditionen verständigten und sich dabei an zu diesem Zeitpunkt aktuellen Zinsstrukturkurven orientierten (vgl. auch Rn. 80 des Gutachtens). Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen hat die Bundesnetzagentur bei dem Darlehen ... statt des angesetzten Referenzzinssatzes von ... % nach ihrer eigenen Berechnungslogik einen Referenzzinssatz von ... % anzusetzen (Rn. 82 des Gutachtens). Bei dem Darlehen ... ergibt sich statt des angesetzten Referenzzinssatzes von ... % bei zutreffender Berechnungsweise ein Referenzzinssatz von ... % (Rn. 83 des Gutachtens). Die Bundesnetzagentur hat zugesagt, dies im Rahmen einer Neubescheidung zu korrigieren.

bb) Des Weiteren hat die Bundesnetzagentur bei den erst im Laufe des Basisjahres 2011 aufgenommenen Darlehen ... und ... nicht – wie von ihr selbst beabsichtigt und ökonomisch richtig - das durchschnittlich gebundene Kapital abgebildet (Rn. 88 ff. des Gutachtens). Vielmehr hat sie auch bei diesen Darlehen, wie bei sämtlichen anderen Darlehen den Mittelwert aus der Restschuld zum 01.01.2011 und zum 31.12.2011 angesetzt. Dies führt bei den erst im Laufe des Jahres 2011 aufgenommenen Darlehen zu verzerrenden Ergebnissen, weil die Restschuld zum 01.01.2011 mit Null Euro angesetzt worden ist. Nach der überzeugenden Ansicht der Sachverständigen wäre es dagegen für diese Darlehen sachgerecht gewesen, stattdessen den jeweiligen Nominalwert (= Auszahlungsbetrag) der Darlehen in der Mittelwertbildung anzusetzen und bei der Berechnung der Zinsen anhand des Auszahlungsdatums den zinsfreien Zeitraum im Jahr 2011 zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur hat auch insoweit zugesagt, die anerkannten Fremdkapitalzinsen zu den Darlehen ... und ... entsprechend der vom Gutachter vorgeschlagenen Vorgehensweise (vgl. Rn. 90 ff. des Gutachtens) anzupassen.

cc) Zudem hat die Bundesnetzagentur – für die Sachverständigen und den Senat nicht nachvollziehbar – auch Kürzungen von Zinsaufwendungen in Höhe von insgesamt ... Euro bei den ... Darlehen, deren Zinssätze als kapitalmarktüblich anerkannt wurden, vorgenommen (vgl. Rn. 93 f. des Gutachtens). Insofern ist bereits nicht eingängig, warum eine Über-

prüfung der Zinsaufwendungen stattgefunden hat. Die Bundesnetzagentur ist von den diesbezüglichen Angaben in der GuV, denen die tatsächlichen Zins- und Tilgungspläne der einzelnen Darlehen zugrunde lagen, abgewichen und hat vereinfacht eine lineare Darlehensrückzahlung zugrunde gelegt. Diese im angefochtenen Bescheid nicht im Einzelnen begründete Kürzung ist nicht sachgerecht. Bei Zweifeln an der Höhe der in der GuV der Verpächterin ausgewiesenen Zinsbeträge wäre die Bundesnetzagentur verpflichtet gewesen, die Betroffene zur Vorlage der entsprechenden Zins- und Tilgungspläne aufzufordern.

dd) Soweit die Bundesnetzagentur kalenderjährliche Durchschnittswerte und nicht monatsaktuelle Zinssatzreihen verwendet, führt dies dagegen nicht zur Rechtswidrigkeit ihrer Vorgehensweise. Die Sachverständigen kritisieren insoweit, dass die Bundesnetzagentur unabhängig davon, ob der Auszahlungszeitpunkt des Darlehens im Januar oder Dezember liege, den Durchschnitt des entsprechenden Kalenderjahres als Referenzzinssatz heranziehe, obwohl für die drei Zinssatzreihen gemäß § 7 Abs. 7 StromNEV langfristige historische Monatsdatenreihen auf der Homepage der Deutschen Bundesbank verfügbar seien (vgl. Rn 101 ff. des Gutachtens). Gleiches gilt für den Umstand, dass die Bundesnetzagentur bei der Bestimmung des kapitalmarktüblichen Fremdkapitalzinssatzes die Restlaufzeiten der einzelnen Darlehensverträge außer Betracht lässt. Insoweit empfehlen die Sachverständigen (vgl. Rn. 115 des Gutachtens) – soweit möglich – laufzeitspezifische Daten für die einzelnen zu beurteilenden Darlehensverträge zu verwenden. Die Restlaufzeit einer Anleihe oder eines Darlehens habe üblicherweise Auswirkungen auf die Höhe der Verzinsung. Im Regelfall stiegen Zinsstrukturkurven mit steigender Kapitalbindungsdauer an, d.h. ein Schuldtitel, bei dem die Rückzahlung erst später erfolge, sei höher verzinst als ein Schuldtitel, bei dem die Rückzahlung früher erfolge. Für die Umlaufrenditen der Anleihen der öffentlichen Hand sowie der Hypothekenpfandbriefe seien in der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank laufzeitspezifische Daten für Restlaufzeiten zwischen 1 und 10 Jahren veröffentlicht. Lediglich für die Umlaufrenditen der Unternehmensanleihen seien keine laufzeitspezifischen Daten verfügbar.

Auch insoweit ist aber aus den bereits genannten Gründen die von der Bundesnetzagentur vorgenommene pauschalierte Betrachtungsweise rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur hat nachvollziehbar vorgetragen, dass die von den Sachverständigen vorgeschlagenen Änderungen der Vorgehensweise mit einem enormen Mehraufwand verbunden wären, der durch die wirtschaftliche Bedeutung der von der Kürzung betroffenen Position im Vergleich zur

Erlösobergrenze der Betroffenen nicht gerechtfertigt wird. Dies wird durch die Feststellungen der Sachverständigen zumindest hinsichtlich der Berücksichtigung der Restlaufzeiten der einzelnen Darlehensverträge bestätigt. Diese haben festgestellt, dass sich nach entsprechenden Anpassungen der Umlaufrenditen der Anleihen der öffentlichen Hand und der Hypothekendarlehen auf darlehensspezifische Laufzeiten ein im Mittelwert nahezu unveränderter Referenzzinssatz und ein nahezu unveränderter Kürzungsbetrag ergeben.

6. Abschreibungen auf immaterielles Anlagevermögen

Ausweislich ihres Schriftsatzes vom 23.11.2016 (dort Seite 6) verfolgt die Betroffene ihre Beschwerde zu diesem Streitgegenstand nicht weiter.

7. Kalkulatorische Restwerte der Altanlagen der Verpächterin

Die Bundesnetzagentur wird im Rahmen ihrer Neubescheidung die von ihr vorgenommene Fortschreibung der Restwerte der Altanlagen der Verpächterin, die vor dem 01.01.2006 aktiviert wurden, dahingehend zu korrigieren haben, dass ausgehend vom Restbuchwert zum 31.12.2006 für das Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode 2011 ein pauschaler Abschlag von ... vorzunehmen ist. Im Übrigen ist die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden.

a) Die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe bei den kalkulatorischen Restwerten der Altanlagen der Verpächterin zu Unrecht die Werte aus der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vom 07.05.2008 (BK8-07/0264, Anlage BF 10, dort S. 37) fortgeschrieben, obwohl dort für den Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt falsche Nutzungsdauern angesetzt worden seien, hat keinen Erfolg.

Die Betroffene hat es in tatsächlicher Hinsicht im Rahmen der § 23a EnWG-Entgeltgenehmigung, bei der zuletzt eine Kostenprüfung erfolgte, hingenommen, dass der dort nur pauschal mit rund ... Euro angegebene Restbuchwert in Ansatz gebracht wurde. Daran muss sie sich, ungeachtet einer etwaigen Bestandskraft der letzten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG, schon mit Blick auf eine Kontinuität der im Rahmen der Abschreibungen notwendigen Ansätze festhalten lassen (vgl. 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 (V), Rn. 62 juris).

Ausweislich des Beschlusses vom 07.05.2008 hatten die Beteiligten sich für die Entgeltgenehmigung für das Jahr 2008 darauf geeinigt, den Restwert der Altanlagen unter Berücksichtigung einer kalkulatorischen Sonderabschreibung auf „... Euro“ festzulegen. Dies wurde mit der schwierigen Ermittlungslage begründet. Nach der Begründung des angefochtenen Beschlusses erfolgte die Ermittlung des Sachanlagevermögens auf Grundlage der Nutzungsdauerannahmen des § 32 Abs. 3 StromNEV. Ergänzend wurden die BTOElt-Anträge der Betroffenen ausgewertet. Der Beschluss war des Weiteren mit der Auflage verbunden, bis Mitte des Jahres 2008 die steuerlichen Restwerte der einzelnen Anlagenklassen der vor dem 01.01.2006 angeschafften Wirtschaftsgüter zum 31.12.2006 festzustellen und eine für die Zukunft verarbeitbare Datengrundlage festzustellen. Zwar beweist die im Beschluss gewählte Formulierung keine Einigung der Parteien im Rechtssinne. Der Beschluss wurde von der Betroffenen aber auch nicht angegriffen. Eine weitere Fortschreibung des Restwerts über die erste Regulierungsperiode hinaus ist im Beschluss vom 07.05.2008 zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, sie entspricht aber dem Sinn und Zweck des § 32 StromNEV, eine verlässliche Datengrundlage für die Zukunft herzustellen, sowie dem Verbot der Abschreibung unter Null. Auf die von der Betroffenen problematisierte Bindungswirkung des Beschlusses nach § 23a EnWG und die Reichweite ihres Rechtsmittelverzichts kommt es daher nicht an.

Im Übrigen ist die Betroffene in dem von ihr für die zweite Regulierungsperiode ausgefüllten Erhebungsbogen zunächst selbst von einer Fortschreibung der Werte aus der Entgeltgenehmigung vom 07.05.2008 ausgegangen. Zwar hat sie nicht – wie in dem vom 5. Kartellsenat zu entscheidenden Sachverhalt – exakt die im Beschluss angegebenen Restwerte übernommen. Sie hat aber die Nutzungsdauerannahme der NRW-spezifischen Arbeitsanleitung von 24 Jahren für den Anwendungszeitraum der BTOElt aus dem Beschluss vom 07.05.2008 fortgeschrieben, woran sie nunmehr gebunden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 16/10 - Gemeindewerke Schutterwald -, Rn. 13 juris für nicht angegebene Plankosten Verlustenergie). Dies ergibt sich aus den Angaben der Betroffenen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens (Schriftsatz vom 28.02.2017, dort S. 7 ff.). Danach hat die A. in ihrem Antrag auf Netzentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG auf der Grundlage des Basisjahres 2006 bei der Bewertung des Altanlagevermögens für den Zeitraum der Geltung der BTOElt betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern zugrunde gelegt. Bei Fortschreibung der Werte aus diesem Antrag ergäben sich ausweislich der Angaben der Betroffenen für die

Altanlagen des Sachanlagevermögens der Verpächterin für das nunmehr maßgebliche Basisjahr 2011 Mittelwerte von ... Euro (Anschaffungs- und Herstellungskosten) und von ... Euro (Tagesneuwerte). Diese Werte liegen aber erheblich höher als die von der Betroffenen im Erhebungsbogen für die zweite Regulierungsperiode beantragten Werte von im Jahresmittel ... Euro (Anschaffungs- und Herstellungskosten) und ... Euro (Tagesneuwerte). Letztgenannte Werte beruhen nach den eigenen Angaben der Betroffenen darauf, dass sie ausgehend von den durch die Bundesnetzagentur im Entgeltgenehmigungsverfahren gekürzten Restwerten des Sachanlagevermögens Restwerte für das Basisjahr 2011 ermittelt hat. Danach ist die Betroffene in ihrem Antrag für die zweite Regulierungsperiode für den Anwendungszeitraum der BTOElt selbst nicht von betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern ausgegangen. Dies wird durch ihre Stellungnahme im Verwaltungsverfahren vom 14.05.2013 (Anlage BF 1, dort Seite 16 f.) bestätigt, in der sie auf die dem Beschluss BK8-07/264 vorangegangenen Verhandlungen zwischen der Bundesnetzagentur und der A. und das dortige Ergebnis verweist, aber keine weitergehenden Angaben dazu macht, inwieweit das bei den Verhandlungen gefundene Ergebnis zu bemängeln sei. Sie kritisiert in ihrer Stellungnahme lediglich die Höhe der Pauschalkürzung ausgehend von dem sich aus dem Beschluss vom 07.05.2008 zum 31.12.2006 ergebenden Sachanlagevermögen. Das Fehlen der Rüge der für den Geltungszeitraum der BTOElt angesetzten Nutzungsdauer wird – entgegen der Ansicht der Betroffenen – auch nicht dadurch nachvollziehbar, dass ausweislich des Beschlusses vom 07.05.2008 steuerliche Restwerte der einzelnen Anlageklassen anzugeben waren. Wenn sie – wie bereits im Antrag für die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG - nach wie vor davon ausging, dass für den Geltungszeitraum der BTOElt nicht steuerliche Nutzungsdauern, sondern betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern anzusetzen waren, hätte es ihr offen gestanden, diese Ansicht bereits im Verwaltungsverfahren darzulegen und der Bundesnetzagentur eine entsprechend aufbereitete Datengrundlage zu übermitteln. Dies ist nicht geschehen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Regulierungsbehörden die Erlösobergrenzen von Amts wegen zu ermitteln und dabei die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten haben (vgl. auch insoweit 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, a.a.O.). Der Bundesgerichtshof hat für die Bestimmung des Ausgangsniveaus in der ersten Regulierungsperiode nach § 6 Abs. 2 ARegV a.F. entschieden, dass die unveränderte Übernahme des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung rechtsfehlerhaft ist, soweit diese zu der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Auslegung

und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung in Widerspruch steht (BGH, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 16/10 - Gemeindewerke Schutterwald -, Rn. 8 juris; Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10 -EnBW Regional AG -, Rn. 9 ff. juris). Für die zweite Regulierungsperiode ist das Ausgangsniveau nach § 6 Abs. 1 ARegV durch eine Kostenprüfung nach §§ 4 ff. StromNEV zu ermitteln. Auch wenn diese von der Regulierungsbehörde von Amts wegen durchzuführen ist, treffen den Netzbetreiber diesbezüglich nach § 27 ARegV Mitwirkungspflichten, die den Umfang der Amtsermittlungspflichten begrenzen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10 - EnBW Regional AG -, Rn. 86 juris). Da die Betroffene im Verwaltungsverfahren die Restbuchwerte des Beschlusses vom 07.05.2008 nicht angegriffen hat, bestand für die Bundesnetzagentur weder Anlass noch die Pflicht, die darin angegebenen, nach der Behauptung der Betroffenen zu niedrigen Restwerte von Amts wegen zu erhöhen oder die Betroffene auf die Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 25.09.2008, EnVR 81/07) hinzuweisen, zumal diese Werte auch schon in der ersten Regulierungsperiode zugrunde gelegt worden waren. Mangels entsprechender Darlegungen der Betroffenen zu den ihrer Ansicht nach zutreffenden Restwerten ergibt sich eine solche Pflicht auch nicht aus dem Rechtsmittelverzicht der Betroffenen zum Beschluss vom 07.05.2008, nach dem die zukünftige Rechtsprechung bei späteren Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu berücksichtigen war.

