

VI-5 Kart 49/18 [V]



Verkündet am 07.03.2019
B.-M., Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v. R. und die Richterinnen am Oberlandesgericht K. und Dr. B.

auf die mündliche Verhandlung vom 24.01.2019

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

Die Beschwerde der Antragstellerin vom 5.10.2018 gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 5.09.2018 – VI B 5-514-G - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:**I.**

Die Antragstellerin betreibt ein regionales Strom- und Gasverteilernetz. Mit Schreiben vom 30.06.2017 hat sie beantragt, ihre Erlösobergrenze des Jahres 2018 für den Gasnetzbetrieb in Höhe von ... € aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 10a ARegV anzupassen. In ihrem Antrag hat sie dabei nicht nur die Jahresscheibe 2018, sondern auch die Jahresscheiben 2016 und 2017 in Ansatz gebracht und einen kalkulatorischen Zinssatz von 6,134 % - resultierend aus einem Eigenkapitalzinssatz von 9,05 % und einem Fremdkapitalzinssatz von ... % - zugrunde gelegt, bei der – mit der Beschwerde nicht mehr angegriffenen - Berechnung der Gewerbesteuer ist sie von der „Im-Hundert-Methode“ ausgegangen.

Die Landesregulierungsbehörde hat die Antragstellerin unter Übermittlung eines Bescheidentwurfs zu ihrem Prüfergebnis angehört; mit Schreiben vom 30.06.2018 hat die Antragstellerin hierzu Stellung genommen.

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 5.09.2018 hat die Landesregulierungsbehörde einen Kapitalkostenaufschlag – basierend auf den im Kalenderjahr 2018 angefallenen bzw. voraussichtlich anfallenden Kapitalkosten und einem kalkulatorischen Zinssatz in Höhe von 4,582 %, errechnet aus einem Eigenkapitalzinssatz von 6,91 % und einem Fremdkapitalzinssatz von 3,03 % – genehmigt und festgestellt, dass die Antragstellerin aufgrund dessen zur Erhöhung ihrer kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2018 in Höhe von (lediglich) ... € berechtigt ist. Den weitergehenden Antrag hat sie abgelehnt.

Zur Begründung hat die Landesregulierungsbehörde u.a. ausgeführt, die von der Antragstellerin geforderte Berücksichtigung von Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 sei ausgeschlossen. Nach § 34 Abs. 7 Satz 5 ARegV habe der Antrag auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV erstmals bis zum 30.06.2017 gestellt werden können; die Anpassung erfolge gemäß § 4 Abs. 4 Satz 3 ARegV zum 1.01.2018. Ein „Nachholen“ der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 sehe die Übergangsregelung des § 34 ARegV nicht vor.

Der Ordnungsgeber habe die Möglichkeit, einen Antrag auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags zu stellen, auf den 30.06.2017 befristet, damit die im Rahmen der Zweiten Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung geschaffene Möglichkeit zur Genehmigung von Kapitalkostenaufschlägen pünktlich mit dem Beginn der dritten Regulierungsperiode (im Gasbereich Dauer von 2018 bis 2022) erstmalig angewendet werden könne. Hiermit könnten nur die Kapitalkosten des Jahres 2018 gemeint sein. Mit Inkrafttreten der Novelle sei es bereits zu spät gewesen, Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 fristgerecht (jeweils bis zum 30. Juni des Vorjahres; § 4 Abs. 4 Satz 3 ARegV) zu beantragen. Ein „Nachholen“ von Kapitalkosten sei nicht vorgesehen; hätte der Ordnungsgeber auch die Berücksichtigung von Kapitalkosten für 2016 und 2017 gewollt, hätte dies in der Verordnung ausdrücklich geregelt werden müssen.

Aus dem Umstand, dass beim Kapitalkostenaufschlag auch vor dem Jahr 2018 angeschaffte Anlagegüter berücksichtigt würden, könne nicht abgeleitet werden, dass auch entsprechende Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 zu berücksichtigen seien. Denn dies führe ansonsten zwangsläufig zu einer doppelten Berücksichtigung von Kapitalkosten in der Erlösobergrenze.

Bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode gelte das Regime der Anreizregulierungsverordnung in ihrer früheren Fassung. In den Erlösobergrenzen seien auch Kapitalkosten von Anlagegütern enthalten, die nach dem Basisjahr 2011 - dem Jahr der Kostenprüfung - ihre kalkulatorische Nutzungsdauer überschritten hätten. Mit den aus dem sog. Sockeleffekt resultierenden Liquiditätsüberschüssen habe der Netzbetreiber die Möglichkeit, in neue Anlagegüter zu investieren, was im konkreten Fall auch die Jahre 2016 und 2017 betreffe. Zudem würden bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode, also einschließlich der Jahre 2016 und 2017, noch strukturelle Veränderungen im Netzgebiet durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV finanziell berücksichtigt. Die sich daraus ergebenden Mehrerlöse deckten erforderliche Neuinvestitionen ab, die z.B. aufgrund von Änderungen im versorgten Gebiet oder bei steigender Jahreshöchstlast entstünden. Daher würden die finanziellen Mittel für neue Investitionen bei einem rollierenden Investitionszyklus systematisch zur Verfügung gestellt und habe der Netzbetreiber ausreichende Mittel, um den Investitionsbedarf bis zum Ende

der zweiten Regulierungsperiode zu decken. Kapitalkosten aus einem Kapitalkostenaufschlag für die Jahre 2016 und 2017 seien daher weder erforderlich noch zulässig.

Dass der Ordnungsgeber eine Berücksichtigung von Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 nicht vorgesehen habe, unterstreiche auch der zum Beginn der dritten Regulierungsperiode eingeführte Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV, der nach den Vorgaben der ARegV-Novelle auch nicht für die Jahre 2016 und 2017 anzuwenden sei. Nur dies würde aber – bei einer Einbeziehung der Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag - zu einer sachgerechten Berücksichtigung des Kapitalkostenabgleichs führen.

Die Berechnung des Zinssatzes folge aus § 10a Abs. 7 ARegV. Dabei sei für den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz gemäß § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV der nach § 7 Abs. 6 GasNEV im Basisjahr geltende Zinssatz für Neuanlagen anzusetzen. Dies sei bereits nach dem Wortlaut der Zinssatz, der im Basisjahr für die Berechnung der Erlösobergrenzen der nächsten Regulierungsperiode herangezogen werde. Zwar würden im Kalenderjahr 2015 die EK-Zinssätze der zweiten Regulierungsperiode für die kalenderjährliche Erlösobergrenzen des Jahres 2015 gelten. Jedoch beziehe sich § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV explizit auf das Basisjahr, für welches bei der Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze der dritten Regulierungsperiode die EK-Zinssätze für die dritte Regulierungsperiode Anwendung fänden. Dies bestätige sich bei einer Auslegung nach Sinn und Zweck. Denn nach dem Willen des Ordnungsgebers diene der Kapitalkostenaufschlag dazu, Kapitalkosten aus Investitionen, die nach dem Basisjahr getätigt würden und daher nicht in die Festlegung der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode eingeflossen seien, ohne Zeitverzug zu berücksichtigen. Da der Kapitalkostenaufschlag erst in der dritten Regulierungsperiode wirksam werde, sei es systematisch falsch, für diese Neuinvestitionen andere Zinssätze zu berücksichtigen als für vor 2016 getätigte Investitionen, die bereits in den Erlösobergrenzen der dritten Regulierungsperiode enthalten seien. Anzuwenden sei danach für den Anteil des Eigenkapitals, der die zugelassene Eigenkapitalquote nicht übersteigt, der von der Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 5.10.2016 (BK 4-16/161) festgelegte Zinssatz, den sie - für die Dauer der dritten Regulierungsperiode - für Neuanlagen mit 6,91 % nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftssteuer ermittelt habe.

Gegen diesen, ihr am 11.09.2018 zugestellten Bescheid wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 5.10.2018 eingelegten Beschwerde, mit der sie weiter geltend macht, dass für die Anpassung ihrer kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2018 aufgrund des Kapitalkostenaufschlags - über die Kapitalkosten des Jahres 2018 hinaus - auch solche der Jahre 2016 und 2017 zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus rügt sie den von der Landesregulierungsbehörde in Ansatz gebrachten Eigenkapitalzinsatz.

Die Antragstellerin meint, die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 seien nach Wortlaut, Sinn und Zweck und der Systematik des Kapitalkostenaufschlags einzubeziehen. Tatsächlich getätigte Investitionen, die vom Netzbetreiber in effizienter Weise vorgenommen würden, müssten „ihren Niederschlag in den Erlösobergrenzen finden“. Dies sei nur dann gewährleistet, wenn „der Systemwechsel unmittelbar und ohne Zeitverzug“ vollzogen werde. Daher seien auch die in den Jahren 2016 und 2017 angefallenen Kapitalkosten zu berücksichtigen.