Eine Pflicht zur Erhöhung der Restwerte von Amts wegen ergab sich für die Beschlusskammer auch nicht im Hinblick auf die von der Betroffenen zitierte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschlüsse vom 11.07.2007, VI-3 Kart 17/07 (V), Rn. 30 juris; vom 24.10.2007, VI-3 Kart 26/07, Rn. 39 ff. juris und vom 16.04.2008, VI-3 Kart 78/07, Rn. 55 juris). Diese ist vorliegend schon nicht einschlägig, da die dortige Betroffene eine Rückindizierung im Einverständnis der Regulierungsbehörde vorgenommen hatte und lediglich beanstandet wurde, dass die Regulierungsbehörde die danach ermittelten Werte ohne nähere Begründung pauschal gekürzt hat. Dass von den Regulierungsbehörden generell das Rückindizierungsverfahren zur Ermittlung der Restwerte anzuwenden ist - auch wenn dies nicht geltend gemacht wird -, lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen (vgl. auch insoweit 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, a.a.O, Rn. 63 juris).

Eine nachträgliche Korrektur der im Verwaltungsverfahren angegebenen Werte im Beschwerdeverfahren kommt nicht in Betracht, denn dies liefe dem Sinn und Zweck des Verwaltungsverfahrens, wonach es im Hinblick auf den in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG

verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit an sie gerichteten Ansprüchen zu befassen, zuwider (5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, a.a.O, Rn. 64 juris). Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der erstrebte Verwaltungsakt auf Antrag oder von Amts wegen zu erlassen ist. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10 - E.ON Hanse AG -) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Diese bezieht sich lediglich auf die Frage, ob der Beschwerdeführer nach § 78 Abs. 4 Nr. 2 EnWG mit erst nach Ablauf der Begründungsfrist vorgetragenen weiteren Tatsachen und Beweismitteln präkludiert ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 30).

b) Für das Basisjahr 2011 war der so zum Stichtag 31.12.2006 ermittelte Restwert weiter um Abschreibungen für den Zeitraum ab dem 31.12.2006 zu verringern (vgl. hierzu S. 30 und S. 60 der Zwischendokumentation zum angefochtenen Beschluss, Anlage BF 4). Der von der Bundesnetzagentur vorgenommene Pauschalabzug von ... ist allerdings zu hoch.

Nicht zu beanstanden ist, dass die Bundesnetzagentur mangels hinreichend bestimmter Angaben der Betroffenen die Fortschreibung der Werte zum 31.12.2006 anhand eines gewichteten Nutzungsdauerdurchschnittswerts vorgenommen hat. Ausgehend von einem Restbuchwert von etwa ... Euro zum 31.12.2006 war es nicht nachvollziehbar, dass die Betroffene in ihrem Antrag als Anfangsbestand des Altsachanlagevermögens zu Anschaffungs- und Herstellungskosten einen Wert von ... Euro angegeben hat. Diesem widersprüchlichen Vortrag ist die Bundesnetzagentur durch eine pauschale Restwertkürzung angemessen begegnet. Allerdings beträgt der Nutzungsdauerdurchschnitt bei den Anlagen der Betroffenen nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen ... Jahre. Hinsichtlich der Abschreibungsdauer ist die Bundesnetzagentur zu Unrecht von einem Wert von 5 Jahren ausgegangen. Denn für das Jahr 2011 muss bei der anzusetzenden Zeitdauer der Mittelwert aus Jahresanfangsbestand, also von 4 Jahren ausgehend vom 31.12.2006, und Jahresendbestand, also von 5 Jahren ausgehend vom 31.12.2006, herangezogen werden. Somit beträgt die für die Abschreibung anzusetzende Zeitdauer 4,5 Jahre.

8. Kalkulatorische Restwerte der Altanlagen der Betroffenen

Soweit die Bundesnetzagentur die Restwerte des Sachanlagevermögens der Betroffenen um insgesamt ... Euro (... Euro und ... Euro) gekürzt hat, um eine Doppelanerkennung von Sachanlagen im Vermögen der Betroffenen und im Vermögen der Verpächterin zu vermeiden, hat sie in der öffentlichen Sitzung vom 07.12.2016 zugesagt, diese Rüge im Rahmen

der ohnehin vorzunehmenden Neubescheidung zu überprüfen und die Kürzung zu korrigieren, soweit Sachanlagen nur einmal erfasst sind.

9. Indexreihen

Fehl geht auch der Einwand der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 Satz 2 StromNEV rechtsfehlerhaft die in § 6a StromNEV angeführten Indexreihen des Statistischen Bundesamts zugrunde gelegt.

Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Neuregelung in § 6a GasNEV sachgerecht und rechtmäßig ist (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 17/16 – Stadtwerke Werl -, Rn 12 ff. juris; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2015, VI-3 Kart 113/13 (V); ebenso OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21.01.2016, VI-5 Kart 33/14 (V) und vom 06.10.2016, VI-3 Kart 21/14 und OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.03.2016, 16 Kart 3/14, Rn. 32 ff. juris). Er hat zur Begründung ausgeführt, die Regelung in § 6a Abs. 1 GasNEV sei durch die Ermächtigungsgrundlage in § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG gedeckt. Auch stehe § 6a Abs. 1 GasNEV in Einklang mit den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes, insbesondere in § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG, nach dem die Entgelte für den Netzzugang unter Berücksichtigung einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet werden müssen. Zur Einhaltung dieser Vorgaben müsse der Verordnungsgeber gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 EnWG die Methode zur Bestimmung der Entgelte so gestalten, dass eine Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 EnWG gesichert sei, die für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze notwendigen Investitionen in die Netze gewährleistet seien und Anreize zu netzentlastender Energieeinspeisung und netzentlastendem Energieverbrauch gesetzt würden. Diesen Vorgaben sei nicht zu entnehmen, dass der Verordnungsgeber für die Bildung von Tagesneuwerten ein möglichst umfassendes, detailliertes und ausdifferenziertes Regelungskonzept wählen müsse. Der nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GasNEV ermittelte Tagesneuwert sei ein kalkulatorischer Wert. Ob und in welchem Ausmaß er die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten übersteige, könne nicht nur von der Art des Anlageguts abhängen, sondern auch von individuellen Gegebenheiten, etwa der konkreten Zusammensetzung der Kosten im jeweiligen Einzelfall. Eine allen individuellen Gegebenheiten Rechnung tragende Bewertung sei dabei schon deshalb nicht möglich, weil es nur eine begrenzte Anzahl von Indexreihen gebe, die den zeitlichen Verlauf der Teuerung wiedergäben. In diesem Zusammenhang sei der Verordnungsgeber nicht gehalten, diese

Einteilung so detailliert vorzunehmen, wie dies im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Anzahl von Indexreihen möglich wäre. Eine möglichst weitreichende Differenzierung könne im theoretischen Ausgangspunkt als besonders geeignete Methode erscheinen, um die Teuerung möglichst genau abzubilden. Ihre praktische Umsetzung könne aber, wie in den Materialien zu § 6a GasNEV ausgeführt werde, zu erheblichen Schwierigkeiten führen, weil die erforderlichen Differenzierungen mit erheblichen Unschärfen und Unsicherheiten verbunden sein könnten und weil gleichermaßen geeignete Indexreihen nicht für alle in Frage kommenden Arten von Wirtschaftsgütern und nicht für alle betroffenen Zeiträume zur Verfügung ständen. Vor diesem Hintergrund sei eine möglichst weitgehende Differenzierung nicht ohne weiteres als "bestmögliche" Methode anzusehen, für die sich der Verordnungsgeber schon mangels geeigneter Alternativen zwingend entscheiden müsste. Vielmehr gebe es eine Vielzahl von in Betracht kommenden Ansätzen, die jeder für sich mit bestimmten Vor- und Nachteilen verbunden sein können. Unter diesen dürfe und müsse der Verordnungsgeber eine Auswahl treffen, die trotz der unvermeidlichen Unsicherheiten eine angemessene Bewertung ermögliche. Hierbei dürfe der Verordnungsgeber auch den Gesichtspunkt der Praktikabilität berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund sei es rechtmäßig, dass der Verordnungsgeber im Interesse der leichteren Umsetzbarkeit für die in Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV vorgesehenen 41 Gruppen von Anlagegütern nur vier unterschiedliche Indexreihen vorgesehen habe. Auch fehle es nicht an einer hinreichenden Plausibilitätskontrolle. Die in den Materialien enthaltenen Ausführungen, wonach die Gewichte der einzelnen Indexreihe aus den Erkenntnissen abgeleitet worden seien, die die Bundesnetzagentur im Rahmen des vorangegangenen Festlegungsverfahrens zu den Preisindizes gewonnen habe, und die gewählten Gewichte durch die Regulierungsbehörde plausibilisiert worden seien, ließen jedenfalls in ausreichendem Maße erkennen, dass sich der Verordnungsgeber von der Plausibilität der vorgegebenen Regeln überzeugt habe.

Diese Erwägungen sind auf § 6a StromNEV übertragbar, der im Gegensatz zu § 6a GasNEV zur Bewertung der Anlagen von Stromnetzbetreibern fünf unterschiedliche Indexreihen vorsieht (vgl. zur Rechtmäßigkeit von § 6a StromNEV auch bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 (V), Rn. 66 ff. juris).

10. Basisjahrinvestition nicht im Anfangsbestand des Anlagevermögens

Zu Recht macht die Betroffene geltend, dass bei der Bildung des Mittelwerts zwischen Jahresanfangs- und Jahresendbestand gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 GasNEV die während eines

Basisjahres angeschafften Anlagegüter im Jahresanfangsbestand mit den vollen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen sind. Dies hat der Bundesgerichtshof durch Beschlüsse vom 10.11.2015 (EnVR 42/14 und EnVR 43/14) bestätigt. Die Bundesnetzagentur hat zugesichert, dies bei einer Neuberechnung der Erlösbergrenzen der Betroffenen zu berücksichtigen.

11. Umlaufvermögen

Die Betroffene hat nicht dargelegt, dass ein Umlaufvermögen in der geltend gemachten Höhe für den Netzbetrieb notwendig ist. Allerdings hat die Bundesnetzagentur hinsichtlich der vollständigen Kürzung des Umlaufvermögens der Verpächterin und Dienstleisterin eine Neubescheidung vorzunehmen, da ihre Begründung für die Kürzung nicht tragfähig ist.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Korrektur der Bilanzwerte des Umlaufvermögens nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen und zu beweisen (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14 – Stadtwerke Freudenstadt II -, Rn. 20 juris). Soweit ihm dieser Nachweis nicht gelingt und die Regulierungsbehörde pauschale Ansätze zugrunde legt, ist der Netzbetreiber nicht beschwert.

b) Dies ist im Streitfall zumindest für das Umlaufvermögen der Betroffenen anzunehmen. Unter Beachtung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze begegnet es keinen Bedenken, dass die Bundesnetzagentur nicht nur die liquiden Mittel, sondern auch den Forderungsbestand als Bestandteile des Umlaufvermögens jeweils auf 1/12 gekürzt hat. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Bundesnetzagentur als Bezugsgröße für die Bestimmung des Pauschalwerts auf die anerkannten Netzkosten und nicht auf die Umsatzerlöse zurückgreift (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 21 juris und vom 25.04.2017, EnVR 57/15 Rn. 13 juris). Angesichts des Umstands, dass der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung ausdrücklich darauf hinweist, dass die dortige Beschwerdeführerin durch den Ansatz vom 1/12 der anerkannten Netzkosten nicht beschwert sei, ist die frühere Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 94/14, Rn. 57) überholt. Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens eine Jahresbetrachtung vornimmt und nicht den Mittelwert bezogen auf die Bilanzstichtage 01.01. und 31.12. eines Jahres bildet (vgl. hierzu

auch OLG Schleswig, Beschluss vom 10.03.2016, 16 Kart 3/14, Rn. 85 juris). Denn das Umlaufvermögen kann innerhalb eines Jahres erheblichen Schwankungen unterliegen. Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, vom Netzbetreiber eine nach Positionen aufgeschlüsselte Darstellung seiner unterjährigen Ein- und Ausgaben zu verlangen.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen hat ein hohes Abzugskapital nicht grundsätzlich eine Erhöhung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens zur Folge. Ein solcher Automatismus zwischen Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 StromNEV und der Annahme der Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 ARegV besteht nicht. Was als Abzugskapital anzusehen ist, ergibt sich abschließend aus § 7 Abs. 2 StromNEV. Vor diesem Hintergrund führt die Kürzung des Wertansatzes des Umlaufvermögens nicht zwangsläufig zur Kürzung der Position Abzugskapital. Dies gilt auch für bilanziell miteinander in Zusammenhang stehende Positionen. Solche bilanztechnischen Fragen spielen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der kalkulatorischen Bestimmung des zu verzinsenden Eigenkapitals keine Rolle (vgl. BGH, Beschluss vom 07.04.2009, EnVR 6/08 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar -, Rn. 45 juris; Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rn. 17 juris).

Zwar kann ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Umlaufvermögens und dem Abzugskapital bestehen. Ist das Abzugskapital hoch, kann dies dazu führen, dass mehr an Umlaufvermögen vorgehalten werden muss. Dies kann der Fall sein, wenn demnächst unverzinsliche Verbindlichkeiten zu tilgen sind oder sich das Umlaufvermögen durch vereinbarte Anzahlungen erhöht. Zu überprüfen ist dann, ob ein erhöhtes Abzugskapital gegebenenfalls ein erhöhtes Umlaufvermögen rechtfertigt. Ein erhöhtes Abzugskapital kann mithin auf einen erhöhten Liquiditätsbedarf hinweisen. Ob ein solcher tatsächlich besteht und der Vorhalt entsprechenden Umlaufvermögens betriebsnotwendig ist, ist jedoch vom Netzbetreiber unter Einbeziehung der Einnahmeseite im Einzelfall darzulegen und gesondert zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 27 juris m.w.N. aus seiner Rechtsprechung).

Der Verweis der Betroffenen auf die Kennzahlen der Deutschen Bundesbank ist unergiebig. Zwar können diese einen Anhaltspunkt dafür bieten, wieviel Umlaufvermögen durchschnittlich bei im Wettbewerb befindlichen Unternehmen vorgehalten wird. Eine zwingende Schlussfolgerung dahingehend, dass Umlaufvermögen in entsprechender Höhe im Rahmen

der Ausgangsniveauemittlung anzuerkennen ist, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Denn das in § 7 Abs. 1 Nr. 4 StromNEV verankerte Kriterium der Betriebsnotwendigkeit ergibt sich nicht aus Durchschnittswerten. Vielmehr verlangt es eine unternehmensindividuelle Prüfung der seitens des Netzbetreibers vorgelegten Nachweise.

Erforderlich ist eine dynamische Betrachtung und Darstellung des Liquiditätsbedarfs, z.B. in Form eines die kurzfristigen Verbindlichkeiten berücksichtigenden Finanzplans (so auch OLG Stuttgart, Beschlüsse vom 05.05.2014, 202 EnWG 6/13 und vom 29.03.2015, 202 EnWG 12/13; OLG Schleswig, Beschluss vom 02.04.2015, 16 Kart 2/14). Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen auch durch die Einräumung von Kreditlinien begegnet werden kann. Einer kostenintensiven Vorhaltung von Geldmitteln bedarf es hierfür nicht (Senat, Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 118/14, Rn. 69 juris). Die Darstellung des Liquiditätsbedarfs sollte sich nach der Rechtsprechung des Senats zumindest auch auf das Basisjahr beziehen, also hier das Jahr 2011.

Diesen Vorgaben entspricht der Vortrag der Betroffenen nicht. Insbesondere genügen die Angaben auf S. 108 ff. der Beschwerdebeurteilung i.V.m. den Angaben aus der Replik (dort S. 81 f., Bl. 483 f. GA) den Anforderungen nicht. Die Betroffene beschränkt sich insofern darauf, die Ein- und Ausgabesituation für das 1. Quartal des Jahres 2012 darzulegen, wobei es sich bei den von ihr dargelegten Ausgaben für Personalgestellung und Konzessionsabgaben nach ihren späteren Angaben im Schriftsatz vom 23.11.2016 (dort S. 12) um Jahreswerte handelt. Dennoch ist nicht ersichtlich, dass insbesondere die Ausgabesituation exemplarisch für den Gesamtverlauf eines typischen Jahres bei der Betroffenen ist. Auf den Hinweis des Senats im Beschluss vom 07.12.2016, es sei eine dynamische Darstellung des Liquiditätsbedarfs erforderlich, hat die Betroffene angegeben, sie könne die geforderte Liquiditätsrechnung nicht beibringen.

c) Allerdings rechtfertigt die Begründung der Bundesnetzagentur für ihre Kürzung des Umlaufvermögens (bis auf Vorräte) der Verpächterin und der Dienstleisterin auf Null ihre Vorgehensweise nicht. Hierzu hat der Senat bereits Folgendes ausgeführt (Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 94/14, Rn 60 juris):

„Dem methodischen Ansatz der Bundesnetzagentur, die die anerkennungsfähigen Kosten für Netzbetreiber und Netzeigentümer separat nach der gleichen Methodik ermitteln will, um

zu überprüfen, ob die Überlassung betriebsnotwendiger Anlagen zu überhöhten Entgelten führt, widerspricht die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe bei der Ermittlung des anererkennungsfähigen Umlaufvermögens. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, die mittels der gemeinsamen Betrachtung des Umlaufvermögens des Netzbetreibers und der Verpächtergesellschaften ausschließlich für diesen Gesichtspunkt eine von ihr im Übrigen strikt abgelehnte konsolidierte Betrachtung durchführt, ist methodisch widersprüchlich und führt vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur in anderen Kostenprüfungsverfahren Umlaufvermögen bei Verpächtergesellschaften anerkannt hat, auch zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Betroffenen. Die generelle Kürzung des Umlaufvermögens der Verpächtergesellschaften kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass bei diesen im Unterschied zum Netzbetreiber keine Liquiditätsengpässe aufträten und alle anfallenden Auszahlungen aus dem regelmäßig zufließenden Pachtentgelt getätigt werden könnten. Soweit die Bundesnetzagentur im Hinblick auf den Ansatz von Umlaufvermögen in Höhe eines Monatsumsatzes darauf abstellt, dass beim Netzbetreiber Einzahlungen und Auszahlungen zeitlich auseinanderfallen könnten, so dass Liquiditätsbedarf entstehen könne, gilt dies in gleicher Weise für die Verpächtergesellschaft. Die der Kürzung des Umlaufvermögens auf Null zugrunde liegende Annahme, dass es hier im Unterschied zum Netzbetreiber immer zu zeitlich kongruenten Ein- und Auszahlungen komme, ist unzutreffend. Auch bei Verpächtergesellschaften ist ein Zeitversatz zwischen den monatlichen Zahlungseingängen und Auszahlungen nicht von vornherein schon durch das Geschäftsmodell ausgeschlossen.“

Diese Argumentation ist auf den Streitfall übertragbar. Die Begründung der Bundesnetzagentur trägt die Kürzung des Umlaufvermögens bis auf den Vorratsbestand bei Verpächterin und Dienstleisterin nicht. Allerdings verbleibt es auch insoweit bei der grundsätzlichen Nachweispflicht der Betroffenen. Die Bundesnetzagentur wird sich bei einer Neuentscheidung damit auseinandersetzen haben, ob und in welcher Höhe der Betroffenen der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit ihres Umlaufvermögens gelungen ist. Entgegen der Ansicht der Betroffenen ergibt sich eine Erhöhung des Umlaufvermögens der Verpächterin oder Dienstleisterin auch nicht daraus, dass Verbindlichkeiten der Betroffenen gegen das verbundene Unternehmen „A.“ im Abzugskapital der Betroffenen berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 29 ff. juris). Es bleibt bei der konkreten Nachweispflicht des Netzbetreibers zur Höhe des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens.

12. Abzugskapital

Die Einwände der Betroffenen gegen die Berücksichtigung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen bei der Betroffenen sowie den pauschalen Ansatz von Pensionsrückstellungen bei der Dienstleisterin sind unberechtigt.

a) Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge

Die Bundesnetzagentur hat zu Recht Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge in Höhe von ... Euro sowohl im Abzugskapital der Betroffenen als auch im Abzugskapital der Verpächterin berücksichtigt.

Soweit die Betroffene meint, diese Positionen dürften nur einmal im Abzugskapital der Verpächterin erfolgen, ist dies nicht zutreffend. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass hinsichtlich der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge eine konsolidierte Betrachtung der Vorgänge bei der Betroffenen und im Verpächterunternehmen erfolgte. Die Betroffene ist eine entsprechend den Entflechtungsvorgaben in § 6 ff. EnWG ausgestattete sog. Netzpachtgesellschaft. Das Eigentum an den Betriebsmitteln liegt im Wesentlichen bei der Verpächterin, der A.. Im Fall einer solchen „schlanken Netzgesellschaft“ erfolgt eine getrennte Ermittlung der anerkennungsfähigen Kosten für den Netzbetreiber und für das Verpächterunternehmen. Dies bedeutet, dass für jedes Unternehmen separat aufwandsgleiche Kosten, kalkulatorische Kosten und kostenmindernde Erlöse/Erträge bestimmt werden und eine Konsolidierung oder Verrechnung einzelner Positionen nicht vorgesehen ist. Dies gilt auch für die von der Betroffenen vereinnahmten und an die Verpächterin ausgezahlten Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge.

Die Betroffene vereinnahmt Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Sie werden in ihrer Bilanz auf der Passivseite erfasst und gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 StromNEV linear über einen Zeitraum von 20 Jahren aufgelöst und netzkostenmindernd angesetzt. Aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung leitet die Betroffene die vereinnahmten Beträge aber in vollem Umfang und mit identischer Wertstellung als Vorauszahlung auf den zu leistenden Pachtzins an die Verpächterin weiter. Die Verpächterin erhält die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als Pachtvorauszahlung und verbucht diese auf ihrer Aktivseite und in gleicher Höhe als passive Rechnungsabgrenzungsposten, die entsprechend der Regelung des § 9 Abs. 2 StromNEV ebenfalls über 20 Jahre aufgelöst werden.

Diese Vorgänge hat die Bundesnetzagentur zu Recht für die Betroffene und die Verpächterin separat geprüft. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 StromNEV sind Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als Abzugskapital anzusetzen. Diese sollen nicht gewinnerhöhend im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt werden, da es sich um zinslos zu Verfügung gestelltes Kapital handelt. Der eindeutige Wortlaut des § 7 Abs. 2 StromNEV schreibt die Berücksichtigung dieser Positionen im Abzugskapital vor. Eine Ausnahme ist nicht vorgesehen und auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift, zinslos zur Verfügung gestelltes Kapital nicht in die Eigenkapitalverzinsung einzubeziehen, nicht geboten. Denn um zinslos der Betroffenen zur Verfügung gestelltes Eigenkapital handelt es sich auch im Streitfall. Die hinsichtlich der Weiterbehandlung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge getroffenen pachtvertraglichen Vereinbarungen sind Sache der Parteien des Pachtvertrags und haben insoweit außer Betracht zu bleiben.

Bei der Verpächterin erfolgt die Berücksichtigung der als passive Rechnungsabgrenzungsposten in ihrer Bilanz enthaltenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge dagegen gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StromNEV. Danach sind erhaltene Vorauszahlungen und Anzahlungen von Kunden als zinslos zur Verfügung gestelltes Kapital ebenfalls im Abzugskapital zu berücksichtigen.

Auch die geforderte hilfsweise Anerkennung der von der Betroffenen diesbezüglich gebuchten aktiven Rechnungsabgrenzungsposten kommt nicht in Betracht. Der Bundesgerichtshof hat die Berücksichtigung von aktiven Rechnungsabgrenzungsposten im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung abgelehnt (Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07, Rn. 44 juris; vgl. auch BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 22 juris). Er hat hierzu ausgeführt, ob aktive Rechnungsabgrenzungsposten handelsrechtlich angesetzt werden könnten, sei im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ohne Belang. Dies ergebe sich schon daraus, dass diese Positionen keinen eigenständigen Vermögensbestandteil darstellten, sondern lediglich der periodengerechten Zuordnung dienten. Aktive Rechnungsabgrenzungsposten weisen bilanziell Anzahlungen vor dem Stichtag aus, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen (§ 250 Abs. 1 HGB). Damit unterfallen sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weder dem Wortlaut der § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 StromNEV noch stellen sie nach dem Normzweck dieser Vorschriften anzusetzendes Eigenkapital dar.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen führt die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur nicht zu einer uneinheitlichen Behandlung eines einheitlichen Sachverhalts, wie sie der Senat in der von ihr zitierten Entscheidung (Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 117/14 (V), Rn. 64 juris) beanstandet hat. In dieser Entscheidung hatte die Bundesnetzagentur zu Unrecht einen einheitlichen Sachverhalt (Differenzen aus Abrechnungen für Mehr- und Mindermengen) hinsichtlich seiner Netzbezogenheit unterschiedlich beurteilt. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Vielmehr ergibt sich die im Streitfall erfolgte Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als Folge der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Pachtmodelle gebilligten getrennten Kostenprüfung bei Netzgesellschaft und Verpächterin des Netzes. Dies gilt unabhängig davon, ob es in der Hand der Betroffenen lag, durch eine vertragliche Gestaltung des Pachtvertrags eine Passivierung der vereinnahmten Beträge in ihrer Bilanz zu vermeiden. Denn jedenfalls stellte die Wahl des Pachtmodells im Rahmen der durchgeführten Entflechtung eine freie unternehmerische Entscheidung dar. Soweit sich hieraus für die Betroffenen in einzelnen Aspekten Nachteile gegenüber dem Eigentümermodell ergeben, sind diese hinzunehmen.

b) Pensionsrückstellungen

Der Einwand der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht Pensionsrückstellungen in Höhe von ... Euro im Abzugskapital der Dienstleisterin berücksichtigt, hat keinen Erfolg.

Die Betroffene hat in dem von ihr ausgefüllten Erhebungsbogen angegeben, die Pensionsrückstellungen beliefen sich auf einen Wert von Null. Die Bundesnetzagentur hat hierzu im angefochtenen Bescheid (Anlage Zwischendokumentation, S. 62 f., vgl. auch Position 8.1. der Anlage 2c) ausgeführt, der Netzbetreiber mache zwar insoweit in seinem Antrag kein Abzugskapital geltend. Aus den Prüffeststellungen der letzten Kostenprüfung sei jedoch zu ermitteln, dass dem Stromnetz zu diesem Zeitpunkt (2006) Pensionsrückstellungen in Höhe von ... Euro zuzurechnen gewesen seien. Der Netzbetreiber trage plausibel vor, dass die Pensionsrückstellungen in den letzten 5 Jahren stark reduziert worden seien. Dem werde Rechnung getragen, indem die für 2011 anzusetzenden Pensionsrückstellungen auf die Hälfte, also um ... Euro gekürzt würden. Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand.

aa) Für die kalkulatorische Kostenrechnung ist nicht bereits deshalb zwingend ein Wert von Null anzunehmen, weil dieser Wert in dem von einem Wirtschaftsprüfer geprüften Tätigkeitsabschluss ausgewiesen ist. Die Bilanzen dienen lediglich als Datengrundlage (vgl. Senat, Beschluss vom 11.10.2017, VI-3 Kart 67/16, Rn. 53 juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 10.03.2016, 16 Kart 3/14 Rn. 107 juris). Die Ansicht der Betroffenen, es dürften nur die tatsächlich im Tätigkeitsabschluss „Strom-Netzpacht“ gebuchten Positionen im Abzugskapital berücksichtigt werden, überzeugt nicht. Dies ergibt sich weder aus §§ 21, 6b Abs. 1 EnWG noch aus § 4 StromNEV.

Wie der Senat (Beschluss vom 11.10.2017, VI-3 Kart 67/16, Rn. 53 ff. juris) zu den entsprechenden Regelung im Gasbereich bereits ausgeführt hat, billigen die Vorschriften der Netzentgeltverordnungen der Regulierungsbehörde zu, das vom Netzbetreiber als betriebsnotwendig dem Netzbereich zugeordnete Eigen- und Fremdkapital zu überprüfen. Die Kostenprüfung erfolgt ausgehend von der Gewinn- und Verlustrechnung bzw. dem jeweiligen Tätigkeitsabschluss, vgl. § 4 Abs. 2 StromNEV/GasNEV, § 6b Abs. 3 Satz 2 EnWG. Die Gewinn- und Verlustrechnung bzw. der Tätigkeitsabschluss bilden somit die Datenquelle der kalkulatorischen Rechnung, im Rahmen derer eine Überprüfung anhand des Effizienzmaßstabes des § 21 Abs. 2 EnWG und § 4 Abs. 1 StromNEV/GasNEV erfolgt. Kosten dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Dementsprechend sind die ansatzfähigen Kosten von der Bundesnetzagentur zu ermitteln. Dies umfasst auch die Überprüfung des angesetzten bzw. möglicherweise zu Unrecht bei einer Tätigkeit nicht angesetzten Abzugskapitals. Dem steht die von der Betroffenen zitierte Rechtsprechung (BGH, Beschlüsse vom 03.03.2009, EnVR 79/07 Rn. 32, vom 21.07.2009, Rn. 10 ff. und vom 17.10.2017, EnVR 23/16 Rn. 31) nicht entgegen. In den Entscheidungen vom 03.03.2009 und 17.10.2017 ging es um die Frage, ob die Kürzung des Umlaufvermögens zu einer Kürzung des Abzugskapitals führt. Die Plausibilität einzelner Bilanzpositionen stand nicht in Frage. Auch lässt sich aus der Entscheidung vom 21.07.2009, die die Anerkennung betriebsnotwendigen Vermögens betrifft, nicht ableiten, dass die Angaben im Tätigkeitsabschluss zu bestehenden Rückstellungen nicht durch die Bundesnetzagentur auf ihre Plausibilität überprüft werden dürften. In der Entscheidung führt der Bundesgerichtshof aus, was als Abzugskapital anzusehen sei, ergebe sich abschließend aus § 7 Abs. 2 GasNEV. § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StromNEV/GasNEV benennt Rückstellungen aber ausdrücklich als eine Position des Abzugskapitals. Dass

nur die durch das Unternehmen im Tätigkeitsabschluss angesetzten Rückstellungen anzusetzen sind und die Sachgerechtigkeit der Zuteilung dieser Position zu einem anderen Tätigkeitsabschluss der Überprüfung der Regulierungsbehörde entzogen sein soll, ergibt sich aus der Entscheidung nicht. Die Kostenprüfung zielt vielmehr gerade darauf ab, die unternehmerische Entscheidung anhand des Effizienzmaßstabs zu überprüfen und festzulegen, inwieweit bestimmte Positionen nach Maßgabe der entsprechenden Vorgaben der StromNEV/GasNEV im Ausgangsniveau berücksichtigungsfähig sind bzw. zu Unrecht nicht berücksichtigt wurden.

Im Falle von integrierten Netzbetreibern ist die Regulierungsbehörde dementsprechend befugt, auch die vorgenommenen Aufschlüsselungen zu den einzelnen Tätigkeitsbereichen näher zu betrachten. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen i.S.v. § 3 Nr. 38 EnWG sind gemäß § 6b Abs. 3 Satz 6 EnWG verpflichtet, für den Tätigkeitsbereich Stromverteilung eine separate Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung (Tätigkeitsabschluss) aufzustellen. Grundsätzlich werden dabei jeder Unternehmenstätigkeit genau diejenigen Aktiva zugeordnet, die dieser Tätigkeit dienen oder durch diese Tätigkeit verursacht worden sind (sog. direkte Zuordnung). Soweit eine eindeutige Zuordnung nicht möglich ist oder mit unvermeidbarem Aufwand verbunden wäre, hat die Zuordnung gemäß § 6b Abs. 3 Satz 5 EnWG durch Schlüsselung zu den Konten zu erfolgen, die sachgerecht und für Dritte nachvollziehbar sein muss.