Weder der Wortlaut, noch die teleologische und systematische Auslegung von § 10a Abs. 1 Satz 1 ARegV bzw. § 34 Abs. 6 ARegV rechtfertigten die Annahme, dass die Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 nicht mit dem Antrag auf Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags auf die Erlösobergrenze für das Jahr 2018 zum 30.06.2017 geltend gemacht werden könnten. Insbesondere enthalte der Wortlaut der Vorschriften keine dahingehende Einschränkung. Nach dem Wortlaut des § 10a Abs. 1 Satz ARegV seien alle Kapitalkosten nach dem Basisjahr 2015 vom Kapitalkostenvorschlag erfasst. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV schließe die Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 nicht aus. Die Vorschrift enthalte keine Aussage zum Antragsumfang, sondern nur zu dem erstmaligen Antragszeitpunkt. Das „Nachholen“ der Kapitalkosten aus den Jahren nach dem Basisjahr sei systemimmanent und wiederhole sich in jeder Regulierungsperiode.

Sinn und Zweck des Kapitalkostenaufschlags sei es, Kapitalkosten aus Investitionen, die nach dem Basisjahr getätigt würden und daher nicht in die Festlegung der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode eingeflossen seien (Neuinvestitionen), ohne Zeitverzug und ohne Unterscheidung zwischen Ersatz- und Erweiterungs-

investitionen in der Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Daher müsse ein Kapitalrückfluss für alle hiermit verbundenen Kapitalkosten zeitgleich über die angepassten Erlösobergrenzen erfolgen. Der vom Ordnungsgeber verfolgte Zweck werde nur dann erreicht, wenn nicht erst die ab der 3. Regulierungsperiode anfallenden Kapitalkosten, sondern auch die in den Vorjahren angefallenen Kapitalkosten beim Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt würden. Es dürfe nicht zu einer „regulatorischen Lücke“ zwischen dem Basisjahr und dem Beginn der 3. Regulierungsperiode kommen. Basisjahr und der Beginn der Regulierungsperiode seien insoweit „als zugehörige Einheit“ aufzufassen. Selbst wenn die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 am Ende der kalkulatorischen Nutzungsdauer noch nachgeholt würden, würde dies anderenfalls bei langlebigen Wirtschaftsgütern, wie etwa Rohrleitungen mit kalkulatorischer Nutzungsdauer von bis zu 65 Jahren, zu einem erheblichen Zeitverzug beim Kapitalrückfluss führen. Daher sei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urteil v. 8.02.1977 – 1 BvR 79/70 Rn. 127, BVerfGE 43, 242 ff. „Berufungsvereinbarung“) ein nahtloser Systemwechsel mit Übergangsregelungen erforderlich. Es dürfe nicht zu einem „ersatzlosen Wegfall von Kapitalkosten“ kommen, eine derartige Auslegung sei offensichtlich nicht angemessen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Bei einer Nichtberücksichtigung der Kapitalkosten, die in den Jahren 2016 und 2017 entstanden seien, entfielen diese jedoch ersatzlos, denn für Investitionen, die in den Jahren 2016 und 2017 aktiviert wurden, gebe es keinen Sockeleffekt als Kompensation mehr.

Ein „einmaliges Nachholen“ der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 entspreche auch der Systematik. Im Rahmen des Kapitalkostenabgleichs nach § 5 Abs. 1a ARegV sei jährlich zum 30. Juni des Jahres, das dem Kalenderjahr folge, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wurde, ein Plan-ist-Abgleich zwischen den beantragten Plan-Kapitalkosten und den tatsächlichen Kapitalkosten vorzunehmen. Auch hier würden bei tatsächlich höheren Kapitalkosten diese über das Regulierungskonto nachgeholt und Kapitalkosten, die sich nachträglich ergeben hätten, noch anerkannt.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet sei, einen sicheren Netzbetrieb zu gewährleisten. Hierzu sei sie nur dann im Stande, wenn sie kontinuierlich in ihre Netze investiere. Daher müssten

auch die Investitionen in den Jahren 2016 und 2017 von Anfang an und ohne Zeitverzug zu einem Kapitalrückfluss führen.

Der Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers sei durch die Vorgaben des EnWG und durch den europäischen Rechtsrahmen zum Energiewirtschaftsrecht begrenzt, der Umfang des Kapitalrückflusses stehe nicht in seinem vollständigen Ermessen. Daher seien die Kapitalkosten für die Jahre 2016 und 2017 auch im Licht der höherrangigen Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens und des EnWG bei dem Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für das Jahr 2018 anzuerkennen.