Dies gilt unabhängig davon, dass der Jahresabschluss sowie die einzelnen Tätigkeitsabschlüsse durch einen Wirtschaftsprüfer testiert wurden. Nach den §§ 316 ff. HGB unterliegt der Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften der Prüfung durch einen Abschlussprüfer als Feststellungsvoraussetzung. Diese Verpflichtung wird durch § 6b Abs. 1 Satz 1 EnWG auch für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen übernommen. § 6b Abs. 5 Satz 1 EnWG erstreckt die Abschlussprüfung auf die Rechnungslegung gemäß den Anforderungen des § 6b Abs. 3 EnWG. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf den Tätigkeitsabschluss, § 6b Abs. 3 Satz 5 EnWG. Hinsichtlich des Prüfungsumfangs hebt § 6b Abs. 5 Satz 2 EnWG das Vorhandensein getrennter Konten, die Sachgerechtigkeit und Nachvollziehbarkeit der Wertansätze zur Vermeidung von Quersubventionen und der Zuordnung der Konten und die Beachtung des Grundsatzes der Stetigkeit, § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB, hervor. Die Übereinstimmung der Rechnungslegung mit § 6b Abs. 3 EnWG ist gemäß § 6b Abs. 5

Satz 3 EnWG ausdrücklich im Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss nach § 322 HGB festzuhalten (vgl. zum Ganzen, Knauff in Kment, EnWG, § 6b Rn. 24 f.).

Die Bundesnetzagentur ist im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz an die durch den Abschlussprüfer vorgenommene Schlüsselung nicht gebunden. Zwar testiert der Abschlussprüfer die Einhaltung buchhalterischer Vorgaben. Wie bereits dargelegt, dient dies aber dazu, auf buchhalterischer Ebene die Netzbetriebstätigkeit vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen mit juristisch selbständigen Netzbetriebsgesellschaften herzustellen. Dagegen kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch diese Vorschrift die umfassende Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Ansatzfähigkeit von Kosten im Rahmen der kalkulatorischen Kostenrechnung eingeschränkt werden soll. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der kalkulatorischen Kostenrechnung eine Prüfungskompetenz, die der Einhaltung der Ziele des EnWG dient. Dabei dürfen nach § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG, der durch die Vorschriften der StromNEV/GasNEV konkretisiert wird, insbesondere lediglich wettbewerbsanaloge Kosten und Kostenbestandteile Berücksichtigung finden (Säcker/Meinzenbach, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 21 EnWG Rn. 39). Insofern spricht maßgeblich für eine Prüfungskompetenz der Regulierungsbehörde, dass ansonsten einzelne Unternehmen nach den Bilanzierungsvorschriften vorhandene Gestaltungsspielräume zu ihren Gunsten ausnutzen könnten. Die Bundesnetzagentur hat insoweit im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz auch eine Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte sicherzustellen, was nicht gewährleistet wäre, wenn das Testat des jeweiligen Abschlussprüfers eines Unternehmens für die Bundesnetzagentur verbindlich wäre. Dies würde dem Ziel des EnWG, einen funktionierenden Wettbewerb, insbesondere auch zwischen juristisch selbständigen und integrierten Energieversorgungsunternehmen, herzustellen, widersprechen. Dass keine ausschließliche Prüfungskompetenz des Abschlussprüfers für die in den Tätigkeitsabschlüssen festgestellten Sachverhalte gegeben sein soll, wird auch durch § 6b Abs. 6 EnWG belegt. Durch diese Vorschrift wird die Regulierungsbehörde berechtigt, verbindliche Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zu treffen, die sich gemäß § 6b Abs. 6 Satz 1 EnWG auch auf Aspekte der Rechnungslegung beziehen können. Adressat derartiger Maßnahmen ist das Unternehmen. § 6b Abs. 6 Satz 1 EnWG verpflichtet den Abschlussprüfer jedoch, derartige zusätzliche Festlegungen in die Prüfung einzubeziehen. Der Umstand, dass die Regulierungsbehörde ausdrücklich ermächtigt wird, bereits im Vorfeld der Prüfung durch den Abschlussprüfer Vorgaben für die Rechnungslegung zu erlassen, spricht in hohem Maße dafür, dass auch eine nachträgliche Prüfungskompetenz der

Regulierungsbehörde für Fragen der Rechnungslegung gegeben sein muss. Ihre Testierung soll zwar die Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der Daten bieten, die anschließende regulative Bewertung der einzelnen Bilanzpositionen erfolgt dagegen durch die Bundesnetzagentur nach den Maßgaben der Netzentgelteverordnungen.

bb) Im Rahmen der Kostenprüfung für das Jahr 2006 lagen die Pensionsrückstellungen für das Gesamtunternehmen noch bei ... Euro. Nach einer durchgeführten Schlüsselung auf Tätigkeitsbereiche entfielen auf die Stromverteilung ... Euro. Der damalige Anteil der Lohn- und Gehaltsempfänger bei der Stromverteilung im Verhältnis zur Gesamtzahl der Lohn- und Gehaltsempfänger lag bei ... %. Für das Jahr 2011 hat die A. noch Pensionsrückstellungen in Höhe von insgesamt ... Euro angesetzt. Die Betroffene hat in ihrem Tätigkeitsabschluss „Stromverteilnetz“ im Basisjahr 2011 aber nur Pensionsrückstellungen von im Mittel ... Euro ausgewiesen. Daneben existieren die Tätigkeitsabschlüsse „Stromverpächter“, „Gasverpächter“ und „Übrige Tätigkeiten“. Ein gesonderter Tätigkeitsabschluss für die Tätigkeit „Dienstleistung Stromnetz“ wurde nicht aufgestellt. Die gesamten Rückstellungen für Pensionsverpflichtungen finden sich im Tätigkeitsabschluss „Übrige Tätigkeiten“, bei dem Tätigkeitsabschluss „Stromverpächterin“ findet sich in dieser Position ein Wert von Null. Für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung hat die Betroffene in dem von ihr ausgefüllten Erhebungsbogen sowohl für die Verpachtung als auch für die Dienstleistung keine Pensionsrückstellungen angegeben. Dies würde bedeuten, dass von den gesamten Rückstellungen der A. keine Rückstellungen auf die Tätigkeiten „Dienstleistung“ oder „Verpachtung“ im Strombereich entfielen, obwohl für das Jahr 2011 bei der A. noch Pensionsrückstellungen in Höhe von ... Euro bestanden.

Zu Recht ordnet die Bundesnetzagentur die Angabe der Betroffenen, die auf die Stromverteilung entfallenden Pensionsrückstellungen seien inzwischen vollständig in Anspruch genommen bzw. aufgelöst worden, im Hinblick auf die Situation des Gesamtunternehmens als nicht plausibel ein. Zwar ist auch für das Gesamtunternehmen eine erhebliche Reduktion der Pensionsrückstellungen um etwa die Hälfte erfolgt. Warum hiervon aber gerade die im Bereich Stromverteilung tätigen Mitarbeiter in der Weise betroffen sein sollten, dass für diese eine völlige Auflösung erfolgen konnte, hat die Betroffene trotz eines Hinweises des Senats im Hinweis- und Beweisbeschluss vom 07.12.2016 nicht plausibel dargelegt. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus dem von ihr genannten Wegfall einer Betriebsvereinbarung über Deputatleistungen und der Überleitung der betrieblichen Altersversorgung auf

eine Pensionskasse, die jeweils das Gesamtunternehmen betreffen. Die Betroffene hat vielmehr eingeräumt, dass im Tätigkeitsabschluss „Übrige Tätigkeiten“ Mitarbeiter, die dienstleistend für die Betroffene tätig waren, erfasst seien. Allerdings könne ein genauerer Nachweis, dass nur Mitarbeiter, die nicht mit Pensionsrückstellungen belastet seien, für die Betroffene tätig gewesen seien, in der Kürze der Zeit nicht geführt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die durch die Bundesnetzagentur vorgenommene Schätzung nicht zu beanstanden. Sie hat den Wert des Jahres 2006 herangezogen und diesen Abzug der Rückstellungen, die bei der Betroffenen selbst angesetzt wurden, mit einem Sicherheitsabschlag von 50 % versehen. Soweit die Betroffene für den Umstand, dass von den Pensionsrückstellungen von ... Euro auf die Personalüberlassung an Konzerngesellschaften nur ... Euro entfielen, Beweis durch Zeugnis eines Mitarbeiters anbietet, war diesem Beweisangebot nicht nachzugehen. Diese Angabe der Betroffenen kann als wahr unterstellt werden. Denn sie erlaubt ohnehin keinen Rückschluss auf die streitentscheidende Frage, welche Pensionsrückstellungen auf die für das Netz der Betroffenen tätigen Mitarbeiter entfallen.

13. Benachteiligung von Pacht- und Dienstleistungsmodellen

Die Rüge der Betroffenen hinsichtlich der Methodik der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung greift nicht durch. Insbesondere führt die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, die zunächst eine getrennte Kostenprüfung bei Netzbetreiber, Eigentümer des Netzes (Verpächter) und Dienstleistungsbeauftragten durchführt, nicht zu einer rechtswidrigen Benachteiligung der Betroffenen. Eine konsolidierte Betrachtung, die nach Ansicht der Betroffenen dazu führen müsste, dass für die Betroffene mindestens die Eigenkapitalverzinsung anzuerkennen wäre wie sich bei einer konsolidierten Betrachtung der Vermögens- und Kapitalwerte der Betroffenen und der A. ergäbe, ist nicht geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH -, Rn. 32 ff. juris; sowie vorhergehend Senat, Beschlüsse vom 11.11. 2015, VI-3 Kart 16/13 (V) Rn. 111 ff. bei juris, VI-3 Kart 117/14, Rn. 35 ff. juris und VI-3 Kart 94/14, Rn. 73 ff. juris, jeweils für den Gasbereich). Die zitierten Entscheidungen sind auf den Bereich der Stromversorgung übertragbar.

a) In der zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof der von der Betroffenen im Streitfall geforderten konsolidierten Betrachtung eine Absage erteilt. Er hat ausgeführt, nach § 4 Abs. 5 GasNEV dürfe ein Netzbetreiber für die Überlassung von Anlagegütern durch Dritte

höchstens diejenigen Kosten ansetzen, die anfielen, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Damit solle verhindert werden, dass insbesondere innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen (BGH, a.a.O., Rn 34 juris). In Verpachtungsfällen habe hierzu eine kalkulatorische Berechnung sowohl beim Verpächter als auch beim Pächter stattzufinden. Ergebe sich dabei beim Pächter eine höhere Obergrenze für die Netzkosten als beim Verpächter, müsse die anzusetzende Pacht so weit reduziert werden, dass diese Differenz nicht mehr auftrete (BGH, a.a.O. Rn. 35 juris). Darüber hinaus sei zu gewährleisten, dass Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV beim Netzbetreiber in voller Höhe angesetzt werde. Wenn das betriebsnotwendige Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV beim Netzbetreiber aufgrund der Gebrauchsüberlassung niedriger sei als das Abzugskapital, sei für die kalkulatorische Verzinsung des Eigenkapitals deshalb ein negativer Wert anzusetzen (BGH, a.a.O., Rn 36 juris). Der Senat habe zwar an anderer Stellen (BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07 – SWU Netze -, Rn. 45 juris) ausgeführt, ein von der Verzinsung des negativen Eigenkapitals abweichendes Ergebnis träte auch dann nicht ein, wenn das überschießende Abzugskapital alternativ bei dem Netzeigentümer in Ansatz gebracht würde, weil letzteres zu einer Reduzierung des berücksichtigungsfähigen Pachtzinses führen würde. Der Entscheidung könne aber nicht entnommen werden, dass die Berücksichtigung von Abzugskapital auf Seiten des Netzbetreibers stets nur in dem Umfang zu einer Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung führen dürfe, der anfielen, wenn der Netzeigentümer das Netz selbst betreiben würde (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH -, Rn. 42 juris). Nach § 4 Abs. 5 GasNEV könne sich aus den Kosten des Netzeigentümers zwar eine Obergrenze für die berücksichtigungsfähigen Kosten auf Seiten des Netzbetreibers ergeben. Den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Berechnung bildeten dennoch die Kosten des Netzbetreibers. Diese seien nur um diejenigen Bestandteile zu bereinigen, die nicht anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre. Diese Bereinigung stelle lediglich eine punktuelle Korrektur dar und ändert nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten sind (BGH, a.a.O., Rn. 45).

Soweit die Betroffene unter Verweis auf diese Formulierung des Bundesgerichtshofs meint, hieraus ergebe sich, dass solche Bestandteile der Passiva der Betroffenen sowie der Aktiva der A. zu eliminieren seien, die nicht anfielen, wenn die Betroffene Eigentümerin des ge-

samten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre und die Dienstleistungen selbst erbracht hätte, folgt der Senat dem nicht. Die vom Bundesgerichtshof als „punktuelle Korrektur“ bezeichnete Bereinigung ist im Zusammenhang mit seinen vorherigen Ausführungen zu verstehen, die die Obergrenzenregelung des § 4 Abs. 5 GasNEV insgesamt betreffen. Diese bezeichnet er als „punktuelle Korrektur“. Entgegen der Ansicht der Betroffenen spricht bereits der Umstand, dass der Bundesgerichtshof die entkonsolidierte Betrachtungsweise der Bundesnetzagentur ausdrücklich gebilligt hat, gegen die Eliminierung solcher Bestandteile der Passiva der Betroffenen sowie der Aktiva der A., die nicht anfielen, wenn die Betroffene Eigentümerin des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre und die Dienstleistungen selbst erbracht hätte. Denn hierdurch würde zumindest insoweit eine konsolidierte Betrachtungsweise vorgenommen.

b) Auch hat der Bundesgerichtshof den von der Bundesnetzagentur für die Verzinsung negativen Eigenkapitals angewendeten Zinssatz für Neuanlagen gebilligt (BGH, a.a.O., Rn. 37 juris). Mangels ausdrücklicher Vorgaben sei der Zinssatz mit Rücksicht auf den Zweck zu bestimmen, dem der Ansatz von negativem Eigenkapital diene (BGH, a.a.O., Rn. 38 juris). Ausgehend von der oben aufgezeigten Zwecksetzung des § 4 Abs. 5 GasNEV müsse der Zinssatz für das negative Eigenkapital so bemessen sein, dass sich die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers aufgrund des Abzugskapitals mindestens um den Betrag verringere, der sich ergäbe, wenn er Eigentümer des betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre (BGH, a.a.O., Rn. 39 juris).

Allein eine Verzinsung mit dem in § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV vorgesehenen Zinssatz für die zum Eigenkapital gehörenden Neuanlagen stehe mit dem Zweck des § 4 Abs. 5 GasNEV in Einklang (BGH, a.a.O., Rn. 48 juris). Die entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV folge der Systematik und dem Zweck von § 7 GasNEV, weil der darin vorgesehene Zinssatz nach der Konzeption des Verordnungsgebers für die Verzinsung von Eigenkapital grundsätzlich maßgeblich sei (BGH, a.a.O., Rn. 51 juris). Der Zinssatz für Neuanlagen sei derjenige Zinssatz, der der gesetzlichen Vorgabe einer angemessenen Verzinsung unter Berücksichtigung der mit dem Netzbetrieb verbundenen unternehmerischen Wagnisse grundsätzlich entspreche. Die Zinssätze für den überschießenden Anteil des Eigenkapitals und für Altanlagen beträfen demgegenüber Ausnahmekonstellationen und könnten deshalb nur dann herangezogen werden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind oder zumindest eine damit vergleichbare Konstellation vorliegt (BGH, a.a.O., Rn. 52 juris).

Eine Ausnahmekonstellation, die zur Heranziehung eines anderen Zinssatzes führen könnte, liegt in der hier zu beurteilenden Situation nicht vor. Der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehene Zinssatz sei gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV anzusetzen, soweit das Eigenkapital einen Anteil von 40 % des Gesamtwerts des betriebsnotwendigen Vermögens übersteigt. Damit trage der Verordnungsgeber dem Umstand Rechnung, dass es nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheine, wenn Unternehmen langfristig eine Eigenkapitalquote von mehr als 40% aufwiesen (BGH, a.a.O., Rn. 54 juris m.w.N). Auf negatives Eigenkapital lasse sich diese Erwägung nicht übertragen. Der Ansatz eines negativen Werts für das Eigenkapital sei nicht die Folge einer Finanzierung durch Fremdkapital oder gar einer Überschuldung des Netzbetreibers, sondern lediglich ein rechnerisches Hilfsmittel, um zu gewährleisten, dass das Vorhandensein von Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV zu einer Verringerung der ansetzbaren Kosten führe (BGH, a.a.O., Rn. 55 juris).

14. Zinssatz für das überschießende Eigenkapital

Der Zinssatz in Höhe von 3,98 % für den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 5, Abs. 7 StromNEV ist nicht zu beanstanden. Der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 17/16 – Stadtwerke Werl GmbH -, Rn. 64 ff. juris; vorhergehend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.01.2016, VI-5 Kart 33/14 (V), Rn. 89 ff. juris) hat für den Anwendungsbereich der GasNEV entschieden, dass für die Verzinsung des einen Anteil von 40 Prozent des betriebsnotwendigen Vermögens übersteigenden Teils des Eigenkapitals der in § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV bestimmte Zinssatz heranzuziehen ist. Diese Entscheidung ist auf den Strombereich und § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV übertragbar (zur Rechtmäßigkeit von § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 (V), Rn. 107 ff. juris).

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, der Verordnungsgeber sei aufgrund der Ermächtigung in § 24 Abs. 1 Nr. 1 EnWG befugt, Regelungen über den Zinssatz für die Verzinsung von Eigenkapital zu treffen. Die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 GasNEV, wonach sich der maßgebliche Zinssatz aus dem Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen für Anleihen der öffentlichen Hand, Anleihen von Unternehmen und

Hypothekendarlehen ergibt, stehe auch in Einklang mit den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes (BGH, a.a.O., Rn. 66). Der Ordnungsgeber sei nicht gehalten, für den die Grenze von 40 % übersteigenden Teil des Eigenkapitals einen Zinssatz vorzusehen, der einen Zuschlag zur Abdeckung des unternehmerischen Wagnisses enthalte (BGH, a.a.O., Rn. 69). Ein solcher Zuschlag beziehe sich lediglich auf die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung (BGH, a.a.O., Rn. 70 juris unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 34/07, Rn. 74). Der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung unterliege aber nur derjenige Teil des Eigenkapitals, der sich auch unter Wettbewerbsbedingungen typischerweise bilde. Die Erwägungen, für den Netzbetreiber müsse ein hinreichender Anreiz geschaffen werden, Eigenkapital zu investieren, gingen im vorliegenden Zusammenhang deshalb schon im Ansatz fehl (BGH, a.a.O., Rn. 70 juris). Der Ordnungsgeber sei auch nicht gehalten, eine Verzinsung anhand des hypothetischen Zinssatzes vorzusehen, den der Netzbetreiber bei der Aufnahme von Fremdkapital zu tragen hätte, wie dies in der bis zum 21. August 2013 geltenden Fassung von § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV vorgesehen war. Dieser Zinssatz sei möglicherweise für die kalkulatorische Verzinsung geeignet. Seine Heranziehung sei aber schon deshalb nicht zwingend geboten, weil er nicht die dem Netzbetreiber tatsächlich angefallenen Kosten widerspiegele, sondern lediglich hypothetische Kosten, die im Falle einer Aufnahme von Fremdkapital entstanden wären. Ein Erfahrungssatz, wonach die tatsächlich anfallenden Kosten für überschüssiges Eigenkapital stets oder zumindest typischerweise gleich hoch seien wie die hypothetischen Kosten für Fremdkapital, sei weder festgestellt noch sonst ersichtlich (BGH, a.a.O., Rn. 72 juris). Der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehene Zinssatz stelle einen angemessenen Maßstab zur Kalkulation der Kapitalkosten dar (BGH, a.a.O., Rn. 73 juris). Dem stehe nicht entgegen, dass nur einer der drei für die Durchschnittsbildung heranzuziehenden Zinssätze (der Zinssatz für Anleihen von Unternehmen) einen Zuschlag enthalte, der einem möglichen Ausfallrisiko Rechnung trage. Die gesetzliche Vorgabe einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals lasse Raum für eine typisierende Regelung, die im Interesse einer einheitlichen und zweifelsfreien Rechtsanwendung nicht an Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls anknüpfe (BGH, a.a.O., Rn. 76 juris). Die Regelung in § 7 Abs. 7 GasNEV werde diesen Anforderungen gerecht. Sie berücksichtige einerseits in begrenztem Umfang die Risiken einer Kreditvergabe und trage andererseits dem Umstand Rechnung, dass eine Kreditgewährung an einen Netzbetreiber im Hinblick auf dessen Marktstellung typischerweise geringere Risiken birgt als eine Kreditgewährung an ein in vollem Wettbewerb stehendes Unternehmen. Mög-

liche Risiken, insbesondere die Gefahr der Insolvenz von Netznutzern oder einer anderweitigen Vergabe des Netzbetriebs nach Beendigung des Konzessionsvertrags, führten insofern nicht zu einer abweichenden Beurteilung (BGH, a.a.O., Rn. 77 juris). Die Anwendung von § 7 Abs. 7 GasNEV führe auch nicht zu einer Ungleichbehandlung zwischen Netzbetreibern, die sich durch Fremdkapital finanzierten, und solchen, die stattdessen Eigenkapital einsetzten. Die Aufnahme von Fremdkapital könne möglicherweise im Einzelfall zu einem höheren Zinssatz und damit zu einer höheren Obergrenze für die Netzentgelte führen. Dem stehe aber eine entsprechende Kostenbelastung gegenüber, die beim Einsatz von Eigenkapital jedenfalls nicht ohne weiteres in gleicher Höhe anfalle (BGH, a.a.O., Rn. 79 juris).

15. Kalkulatorische Gewerbesteuer

Die Bundesnetzagentur hat die kalkulatorische Gewerbesteuer auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und damit im Wege der sogenannten „Vom-Hundert“-Rechnung zutreffend ermittelt.

Wie der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10.11.2015 (EnVR 26/14 - Stadtwerke Freudenstadt II -, Rn. 40 ff. juris) entschieden hat, kommt eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer („Im-Hundert“-Rechnung) nicht in Betracht, weil für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, abzustellen ist. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität ist hingegen nicht herzustellen (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 46 juris). Mit den gegen diese Rechtsprechung erhobenen Einwendungen hat sich der Bundesgerichtshof befasst und diese abgelehnt (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15- SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH -, Rn. 58 ff. juris). Dem folgt der Senat.

II. Effizienzwert

Die Betroffene wendet sich ohne Erfolg gegen die Höhe des Effizienzwerts. Es liegt weder eine unzureichende Begründung des ermittelten Effizienzwerts vor noch ist die von der Betroffenen angegriffene grundsätzliche Methodik der Effizienzwertberechnung zu beanstanden (vgl. auch bereits Senat, Beschluss vom 22.03.2018, VI-3 Kart 4/15).

1. Nach § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG werden die Effizienzvorgaben für eine Regulierungsperiode durch Bestimmung unternehmensindividueller oder gruppenspezifischer Effizienzziele auf Grundlage eines Effizienzvergleichs unter Berücksichtigung insbesondere der bestehenden Effizienz des jeweiligen Netzbetriebs, objektiver struktureller Unterschiede, der inflationsbereinigten gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung, der Versorgungsqualität und auf diese bezogener Qualitätsvorgaben sowie gesetzlicher Regelungen bestimmt. Sie müssen gemäß § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG so gestaltet und über die Regulierungsperiode verteilt sein, dass der betroffene Netzbetreiber die Vorgaben unter Nutzung der ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichen und übertreffen kann. Die Methode zur Ermittlung von Effizienzvorgaben muss gemäß § 21a Abs. 5 Satz 5 EnWG so gestaltet sein, dass eine geringfügige Änderung einzelner Parameter der zugrunde gelegten Methode nicht zu einer insbesondere im Vergleich zur Bedeutung überproportionalen Änderung der Vorgaben führt. Weitere materiell-rechtliche Vorgaben überlässt § 21a Abs. 6 EnWG einer Rechtsverordnung, die die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung und ihrer Durchführung regelt (§ 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG) und insbesondere nähere Anforderungen an die Zuverlässigkeit einer Methode zur Ermittlung von Effizienzvorgaben stellen kann (§ 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 6 EnWG). Diese Verordnungsermächtigung wird durch die Anreizregulierungsverordnung ausgefüllt.

Gemäß § 12 Abs. 1 ARegV führt die Bundesnetzagentur vor Beginn der Regulierungsperiode einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen mit dem Ziel durch, die Effizienzwerte für diese Netzbetreiber zu ermitteln. Nach § 13 Abs. 1 ARegV sind dabei Aufwandparameter und Vergleichsparameter zu berücksichtigen. Als Aufwandparameter sind die nach § 14 ARegV ermittelten Kosten anzusetzen (§ 13 Abs. 2 ARegV). Gemäß § 12 Abs. 4a ARegV ist zusätzlich eine Berechnung auf der Grundlage der Kosten vorzunehmen, die sich ohne die Vergleichbarkeitsrechnung für die Kapitalkosten nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV ergibt. Als Vergleichsparameter sind Parameter zur Bestimmung der Versorgungsaufgabe und der Gebietseigenschaften heranzuziehen, insbesondere die geografischen, geologischen oder topografischen Merkmale und strukturellen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe auf Grund demografischen Wandels des versorgten Gebietes (§ 13 Abs. 3 Satz 1 ARegV). Aus dem ermittelten Effizienzwert ergibt sich die individuelle Effizienzvorgabe (§ 16 Abs. 1 Satz 1 ARegV).

Als anzuwendende Methoden werden in Anlage 3 Nr. 1 ARegV die Dateneinhüllungsanalyse (Data Envelopment Analysis – DEA) als nicht-parametrische und die stochastische Effizienzgrenzenanalyse (Stochastic Frontier Analysis – SFA) als parametrische Methode vorgeschrieben. Nach Anlage 3 Nr. 2 ARegV wird die Effizienzgrenze von den Netzbetreibern mit dem besten Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand gebildet. Für Netzbetreiber, die danach als effizient ausgewiesen werden, gilt ein Effizienzwert von 100 Prozent, für alle anderen Netzbetreiber ein entsprechend niedrigerer Wert. Hierdurch wird gemäß der Anforderung des § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG sichergestellt, dass die Effizienzvorgabe durch ein Leistungs-Kosten-Verhältnis definiert wird, dessen Erreichbarkeit die Zahlen der (relativ) effizientesten Netzbetreiber dokumentieren (vgl. BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12 - Stadtwerke Konstanz GmbH -, Rn. 16 f. juris).

Die gesetzliche Vorgabe, nähere Anforderungen an die Zuverlässigkeit einer Methode zur Ermittlung von Effizienzvorgaben zu formulieren, füllt die Anreizregulierungsverordnung durch mehrere, einander ergänzende Vorgaben aus: Zum einen schreibt Anlage 3 Nr. 5 ARegV Analysen zur Identifikation von extremen Effizienzwerten (Ausreißern) vor. Besonders weitreichende Maßnahmen werden dabei für die DEA vorgegeben, weil bei dieser jede Abweichung vom definierten Effizienzmaßstab als Ineffizienz interpretiert wird. Zum anderen bestimmt § 12 Abs. 3 ARegV, dass bei Abweichungen zwischen den mittels DEA und SFA ermittelten Effizienzwerten eines Netzbetreibers nur der höhere Wert maßgeblich ist. Entsprechendes gilt gemäß § 12 Abs. 4a Satz 3 ARegV, wenn sich bei der Berechnung anhand der Aufwandparameter ohne Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsrechnung nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV ein abweichender Wert ergibt.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass der Bundesnetzagentur hinsichtlich der in §§ 12 ff. und Anlage 3 ARegV enthaltenen Vorgaben ein nicht unerheblicher Entscheidungsspielraum zukommt. Sie sind trotz ihrer zum Teil hohen Regelungsdichte ausfüllungsbedürftig. Zur Ausfüllung dieser Vorgaben kommen unterschiedliche wissenschaftliche Methoden in Betracht. Die Auswahl einer konkreten Methode, die den abstrakten Vorgaben der Verordnung entspricht, hat der Ordnungsgeber an zahlreichen Stellen der Regulierungsbehörde überlassen. Auch soweit er bestimmte Parameter oder Methoden vorgegeben hat, sind diese Aufzählungen nicht abschließend, sondern räumen der Regulierungsbehörde ausdrücklich die Möglichkeit ein, zusätzliche Parameter oder Methoden heranzuziehen. Die den Regulierungsbehörden eröffneten Spielräume kommen in einzelnen Aspekten einem

Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleich (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 10, 22 ff. juris; Beschlüsse vom 22.07.2014, EnVR 58/12 und EnVR 59/12, Rn. 13 juris). Ob und inwieweit es sich bei den der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräumen um einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Norm oder um ein Regulierungsermessen auf der Rechtsfolgenseite handelt, kann offenbleiben. Die für diese beiden Kategorien geltenden Kontrollmaßstäbe unterscheiden sich eher verbal und weniger in der Sache (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 26 f. m. w. N. juris).

Dieser Entscheidungsspielraum gilt auch für den Effizienzvergleich. Dabei weist die Beurteilung der Effizienzwerte eine besondere Nähe zum Regulierungsermessen auf. Der Effizienzvergleich erfordert, wenn er die gesetzlich vorgegebene Zuverlässigkeit aufweisen soll, eine komplexe Modellierung der maßgeblichen Verhältnisse bei den einzelnen Netzen und Netzbetreibern, die nicht bis in alle Einzelheiten rechtlich vorgegeben werden kann und vom Gesetzgeber bewusst nicht vorgegeben worden ist. Dies hat Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolldichte. Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 25 m.w.N. juris).

Der genutzte Beurteilungsspielraum ist daher (nur) darauf zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens ist vom Gericht zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität; BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 27 juris). Im Rahmen der Methodenauswahl hält

sich die Bundesnetzagentur dann an den ihr eröffneten Spielraum, wenn sie sich an einem wissenschaftlich anerkannten Ansatz orientiert und keine andere Methode als eindeutig besser geeignet anzusehen wäre (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 36, 39 juris).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Ermittlung und Durchführung des Effizienzvergleichs durch die Bundesnetzagentur für die 2. Regulierungsperiode nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur hat darauf basierend den Effizienzwert für die Betroffene zutreffend festgesetzt.

a) Die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe die Ermittlung des Effizienzwertes entgegen § 73 VwGO und § 39 VwVfG nicht auf eine hinreichende Begründung gestützt, die mangelnde Nachvollziehbarkeit von wesentlichen Bewertungskriterien laufe verfahrensrechtlichen Kernvorgaben zuwider und verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip, ist unbegründet.

Die in § 73 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG normierte Begründungspflicht dient dem Zweck, den Beteiligten und dem Gericht die Überprüfung der Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu ermöglichen. Hierzu ist es erforderlich und ausreichend, diejenigen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen anzuführen, aus denen sich die Rechtmäßigkeit der ergangenen Entscheidung ergibt, so dass eine Überprüfung der Entscheidung möglich ist (vgl. Senat, Beschluss vom 22.08.2012, VI-3 Kart 39/11; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 73 Rn. 8; Turiaux in Kment, EnWG, 2015, § 73 Rn. 4). Diesen Anforderungen genügt der angefochtene Bescheid.

Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Bundesnetzagentur nach dieser Maßgabe nicht gehalten war, die wesentlichen Bewertungskriterien und die diesbezüglichen Einzelbewertungen für die Betroffene über die im angefochtenen Bescheid enthaltenen Ausführungen hinaus näher darzustellen (BGH, Beschluss vom 07.10.2014, EnVR 25/12, Rn. 34 ff. juris). Nach § 12 Abs. 2 ARegV ist der Effizienzwert als Anteil der Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile in Prozent auszuweisen. Bei der Bestimmung dieses Werts sind nach § 13 ARegV Aufwands- und Vergleichsparameter heranzuziehen, die zum Teil in der Verordnung fest vorgegeben, zum Teil von der Regulie-

rungsbehörde festzulegen sind. Eine "Einzelbewertung" der Netzbetreiber auf der Grundlage einzelner dieser Parameter ist nicht vorgesehen (vgl. BGH, Beschluss vom 07.10.2014, EnVR 25/12, Rn. 37 juris). Eine solche wird von der Bundesnetzagentur auch nicht vorgenommen. Es kommt also schon nicht darauf an, ob eine Einzelbewertung auch ohne Offenlegung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen möglich wäre. Gegenteiliges kann auch nicht der Entscheidung des Bundesgerichtshofs entnommen werden, insbesondere nicht seinen Ausführungen, dass die dortige Betroffene nicht dargelegt habe, in welcher Weise dies ohne Offenlegung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geschehen solle und welche Erkenntnisse sich für die Betroffene daraus ergeben könnten. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Erteilung von diesbezüglichen Hinweisen weder Gegenstand noch Ziel der Anreizregulierung ist. Diese ist gemäß § 21a EnWG darauf beschränkt, durch Vorgabe von Erlösobergrenzen Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen, überlässt es aber dem betroffenen Netzbetreiber, ob und in welcher Weise er diese Anreize umsetzt (BGH, Beschluss vom 07.10.2014, EnVR 25/12, Rn. 37 f. juris). Auch das von der Betroffenen geforderte Schulnotensystem ist weder in der ARegV noch im EnWG vorgesehen und kann schon von daher von ihr nicht gefordert werden, zumal dieses System auch aufwändig und impraktikabel wäre, da für jeden einzelnen Parameter noch Schulnoten vergeben werden müssten. Im Übrigen liegt auch keine Prüfungsentscheidung vor, so dass auch die dazu von der Betroffenen zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig ist.

Eine detaillierte Bekanntgabe von Einzelbewertungen ist auch nicht geboten oder erforderlich, um der Betroffenen etwa eine bessere betriebswirtschaftliche Optimierung zu ermöglichen. Der Effizienzvergleich soll den Netzbetreibern ihre jeweilige Ineffizienz vor Augen führen und so zu effizienterem Handeln anreizen. Wie der jeweilige Netzbetreiber dies im eigenen Unternehmen umsetzt, bleibt ihm überlassen (vgl. OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss vom 16.10.2016, VI-5 Kart 21/14 (V), Rn. 189 juris).

Soweit die Betroffene rügt, dass sie ohne diese Einzeldaten ihren Effizienzwert nicht nachvollziehen könne, ergibt sich nichts Gegenteiliges, insbesondere liegt kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG vor. Letztlich könnte die Betroffene ihren Effizienzwert nur nachvollziehen, wenn ihr die – anders als die erst zu ermittelnden Schulnoten - bereits vorhandenen Werte derjenigen Unternehmen, die sich als die effizientesten erwiesen haben, bekannt wären (vgl. BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn.

87 ff. juris). Diese sind jedoch als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren (vgl. BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 78 f., 83, 91, 96 juris). Es besteht kein Anspruch auf eine umfassende Einsicht in das dem Effizienzvergleich zu Grunde liegende Datenmaterial (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 72 ff. juris). Ein sogenanntes „in-camera-Verfahren“ ist im EnWG, anders als etwa in § 99 Abs. 2 VwGO oder § 138 Abs. 2 TKG, nicht vorgesehen und wäre im Hinblick auf das in § 84 Abs. 2 Satz 3 EnWG angeordnete Verwertungsverbot im Übrigen rechtswidrig (vgl. auch OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss vom 06.10.2016, VI-5 Kart 21/14 (V), Rn. 188 juris; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 84 Rn. 16). Wie die Betroffene klargestellt hat, geht es ihr aber auch gar nicht um die Einsichtnahme in das dem Effizienzvergleich zugrunde liegende Datenmaterial. Eine Aufbereitung des Datenmaterials nach Schulnoten kann die Betroffene jedoch, wie ausgeführt, nicht verlangen, weswegen es ohnehin keines in-camera-Verfahrens bedarf. Die fehlende Mitteilung dieser Daten kann daher keinen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG begründen.

b) Der Effizienzvergleich ist im Übrigen methodisch rechtsfehlerfrei durchgeführt worden.

aa) Ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, die in den Effizienzvergleich einbezogene DB Energie GmbH sei nicht mit den übrigen Verteilernetzbetreibern strukturell vergleichbar, so dass deren Einbeziehung in den Effizienzvergleich gegen das Gebot der objektiven strukturellen Vergleichbarkeit gemäß § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG, der Berücksichtigung struktureller Unterschiede im Effizienzvergleich gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG sowie das Gebot der Erreichbarkeit und Übertragbarkeit der Effizienzvorgaben gemäß § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG verstoße.

(1) Mit der in der ARegV vorgesehenen Ermittlung unternehmensindividueller Effizienzvorgaben und Erlösbergrenzen unter Berücksichtigung von Vergleichs- und Strukturparametern wird ein funktionaler Ansatz verfolgt, der zwischen Strom- und Gasverteilernetzbetreibern (§ 12 Abs. 1 ARegV) sowie zwischen Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern unterscheidet (§ 22 Abs. 1 und Abs. 3 ARegV). § 21 Abs. 2 Satz 4 EnWG bezieht sich zunächst auf die in Satz 2 der Vorschrift vorgesehene Möglichkeit, dass Obergrenzen und Effizienzvorgaben entweder auf einzelne Netzbetreiber oder auf Gruppen von Netzbetreibern bezogen sind und fordert für den Fall, dass der Ordnungsgeber gruppenspezifische Vorgaben vorgibt, dass diese für strukturell vergleichbare Netzbetreiber gelten.

Die Einbeziehung der DB Energie GmbH entspricht den energierechtlichen Vorgaben. § 21a Abs. 2 EnWG gibt den Rahmen und die Ermächtigung für die ARegV vor.

Es kann dahinstehen, ob sich aus § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG ableiten lässt, dass eine Gruppenbildung grundsätzlich strukturelle Vergleichbarkeit voraussetzt, kann. Soweit die ARegV Strom- und Gasnetzbetreiber bzw. Fernleitungs- und Übertragungsnetzbetreiber gruppiert, betrifft das für die Zuordnung jeweils maßgebliche Merkmal jedenfalls eine strukturelle Gemeinsamkeit, die die Vergleichbarkeit der zu einer Gruppe zusammengefassten Netzbetreiber begründet. Sie betreiben entweder ein Strom- oder ein Gasnetz bzw. ein Übertragungs- oder Fernleitungsnetz. Die Eigenschaft als Verteilernetzbetreiber, der ein Strom- oder Gasnetz betreibt, entscheidet über die Zugehörigkeit zu einer der Gruppen, für die nach § 12 Abs. 1 ARegV ein bundesweiter Effizienzvergleich durchzuführen ist. Der Vorschrift des § 21 a Abs. 2 Satz 4 EnWG kann indes nicht entnommen werden, dass für den Effizienzvergleich eine weitere Ausdifferenzierung zwischen unterschiedlichen Netzbetreiber-Gruppen zu erfolgen hat.

Die Betroffene, die für die Einbeziehung in den Effizienzvergleich eine strukturelle Ähnlichkeit der Netze fordert, die angesichts der spezifischen Merkmale des von der DB Energie GmbH betriebenen Netzes nicht bestehe, verkennt, dass der Verordnungsgeber nicht einen Effizienzvergleich unter von vornherein vergleichbaren Netzbetreibern vorsieht, der eine Prüfung auf einer dem Effizienzvergleich vorgelagerten Ebene voraussetzen würde. Vielmehr wird mittels Vorgaben zur Vergleichsparameterbestimmung und der in Anlage 3 zu § 12 ARegV vorgesehenen Ausreißeranalyse gewährleistet, dass die Vergleichbarkeit innerhalb des Effizienzvergleichs hergestellt wird. Maßgeblich für die Einbeziehung in den Effizienzvergleich ist somit nicht, ob das Netz der DB Energie GmbH im Hinblick auf seine Länge, seine Gestaltung und seine Versorgungsaufgabe mit den Netzen anderer in den Effizienzvergleich einzubeziehender Netzbetreiber strukturell vergleichbar ist, sondern ob es sich bei der DB Energie GmbH um einen Stromverteilernetzbetreiber handelt.

(2) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die DB Energie GmbH dem Regelungsbereich des EnWG unterfällt und das Bahnstromnetz ein Elektrizitätsversorgungsnetz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG darstellt, dabei jedoch offen gelassen, ob es sich um ein Übertragungs- oder Verteilernetz handelt (BGH, Beschluss vom 09.11.2010, EnVR 1/10, Rn. 12 juris).

Allerdings deutet der Aufbau des deutschen Bahnstromnetzes nicht darauf hin, dass es sich um ein in einem Übertragungsnetz gleichzusetzendes Elektrizitätsnetz handelt. Der Umstand, dass das 110 kV/16,7 Hz-Netz der deutschlandweiten Versorgung des nachgelagerten 15 kV/16,7 Hz-Netzes der DB Netz AG dient, bedeutet nicht, dass das Netz Eigenschaften aufweist, die im Hinblick auf ihre Ähnlichkeit mit einem Übertragungsnetz der Einordnung als Verteilernetz entgegenstünden.

Gemäß § 3 Nr. 3 EnWG sind Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der Verteilung von Elektrizität wahrnehmen und verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen. Unter Verteilung im Sinne des § 3 Nr. 37 EnWG wird der Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder der Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze zur Ermöglichung der Versorgung von Kunden verstanden, nicht jedoch die Belieferung der Kunden selbst. § 3 Nr. 37 EnWG setzt insoweit die Vorgabe der Elektrizitätsrichtlinie 2009 um: Gemäß Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie ist Verteilung der Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung zum Zwecke der Belieferung von Kunden.

Demgegenüber definiert § 3 Nr. 32 EnWG die Übertragung als den Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz. Das Übertragungsnetz bedient sich der Drehstrom-Hochspannungs-Übertragung und verteilt die von Kraftwerken erzeugte und ins Netz eingespeiste Energie landesweit an Leistungstransformatoren, die nahe an den Verbrauchsschwerpunkten liegen. Es ist über Kuppelleitungen an das internationale Verbundnetz angeschlossen. Von einem solchen Netz unterscheidet sich das streitgegenständliche Netz der DB Energie GmbH in mehrfacher Hinsicht: Weder ist es Teil eines Hoch- oder Höchstspannungsverbundnetzes noch verteilt es landesweit über Umspannwerke Energie an die Verteilernetzebene. Es erfüllt erkennbar andere Zwecke als den überregionalen Transport von Strom, der umgespannt und weiterverteilt werden soll. Indem es allein der Versorgung des nachgelagerten überregionalen Netzes der DB Netz AG dient, wird Strom transportiert, der der Belieferung von Kunden im Sinne des § 3 Nr. 37 EnWG

dient und nicht eine Übertragungsaufgabe im Sinne des § 3 Nr. 32 EnWG erfüllt. Die Gleichstellung zu einem Übertragungsnetz kommt demnach nicht in Betracht. Maßgeblich für die Abgrenzung ist nicht der Transport an sich, sondern die Transportaufgabe und die Transportebene – Transport zwecks Verteilung oder Transport auf der der Verteilerebene vorgelegerten Übertragungsebene.

Der Einordnung als Verteilernetzbetreiber steht nicht entgegen, dass die DB Energie GmbH kein eigenes Konzessionsgebiet hat, sondern Elektrizität im gesamten Bundesgebiet transportiert. Insbesondere ergibt sich aus § 3 Nr. 3 EnWG nicht, dass die Eigenschaft als Verteilernetzbetreiber einen Gebietsbezug voraussetzt. Soweit der Verteilernetzbetreiber danach erforderlichenfalls auch zum Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet verpflichtet ist, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, dass die durch die überregionale Versorgungsaufgabe determinierte Ausbreitung des Netzes der DB Energie GmbH ihrer Eigenschaft als Verteilernetzbetreiber entgegensteht.

(3) Da die DB Energie GmbH demnach als Verteilernetzbetreiber einzustufen ist und gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 ARegV ein bundesweiter Effizienzvergleich für alle Verteilernetzbetreiber durchzuführen ist, hat die Bundesnetzagentur sie rechtsfehlerfrei in den Effizienzvergleich der Stromverteilernetzbetreiber einbezogen. Dass diese Gruppe nicht vollständig homogen ist, liegt auf der Hand und ist wesentlicher Grund für die in der Anlage 3 Nr. 5 ARegV vorgeschriebene Ausreißeranalyse, mit der verhindert werden soll, dass ein einzelner Netzbetreiber die Lage der Effizienzkostengrenze zu stark beeinflusst.

Diese hat die Bundesnetzagentur ausgeführt. Bei der DEA wurde mittels Dominanzanalyse jedes Unternehmen dahingehend überprüft, ob es als Effizienzmaßstab für über 50 % der übrigen Unternehmen galt. Solche Unternehmen wurden aufgrund ihres unsachgemäß hohen Einflusses auf die Effizienzwerte der übrigen Netzbetreiber aus dem Datensatz entfernt. In einem zweiten Schritt wurden mittels Supereffizienzanalyse ebenfalls sämtliche Unternehmen individuell überprüft und diejenigen identifiziert, deren Effizienzwert über dem vorgegebenen Grenzwert lag. Für die noch verbleibenden Verteilernetzbetreiber wurde eine dritte DEA berechnet. Auf diese Weise wurden zehn Unternehmen eliminiert.

Bei der SFA wurden Ausreißer unabhängig von ihrer Effizienz über ihren Einfluss auf die Regressionsgrade ermittelt und strukturell auffällige Netzbetreiber mit der Cook's Distance-

Analyse als Ausreißer – insgesamt sechs Unternehmen - identifiziert und aus dem Datensatz entfernt. Dabei hat die Bundesnetzagentur einen gegenüber der ersten Regulierungsperiode niedrigeren, d.h. weniger strengen Schwellenwert angesetzt, da sich dieser am zuverlässigsten erwies. Im Anschluss wurde eine erneute Berechnung der Effizienzwerte mittels SFA und DEA ohne die als Ausreißer identifizierten Netzbetreiber vorgenommen. Diese Vorgehensweise wandte die Bundesnetzagentur bereits im Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode Strom an und sie wurde vom Bundesgerichtshof nicht beanstandet. Die Betroffene hat nicht vorgetragen, dass die gewählte Vorgehensweise aus wissenschaftlicher Sicht unvertretbar erscheint oder in Widerspruch zu den Vorgaben aus § 21 a EnWG oder der ARegV stehen könnte.

Die von der Betroffenen geforderte wiederholte Ausreißeranalyse ist in der Anreizregulierungsverordnung bereits nicht vorgesehen. Sie war auch vorliegend nicht erforderlich, weil die DB Energie GmbH im Rahmen des hier angegriffenen Effizienzvergleichs Strom nur bei der SFA auf Grundlage der standardisierten Gesamtkosten als Ausreißer identifiziert worden war. Unerheblich ist insoweit, dass die hier Betroffene – anders als die Beschwerdeführerin im Verfahren VI-3 Kart 4/15 (V) – ihren besten Effizienzwert von ... % nach der DEA erzielt hat. Bei beiden DEA-Varianten (standardisierte und nicht standardisierte Kosten) sowie bei der SFA auf Grundlage der nicht standardisierten Kosten ist die DB Energie GmbH nicht als Ausreißer festgestellt worden. Nachdem sich die Ausreißeranalyse aber insgesamt ausgewirkt hat, war eine Wiederholung der Ausreißeranalyse nicht geboten. Dies zeigt sich daran, dass mehrere Unternehmen (jeweils sechs und zehn), wie ausgeführt, als Ausreißer identifiziert und aus der Erhebung eliminiert wurden. Im Übrigen ist laut der Ergebnisdokumentation Effizienzvergleich VNB Strom die DB Energie GmbH hinsichtlich der verwendeten Parameter durchaus mit den übrigen Verteilernetzbetreibern vergleichbar und führt ihre Berücksichtigung nicht zu Verzerrungen der Ergebnisse. Angesichts dessen ist das pauschale Bestreiten der Richtigkeit der Behauptung der Bundesnetzagentur, die DB Energie GmbH habe sich nicht negativ auf den Effizienzvergleich ausgewirkt, unerheblich, denn dass der Bericht fehlerhaft ist, hat die Betroffene nicht geltend gemacht, weshalb die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Durchführung eines „In-camera-Verfahrens“ nicht erforderlich ist.

bb) Auch ist die Auswahl der Vergleichsparameter für den Effizienzvergleich nicht zu beanstanden.