Zudem habe die Landesregulierungsbehörde – gestützt auf die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 5.10.2016 (BK 4-16/161) – den Eigenkapitalzinssatz mit 6,91 % vor Steuer zu niedrig zugrunde gelegt. Die Festlegung sei rechtswidrig, wie sich aus den Gründen der Beschlüsse des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22.03.2018 (Az. VI-3 Kart 143/16) ergebe. Hilfsweise mache sie sich die vorläufige Auffassung des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu eigen, der bezogen auf ein bei ihm anhängiges Verfahren darauf hingewiesen habe, dass für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags der Zinssatz der 2. Regulierungsperiode anzuwenden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 5.09.2018 (VI B 5-514-G) aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde zu verpflichten, über den Antrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Landesregulierungsbehörde bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie den angegriffenen Bescheid unter Wiederholung und Vertiefung der maßgeblichen Gründe verteidigt. Sie hat im Senatstermin eine Anpassung des EK I-Zinssatzes für den Fall zugesagt, dass in dem von der Antragstellerin gegen die Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 5.10.2016 (BK4-16-161) bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Beschwerdeverfahren VI-3 Kart 997/16 (V) oder in einem der beim 3. Kartellsenat anhängig gewesenen Musterverfahren VI-3 Kart

148/16 (V), VI-3 Kart 335/16 (V), VI-3 Kart 466/16 (V), VI-3 Kart 549 /16 (V) u.a. bzw. in entsprechenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof (EnVR 30/18, 40/18, 48/18 und 56/18 u.a.) zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige Entscheidung ergeht.

Auch die beteiligte Bundesnetzagentur meint, der Antragstellerin stehe kein Anspruch auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags unter Einbeziehung der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 für die nach dem Basisjahr 2015 getätigten Investitionen zu. Dieser ergebe sich weder aus §§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 10a, 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV, noch liege eine planwidrige Regelungslücke vor, die durch eine analoge Anwendung geschlossen werden könnte. Ebenso wenig könne sie den Ansatz eines höheren EK I-Zinssatzes im Rahmen des kalkulatorischen Mischzinssatzes verlangen. Zu diesen Fragen des Ansatzes der Jahresscheiben 2016 und 2017 und des anzuwendenden EK I-Zinssatzes hat sie ergänzend Stellung genommen.

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

II.

Der Antrag auf umfassende Aufhebung des angegriffenen Bescheids und Verpflichtung zur Neubescheidung ist gemäß §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG zulässig.

In der Sache hat die Beschwerde aus den in der Senatssitzung mit den Beteiligten eingehend erörterten Gründen keinen Erfolg. Die Landesregulierungsbehörde hat zu Recht die Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 abgelehnt. Auch die angewandten Zinssätze sind nicht zu beanstanden.

1. Der Kapitalkostenaufschlag ist ein wesentliches Element des durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung vom 14.09.2016 (BGBl. I, 2147) eingeführten Kapitalkostenabgleichs, der die für Verteilernetzbetreiber bisher bereit gestellten Budgets und Instrumente für Investitionen - den sog. Sockeleffekt

durch eine nur zeitverzögerte Berücksichtigung kostensenkender Abschreibungen, den Erweiterungsfaktor und die Investitionsmaßnahme - ab Beginn der dritten Regulierungsperiode ablösen soll (BR-Drs. 296/16 S. 1). Zur Finanzierung der Verteilernetze tritt damit an die Stelle pauschaler Budgets eine Anerkennung spezifischer Investitionskosten ohne Zeitverzug, so dass Investitionen umgehend über die Netzentgelte refinanziert werden können. Dadurch sollen auch Entlastungen bei den Kapitalkosten schneller den Energieverbrauchern zugutekommen (vgl. BR-Drs. 296/16 S. 21; BMWi Mitteilung v. 3.08.2016, juris).