(1) Diese hat gemäß § 13 Abs. 3 Satz 7 ARegV mit qualitativen, analytischen und oder statistischen Methoden zu erfolgen, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Um die Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 4 ARegV zu erheben und die Ermittlung weiterer Vergleichsparameter gemäß § 13 Abs. 3 ARegV durchführen zu können, hat die Bundesnetzagentur eine Strukturdatenabfrage bei den Netzbetreibern durchgeführt. Diese wurden von der Bundesnetzagentur zunächst einer umfassenden Plausibilitätskontrolle unterzogen. Unplausible Daten wurden den Netzbetreibern mitgeteilt und von diesen korrigiert. In einem zweiten Schritt wurden aus diesen plausiblen Strukturdaten weitere potentielle Vergleichsparameter ermittelt. Die Auswahl der Parameter erfolgte auf der Grundlage einer so genannten Kostentreiberanalyse, die sich sowohl an ingenieurwissenschaftlichen als auch statistischen Kriterien orientiert, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Bei der Parameterauswahl wurde geprüft, inwieweit die Parameter signifikant und als Vergleichsparameter in die Untersuchung einzubeziehen waren.

Für den Effizienzvergleich wurden gemäß § 13 Abs. 4 ARegV und auf Grundlage der beschriebenen Kostentreiberanalyse folgende Vergleichsparameter in den Effizienzvergleich einbezogen:

- a) Stromkreislänge HS – Kabel
- b) Stromkreislänge MS – Kabel
- c) Stromkreislänge HS – Freileitungen
- d) Stromkreislänge MS – Freileitungen
- e) Anschlusspunkte
- f) zeitgleiche Jahreshöchstlast HS/MS
- g) zeitgleiche Jahreshöchstlast MS/NS
- h) Zählpunkte
- i) installierte dezentrale Erzeugerleistung
- j) versorgte Fläche NS
- k) Stromkreislänge NS.

(2) Es ist nicht davon auszugehen, dass der Nichtausschluss auffälliger Netzbetreiber zu einer falschen Parameterauswahl geführt hat. Richtig ist zwar, dass im Rahmen der Kostentreiberanalyse noch keine Ausreißeranalyse vorgenommen worden ist. Es wurde jedoch

beachtet, dass die Durchschnittskostenmodelle für die Parameterwahl nicht durch einzelne Verteilernetzbetreiber übermäßig beeinflusst werden. Dies ist anhand einer Auffälligkeitsanalyse mittels robuster Regressionen (ROLS) sichergestellt worden. Diese identifiziert Ausreißer und berücksichtigt diese unmittelbar bei der Bestimmung der Regressionsfunktion im Rahmen der Kostentreiberanalyse. Den Ausreißern wird bei dieser Form der Regression ein deutlich geringeres bzw. ein Nullgewicht beigemessen und ihr Einfluss auf den Verlauf der Regressionsfunktion somit reduziert. Die robuste Regression ist daher besonders geeignet, trotz möglicher Ausreißer die Parameter zu identifizieren, die im Effizienzvergleich zu verwenden sind, ohne dass die Parameterauswahl verzerrt wird.

(3) Für die im Einzelnen gerügten Vergleichsparameter gilt Folgendes:

(a) Die konkrete Ausgestaltung des Vergleichsparameters „Anschlusspunkte“ durch die Bundesnetzagentur ist nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen die strukturelle Vergleichbarkeit gemäß § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG oder eine willkürliche Ungleichbehandlung der Netzbetreiber liegt nicht vor. Bei dem Parameter Anschlusspunkte handelt es sich gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 1 ARegV um einen Pflichtparameter. Zur Berechnung wurden alle Netzanschluss- und Einspeisungspunkte der Netzebenen Höchstspannung, Hochspannung, Mittelspannung und Niederspannung addiert. Die Anschlusspunkte der Umspannebenen HS/MS sowie MS/NS wurden hingegen nicht berücksichtigt. Dies entspricht dem Vorgehen im Rahmen des Effizienzvergleichs der ersten Regulierungsperiode. Die für die Netzstruktur wichtigen und kostenintensiven Verbindungspunkte werden durch die Parameter „Fläche und Zahl der Anschlusspunkte“ als maßgebliche Kostentreiber einer Netzebene abgebildet. Für die Umspannebenen gilt dies nach der Behauptung der Bundesnetzagentur nicht. Hier wirkt sich vielmehr im Wesentlichen die Jahreshöchstlast als kostentreibend aus, nicht jedoch die Anzahl der Anschlusspunkte. Dementsprechend ist nach den Angaben der Bundesnetzagentur auch die Jahreshöchstlast jeweils auf den Umspannebenen HS/MS sowie MS/NS als Vergleichsparameter zum Tragen gekommen und sind die Umspannebenen folglich im Effizienzvergleich berücksichtigt worden. Dies hat die Betroffene nicht in Abrede gestellt. Sie meint lediglich, dass der Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“ kein maßgeblicher Kostentreiber für Umspannebenen sei. Dies finde in der ARegV im Hinblick auf Anlage 3 Nr. 3 Satz 1 ARegV keinen Halt. Eine Verletzung der Vorgabe in Anlage 3 Nr. 3 Satz 1 ARegV, wonach die Ermittlung der Effizienzwerte unter Einbeziehung aller Netzebenen zu

erfolgen hat, liegt jedoch nicht vor, wenn eine Berücksichtigung im Rahmen des Vergleichsparameters Jahreshöchstlast erfolgt ist. Eine zusätzliche Berücksichtigung der Anzahl der Anschlusspunkte von Umspannebenen im Vergleichsparameter Anschlusspunkte ist dann nicht mehr erforderlich.

(b) Ferner ist nicht zu beanstanden, dass im Gegensatz zum Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode im Modell der zweiten Regulierungsperiode keine Korrektur der Vergleichsparameter „Leitungslänge Kabel HS“ und „Leitungslänge Freileitung HS“ um Bruchteilseigentum stattgefunden hat. Die Bundesnetzagentur hat ausgeführt, dass für diese Parameter im Rahmen der ersten Regulierungsperiode das Bruchteilseigentum abgefragt worden sei, dort indes lediglich 3 von 79 Netzbetreibern (Leitungslänge Kabel HS) und 4 von 65 Netzbetreibern (Leitungslänge Freileitung HS) einen Wert für Bruchteilseigentum angegeben hätten. Die Wertigkeit der Leitungslängen sei mit insgesamt 0,11 % der Leitungslänge Kabel HS und 0,19 % der Leitungslänge Freileitung HS im Bruchteilseigentum gering gewesen. Es kann daher angenommen werden, dass das Bruchteilseigentum für den Vergleichsparameter Leitungslänge nicht signifikant war. Entgegenstehendes hat die Betroffene auch nicht konkret behauptet. Der Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas ist insoweit nicht vergleichbar.

(c) Die Nichtaufnahme des Parameters „Anzahl der Umspannstationen“ stellt den Effizienzvergleich ebenfalls nicht infrage. Vielmehr hat sich im Rahmen der Untersuchungen der von der Bundesnetzagentur beauftragten Gutachter ergeben, dass dieser Parameter im Ergebnis nicht signifikant war.

c) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Betroffenen betreffend die unterlassene Berücksichtigung der Kürzung der Restwerte der Altanlagen bei der Vergleichbarkeitsberechnung. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist auch insoweit nicht zu beanstanden.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 ARegV werden die Kapitalkosten zur Durchführung des Effizienzvergleichs so bestimmt, dass ihre Vergleichbarkeit möglichst gewährleistet ist. Gemäß § 12 Abs. 4a Satz 1 ARegV ist der Effizienzvergleich mit den Aufwandsparemtern nach § 13 Abs. 1 ARegV zusätzlich ohne die Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsrechnung nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 ARegV durchzuführen. Gemäß § 12 Abs. 4a Satz 2 ARegV sollen die Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV dabei unverändert bleiben.

Aufgrund der in Anlage 3 festgelegten Effizienzvergleichsmethoden DEA und SFA ist somit jede der beiden Methoden mit den Aufwandsparemtern mit und ohne Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsrechnung nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 ARegV durchzuführen, wobei die ermittelten Vergleichsparameter nach § 13 ARegV stets unverändert bleiben. Daraus resultieren insgesamt vier Effizienzwerte für jedes Unternehmen. Gemäß § 12 Abs. 4a Satz 3 ARegV ist der jeweils höhere Wert aus den Effizienzvergleichen unter Verwendung der Aufwandsparemtern mit und ohne Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsrechnung zu verwenden. Nach § 12 Abs. 3 ARegV ist ebenso der jeweils höhere Wert aus den ermittelten Effizienzwerten nach den vorgegebenen Methoden DEA und SFA zu verwenden. Im Ergebnis ist also jede der beiden in der Anlage 3 genannten Effizienzvergleichsmethoden – SFA und DEA – mit den Aufwandsparemtern mit und ohne Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsrechnung durchzuführen. Aus den so ermittelten vier Effizienzwerten, die sich für ein Unternehmen ergeben, ist der höchste Wert in Ansatz zu bringen (sog. Best-of-four).

§ 14 ARegV gibt vor, wie die im Rahmen der Vergleichbarkeitsrechnung als Aufwandsparemtern anzusetzenden Kosten bestimmt werden. Die Kapitalkosten sollen gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ARegV zur Durchführung des Effizienzvergleichs so bestimmt werden, dass ihre Vergleichbarkeit möglichst berücksichtigt ist und Verzerrungen berücksichtigt werden, wie sie insbesondere durch unterschiedliche Altersstrukturen der Anlagen, Abschreibungs- und Aktivierungspraktiken entstehen können. Die Kapitalkosten umfassen gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 ARegV die Fremdkapitalzinsen gemäß § 5 Abs. 2 StromNEV, die kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 StromNEV und die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 StromNEV. Zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Kapitalkosten ist eine Vergleichbarkeitsrechnung zur Ermittlung von Kapitalkostenannuitäten durchzuführen.

Die Vergleichbarkeitsrechnung hat gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 ARegV auf Grundlage der Tagesneuwerte des Anlagevermögens des Netzbetreibers zu erfolgen. Zur Berechnung der Tagesneuwerte werden nach den unbestrittenen Ausführungen der Bundesnetzagentur die im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV für die zweite Regulierungsperiode zugrunde gelegten Anschaffungs- und Herstellungskosten (AK/HK) und die Indexreihen gemäß § 6a ARegV verwendet. Für die Ermittlung von einheitlichen Nutzungsdauern für jede Anlagengruppe sind gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 ARegV die unteren Werte der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern in Anlage 1 der StromNEV zu verwenden.

Der zu verwendende Zinssatz bestimmt sich gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 ARegV als gewichteter Mittelwert aus Eigenkapitalzinssatz und Fremdkapitalzinssatz, wobei der Eigenkapitalzinssatz mit 40 % und der Fremdkapitalzinssatz mit 60 % zu gewichten sind. Von den 60 % des Fremdkapitalzinssatzes fallen gemäß § 14 Abs. 2 Satz 4 ARegV 25 Prozentpunkte auf unverzinsliches Fremdkapital. Für das Eigenkapital sind gemäß § 14 Abs. 2 Satz 5 ARegV die nach § 7 Abs. 6 StromNEV für Neuanlagen geltenden Eigenkapitalzinssätze anzusetzen. Für das verzinsliche Fremdkapital richtet sich die Verzinsung gemäß § 14 Abs. 2 Satz 6 ARegV nach dem auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen inländischer Emittenten. Der Eigenkapital- und der Fremdkapitalzinssatz sind gemäß § 14 Abs. 2 Satz 7 ARegV um den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Preisänderungsrate nach dem vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Verbraucherpreisgesamtindex zu ermäßigen. Unter Anwendung der entsprechenden Vorgaben ergibt sich ein gewichteter Zinssatz in Höhe von 3,7 %.

Die Standardisierung der Kapitalkosten soll sicherstellen, dass bei Netzbetreibern mit unterschiedlichen Investitionshistorien eine größtmögliche Vergleichbarkeit gegeben ist. Durch die Vergleichbarkeitsrechnung werden somit Unterschiede, die durch den Investitionszeitpunkt und die Wahl der Nutzungsdauern entstehen, bereinigt. Durch den Ansatz eines einheitlichen Zinssatzes werden zudem Effekte, die u.a. aus dem kalkulatorischen Eigenkapitalanteil entstehen, ebenfalls bereinigt.

Danach ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund im Streitfall die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen bei der Vergleichbarkeitsrechnung zu berücksichtigen sein sollten. Zu Recht trägt die Bundesnetzagentur im Beschwerdeverfahren vor, dass die Kürzungen des Altanlagevermögens der A. und der Betroffenen die kalkulatorischen Restwerte nach den §§ 6 und 7 StromNEV betreffen, und auch nach dem Vorbringen der Betroffenen letztlich darauf beruhen, dass für die Vergangenheit teilweise die anzuwendenden Nutzungsdauern zwischen den Beteiligten streitig waren. Die oben dargestellte Vergleichbarkeitsrechnung stellt aber auf Tagesneuwerte ab, die sich aus den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie den anlagengruppenspezifischen Indexreihen ergeben. Auf die kalkulatorischen Restwerte wird gerade kein Bezug genommen, um Verzerrungen durch unterschiedliche Abschreibungspraktiken zu vermeiden.

III. Regulierungskontosaldo

Die Rügen der Betroffenen hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit des Regulierungskontos sind unbegründet, allerdings wird die Bundesnetzagentur im Rahmen der vorzunehmenden Neu- bescheidung zu überprüfen haben, ob und inwieweit die nunmehr der Höhe nach feststehenden Forderungsausfälle wegen der Insolvenz der B im Rahmen der entsprechenden aufwandsgleichen Kostenposition zu berücksichtigen sind.

1. EEG- und KWKG Kosten

Entgegen der Ansicht der Betroffenen sind die von ihr angegebenen Kosten (Mindererlöse aus den Jahren 2010 und 2011 in Höhe von ... Euro und ... Euro), die aufgrund der gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten gemäß EEG und KWKG entstanden sind, nicht bei der Ermittlung des Regulierungskontosaldos anzuerkennen. Zu Recht verweist die Bundesnetzagentur darauf, dass damit der Netznutzer für die erste Regulierungsperiode ausschließlich mit dem Nachteil des Kostenverlaufs konfrontiert würde, obwohl im Zeitverlauf die Neutralität von Kosten und Erlösen besteht.

§§ 56 ff. EnWG enthalten Regelungen zum bundesweiten Ausgleich der Strom- und Vergütungssummen betreffend Strom aus erneuerbaren Energien. Der bestehende Ausgleichsmechanismus bezweckt die gleichmäßige Verteilung der gemäß EEG abzunehmenden Strommengen aus erneuerbaren Energien und der hierfür entrichteten Vergütungen auf alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Letztverbraucher versorgen. Auch bei der Vergütung des eingespeisten Stroms aus KWK-Anlagen erfolgt ein bundesweiter Ausgleich (§ 9 ff. KWKG a. F., jetzt §§ 26 ff. KWKG).

Kosten, die aufgrund der gesetzlichen Abnahmeverpflichtungen und Vergütungspflichten nach dem EEG und dem KWKG entstehen, gleichen sich danach durch Erlöse, die der Netzbetreiber über den Ausgleichsmechanismus erhält, aus. Es handelt sich bei den in Rede stehenden Positionen um durchlaufende Posten. Dementsprechend scheidet eine Anerkennung von Kosten – wie auch eine Kürzung von Erlösen – aus. Davon, dass sich Differenzen zwischen Kosten und Erlösen aus Periodenverschiebungen grundsätzlich ausgleichen, geht auch die Betroffene aus. Dies hat sie bereits in ihrer Stellungnahme zum Schreiben vom 06.08.2014 (Anlage BF 30) ausgeführt. Auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Betroffene als Grund für die Differenzen Effekte aus Periodenverschiebungen angeführt. Soweit sie im Rahmen ihrer Replik geltend macht, in der ex-post-Betrachtung

hätten sich die Erlöse tatsächlich nicht ausgeglichen und seien daher doch anerkennungsfähig, ist dies für den Senat nicht nachvollziehbar. Wie bereits dargelegt, ist insoweit anzunehmen, dass der Ausgleich zeitlich versetzt erfolgt. Die Betroffene hat nicht dargelegt, welche Effekte, die nicht auf Periodenverschiebungen beruhen, für die ihrer Ansicht nach zu berücksichtigenden Mindererlöse verantwortlich sein sollen. Gäbe es andere Ursachen für Differenzen, die einen zeitlich versetzten Ausgleich verhinderten, wäre es aber auch unzulässig – wie von der Betroffenen gefordert –, einseitig die Mindererlöse für die Jahre 2010 und 2011 anzuerkennen, aber nicht den im Jahr 2012 erzielten Mehrerlös.

2. Abschreibungen auf Forderungen

Der geltend gemachte Anspruch auf Anpassung des Saldos des Regulierungskontos wegen Forderungsausfällen durch die Insolvenz der B. ist nicht berechtigt, allerdings wird die Bundesnetzagentur die nunmehr auch der Höhe nach feststehenden Forderungsausfälle im Rahmen einer Neubescheidung bei den aufwandsgleichen Kosten, Position „Einzelwertberichtigungen und Abschreibungen aus Forderungen für Forderungsausfälle“, zu berücksichtigen haben.

Die Betroffene begehrt nunmehr eine Anpassung des Regulierungskontos wegen Forderungsausfällen aus der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter der B. für die Jahre 2009 bis 2012 in Höhe von ... Euro.

Unstreitig hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der aufwandsgleichen Kosten bei der Position „Einzelwertberichtigungen und Abschreibungen aus Forderungen für Forderungsausfälle“ die im Basisjahr 2011 angefallenen Forderungsausfälle durch die Insolvenz der C. GmbH in Höhe von ... Euro unter der oben genannten Position berücksichtigt. Sie hat diesen Wert wegen seiner Höhe als Besonderheit des Geschäftsjahres angesehen und den Gesamtwert zu 1/5 berücksichtigt. Über die gesamte zweite Regulierungsperiode findet somit die vollständige Berücksichtigung dieser insolvenzbedingten Forderungsausfälle statt.

Da nunmehr auch die Höhe des durch die Insolvenz der B. eingetretenen Forderungsausfalls feststeht, ist es möglich, diesen im Rahmen der ohnehin vorzunehmenden Neubescheidung ebenfalls im Rahmen der aufwandsgleichen Kosten der Betroffenen zu berücksichtigen. Für eine Anpassung des Regulierungskontos besteht kein Bedürfnis mehr. Danach

kann im Streitfall offen bleiben, ob Forderungsausfälle auch eine Anpassung des Regulierungskontos gemäß § 5 ARegV rechtfertigen können. Denn jedenfalls ist eine Berücksichtigung von Forderungsausfällen als aufwandsgleiche Kostenposition gegenüber einer Korrektur über das Regulierungskonto vorrangig vorzunehmen.

Bei ihrer Neubescheidung wird die Bundesnetzagentur ihre Erkenntnisse zu den weiteren Forderungsausfällen in Höhe von insgesamt ... Euro für die Jahre 2009 bis 2012, die sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens ergeben haben, zu berücksichtigen und zu überprüfen haben, in welcher Höhe Forderungsausfälle durch die Insolvenz der B. auf das Basisjahr 2011 entfallen. Des Weiteren wird sie zu überprüfen haben, ob und inwieweit dies eine Korrektur der Höhe der anzuerkennenden Forderungsausfälle erfordert, weil diese nach dem neuen Erkenntnisstand in einem geringeren Umfang als Besonderheit des Geschäftsjahres anzusehen sind.

3. Anpassung wegen entgangener Erlöse aus erster Regulierungsperiode

Im Hinblick auf die geforderte Anpassung des Regulierungskontosaldos wegen entgangener Erlöse aus der Erlösobergrenzenfestlegung der ersten Regulierungsperiode hat die Betroffene die Beschwerde für erledigt erklärt.

4. Kosten für Verlustenergie

Die Betroffene macht ohne Erfolg geltend, die Bundesnetzagentur habe die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie für die Jahre 2011 und 2012 rechtswidrig zu niedrig angesetzt. Hierdurch seien die zulässigen Erlöse für das Jahr 2011 um ... Euro und für das Jahr 2012 um ... Euro zu niedrig.

Die Bundesnetzagentur hatte im Rahmen der letzten Netzentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als beeinflussbare Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 4 ARegV in Höhe von ... Euro genehmigt. Dieses Ergebnis entspricht wegen der in § 6 Abs. 2 ARegV a.F. normierten Übernahme auch dem im Rahmen der Erlösobergrenzenfestlegung für die erste Regulierungsperiode anerkannten Wert. Die Betroffene hat im Jahr 2010 eine freiwillige Selbstverpflichtung für ein verbindliches Anreizsystem für die Beschaffung von Verlustenergie und den Umgang mit den daraus resultierenden Kosten abgegeben. Auf der Grundlage dieser Selbstverpflichtung hat die Bundesnetzagentur durch Beschluss vom 14.10.2010 das Verfahren zur Beschaffung der Verlustenergie für

die Jahre 2011 bis 2013 als wirksam verfahrensreguliert im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV festgelegt, so dass die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie durch die Betroffene als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile zu qualifizieren sind. Die Änderungen, die sich aus der Differenz der im Rahmen der Erlösobergrenzenfestlegung für die erste Regulierungsperiode anerkannten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie und den nach der freiwilligen Selbstverpflichtung Verlustenergie ermittelten Kosten ergibt, ist nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV auf dem Regulierungskonto zu verbuchen. Die freiwillige Selbstverpflichtung sowie der hierauf basierende Beschluss der Bundesnetzagentur bestimmen, dass der Netzbetreiber seine Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV jeweils zum 01.01. eines Kalenderjahres, beginnend ab 2011 anpasst, indem „er sie um die Differenz zwischen den in der Erlösobergrenze enthaltenen Ansätzen für die Kosten der Verlustenergiebeschaffung und den Verlustenergiekosten und den Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der in der FSV („Freiwillige Selbstverpflichtung Verlustenergie“) vorgegebenen Berechnungsmethodik ergibt, korrigiert.“ (vgl. Anlage BF 28 S. 2 und Anlage BF 29, S. 6).

Zwischen den Parteien ist streitig, was unter den in der Erlösobergrenze enthaltenen Ansätzen für die Kosten der Verlustenergiebeschaffung zu verstehen ist. Während die Bundesnetzagentur diese Position der Festlegung ungekürzt in Höhe von ... Euro übernimmt, meint die Betroffene, dieser Betrag sei zu kürzen, da er als beeinflussbarer Kostenbestandteil dem individuellen Effizienzwert, der Entwicklung des Verbraucherpreisgesamtindex zum Basisjahr, dem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor und dem Erweiterungsfaktor unterlag und stellt eine entsprechende Berechnung auf (vgl. Bl. 217 der Beschwerdebegründung, Bl. 264 GA). Sie ist der Ansicht, bei den von ihr ermittelten Beträgen handele es sich um den tatsächlich in den Erlösobergrenzen enthaltenen Kostenansatz für Verlustenergie.

Diese Ansicht ist abzulehnen. Der Wortlaut der Selbstverpflichtung („die in der Erlösobergrenze enthaltenen Ansätze“) spricht dafür, den tatsächlich ausgewiesenen Wert für Verlustenergiekosten aus dem Erlösobergrenzenbescheid der ersten Regulierungsperiode als Grundlage für die Differenzberechnung anzuwenden. Hätte eine weitere Bereinigung des Wertes unter Berücksichtigung seiner früheren Bewertung als beeinflussbarer Kostenbestandteil um den Effizienzwert, den Verbraucherpreisindex, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor und den Erweiterungsfaktor erfolgen sollten, hätte es angesichts der Kom-

plexität der durchzuführenden Bereinigung und ihrer Fehlergeneigtheit nahe gelegen, hierfür eine Berechnung vorzugeben. Der Umstand, dass dies nicht geschehen ist, spricht maßgeblich für die Auslegung der Bundesnetzagentur.

IV. Der von der Betroffenen geltend gemachte Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.

Die Betroffene begehrt nunmehr - nachdem feststeht, dass Fälligkeitszinsen, wie beantragt, durch die Bundesnetzagentur bewilligt wurden - die Feststellung, dass diese auch im Rahmen der vorzunehmenden Neubescheidung zu bewilligen sind. Sie begründet dies damit, eine Kürzung sei für die Zukunft zu befürchten, da die Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Ansatzfähigkeit der Fälligkeitszinsen abgestritten habe.

Zwar ist ein Feststellungsantrag in energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren möglich, wenn auch das EnWG diese Möglichkeit nicht ausdrücklich nennt (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07 - Rheinhessische Energie -, Rn. 80 juris). Erforderlich ist jedoch ein Feststellungsinteresse im Sinne eines besonderen Feststellungsbedürfnisses. Dies ist gegeben, wenn der Betroffene ein besonderes Interesse an der baldigen Feststellung hat, sei es rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (Pietzker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. Ergänzungslieferung, § 43, Rn. 32 f.). Im Streitfall ist die Betroffene jedoch aktuell nicht beschwert, die Bundesnetzagentur hat die beantragte Position bewilligt. Die Betroffene erhebt folglich eine vorbeugende Feststellungsbeschwerde, die einen möglichen zukünftigen Eingriff zum Gegenstand hat (vgl. Pietzker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. Ergänzungslieferung, § 43, Rn. 49). Für diese sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur vorbeugenden Unterlassungsklage entsprechend anwendbar (Pietzker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. Ergänzungslieferung, § 43, Rn. 49, § 42 Abs. 1 Rn. 166). Erforderlich ist ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis. Dieses kann bestehen, wenn ein Abwarten auf den erwarteten Eingriff unzumutbar ist.

Ein besonderes Interesse an der Klärung der Rechtsfrage der Anerkennungsfähigkeit von Fälligkeitszinsen, das ein Abwarten der Neubescheidung und die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes unzumutbar machen würde, hat die Betroffene jedoch nicht dargelegt. Es ergibt sich insbesondere nicht aus dem Umstand, dass die Bundesnetzagentur im Laufe des Beschwerdeverfahrens die Anerkennungsfähigkeit von Fälligkeitszinsen als

Aufwendungen im Rahmen der kalkulatorischen Kostenrechnung abgelehnt hat. Eine vergleichbare Situation kann sich bereits im Rahmen des Anhörungsverfahrens ergeben, wenn die Bundesnetzagentur zu erkennen gibt, dass sie eine beantragte Situation nicht anerkennen wird. Auch hier wird ein Abwarten als zumutbar angesehen und der Betroffene auf den Regelfall des nachträglichen Rechtsschutzes verwiesen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Streit um die Anerkennungsfähigkeit der Fälligkeitszinsen von der Betroffenen selbst veranlasst wurde. Sie hat irrtümlich die vermeintliche Kürzung dieser Position geltend gemacht.

C.

I. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Betroffene mit ihrer Beschwerde hinsichtlich der Beschwerdepunkte Kürzungen bei Beratungsdienstleistungen, kaufmännischen Dienstleistungen, Fremdkapitalzinsen, kalkulatorische Restwerte der Altanlagen der Verpächterin, kalkulatorische Restwerte der Netzbetreiberin, Umlaufvermögen der Verpächterin, Basisjahrinvestitionen und Berücksichtigung insolvenzbedingter Forderungsausfälle als aufwandsgleiche Kosten zumindest teilweise Erfolg bzw. die Bundesnetzagentur Überprüfung zugesagt hat und hinsichtlich der Altverfahren aus der ersten Regulierungsperiode Erledigung nach einem außergerichtlichen Vergleich erklärt wurde, die Beschwerde aber im Übrigen zurückgewiesen wurde, ist es sachgerecht, die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Parteien wie geschehen anteilig entsprechend des Obsiegens und Unterliegens der Parteien zu quoteln. Bei der Quotelung hat der Senat berücksichtigt, dass die Angriffe bei den einzelnen Beschwerdepunkten in unterschiedlichem Umfang Erfolg hatten.

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 Betroffenen bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung unter Berücksichtigung der Angaben der Beteiligten mit über ... Euro. Der Senat hat die folgende Bewertung der einzelnen Angriffspunkte zugrunde gelegt:

I. Ausgangsniveau

- | | |
|------------------------------------|----------|
| 1. Beratungsdienstleistungen: | ... Euro |
| 2. Kaufmännische Dienstleistungen: | ... Euro |

3. Fälligkeitszinsen:	... Euro
4. Aufwendungen aus dem Differenzbilanzkreis:	... Euro
5. Fremdkapitalzinsen:	... Euro

Für diesen Beschwerdepunkt hat der Senat den von der Betroffenen im Schriftsatz vom 20.03.2018 genannten Wert angesetzt. Aus der Beschwerdebeurteilung wird ersichtlich, dass nur die Plausibilisierung der Zinssätze durch die Bundesnetzagentur angegriffen war.

6. Abschreibungen auf immaterielles Vermögen:	... Euro
7. Restwerte Sachanlagenvermögen Verpächter:	... Euro

Bei der Bemessung des Beschwerdewerts ist der Senat von den Ausführungen der Betroffenen im Schriftsatz vom 05.06.2018 ausgegangen, in dem sie ihr wirtschaftliches Interesse an diesem Beschwerdepunkt ergänzend erläutert hat.

8. Restwerte Sachanlagevermögen Netzbetreiber:	... Euro
9. Indexreihen:	... Euro
10. Basisjahrinvestition:	... Euro

11. Umlaufvermögen

- Erhöhung Umlaufvermögen wegen kurzfristiger

Verbindlichkeiten und Rückstellungen: ... Euro

- Bezugsgröße Jahresumsatzerlös: ... Euro

- Forderungen des Verpächters gegen den Netzbetreiber: ... Euro

12. Abzugskapital

- Baukostenzuschüsse: ... Euro

- Pensionsrückstellungen: ... Euro

13. Benachteiligung von Pacht- und Dienstleistungsmodellen: ... Euro

14. Zinssatz für das Überschießende Eigenkapital: ... Euro

15. Kalkulatorische Gewerbesteuer: ... Euro

II. Effizienzwert: ... Euro

Der Beschwerdewert wird entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Senats nach der Differenz zwischen dem festgesetzten Effizienzwert und einem Effizienzwert von 100 % festgesetzt.

III. Regulierungskonto:

1. Mindererlöse aus EEG/KWKG: ... Euro

2. Insolvenzanfechtung: ... Euro

3. Altverfahren 1. Regulierungsperiode: 50.000 Euro

4. Verlustenergie: ... Euro

Gesamt:**... Euro****D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 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, einzu-legen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Doku-ments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Do-kument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer quali-fizierten 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 Bearbei-tung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsver-kehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsver-kehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs ab-gerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdege-richt (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 -be-gründung 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).

Laubenstein

Dr. Kühneweg

Klein Reesink