Nach dem auch für Verteilernetzbetreiber bislang geltenden Budgetansatz wurde diesen mit der Erlösobergrenze ein jährliches Budget zur Verfügung gestellt, aus dem alle wesentlichen Kosten zu decken waren. Die Erlösobergrenzen für eine fünfjährige Regulierungsperiode bestimmten sich für sie nach den Kosten im Basisjahr, jeweils drei Jahre vor Beginn der nächsten Periode. Aufgrund dessen kam es bei der Anerkennung von Investitionskosten zu Zeitverzögerungen. Je nach Zeitpunkt der Investition trat zunächst ein *negativer* Sockeleffekt auf, bis die zusätzlichen Kosten auf der Grundlage der Restbuchwerte im Basisjahr in die Erlösobergrenzen für die nächste Regulierungsperiode eingingen. Im ungünstigsten Fall der Aktivierung eines Wirtschaftsgutes nach dem Basisjahr erfolgte unter dem bisherigen Regulierungsregime für eine Investition zunächst sieben Jahre lang keine Berücksichtigung der kalkulatorischen Abschreibung, der Kapitalverzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer in den Erlösobergrenzen. Sobald die Investitionskosten hingegen über die Erfassung im nächsten Basisjahr in die Erlösobergrenzen der nachfolgenden Regulierungsperioden eingegangen waren, wirkte sich ein positiver Zeitverzug zu Gunsten der (Verteiler-)Netzbetreiber aus, da die mit den sinkenden Restbuchwerten einhergehenden sinkenden Kapitalkosten während einer Regulierungsperiode nicht in den Erlösobergrenzen nachvollzogen, sondern in Höhe des Basisjahres fixiert wurden. Zudem wurden für Anlagen, die das Ende ihrer Nutzungsdauer erreicht hatten, die Kapitalkosten in Höhe des Basisjahres sowie die letzte Abschreibung bis zum Ende der Regulierungsperiode fortgeschrieben. Hierin bestanden die so genannten *positiven* Sockeleffekte. Sie dienten allen Netzbetreibern insbesondere dazu, notwendige Investitionen in die Wartung und Instandhaltung des bestehenden Netzes zu tätigen (Ersatzinvestitionen). Das zweite Budget – der Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV – wurde anhand von Parametern

ermittelt, die Veränderungen der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode abbilden. Für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in der Hochspannungsebene konnten Verteilernetzbetreiber zudem Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 ARegV beantragen.

Der mit § 10a ARegV eingeführte Kapitalkostenaufschlag soll für Verteilernetzbetreiber die o.g. Instrumente – Sockeleffekt, Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahmen – als einheitliches Instrument ersetzen (BR-Drs. 296/16 S. 20, 22). Durch ihn werden - abweichend von der bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode gültigen Regulierungssystematik - steigende Kapitalkosten durch Investitionen, die im Laufe einer Regulierungsperiode getätigt werden und die daher nicht in die Festlegung der Erlösobergrenze zu Beginn der Regulierungsperiode eingeflossen sind, auf einen bis zum 30.06. des Vorjahres zu stellenden Antrag des Netzbetreibers ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze abgebildet (BR-Drs. 296/16 S. 22). Den Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags konnten Betreiber von Gasverteilernetzen nach der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV erstmals zum 30.06.2017, Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen erstmals zum 30.06.2018 stellen. Nach dieser Systematik werden steigende Kapitalkosten nicht mehr periodisch, sondern jährlich abgeglichen; eine Differenzierung zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen findet nicht mehr statt. Durch den in § 6 Abs. 3 ARegV eingeführten Kapitalkostenabzug soll korrespondierend dazu das zeitliche Absinken der Restbuchwerte der im Ausgangsniveau enthaltenen betriebsnotwendigen Sachanlagegüter und damit auch das Absinken der Kosten des Netzbetreibers für Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, kalkulatorische Gewerbesteuer sowie für Fremdkapitalzinsen bereits zu Beginn einer Regulierungsperiode in der Erlösobergrenze nachvollzogen werden (BR-Drs. 296/16 S. 33), wobei der Verordnungsgeber - zur Erleichterung des Systemübergangs und um individuelle Härtefälle zu vermeiden - für Investitionen aus den ersten beiden Regulierungsperioden für die dritte Regulierungsperiode in § 34 Abs. 5 ARegV eine Übergangslösung vorgesehen hat („Übergangssockel“). Danach ist der Kapitalkostenabzug auf Kapitalkosten aus Investitionen, die im Zeitraum vom 1.01.2007 bis einschließlich 31.12.2016 erstmals aktiviert und für die in dem Zeitraum von 2007 bis 2016 keine Investitionsmaßnahmen genehmigt worden sind, für die Dauer der dritten Regulierungsperiode nicht anzuwenden. Nach der hierzu gefassten EntschlieÙung des

Bundesrats (BR-Drs. 296/3/16) prüft die Bundesregierung überdies die Notwendigkeit einer Ausdehnung der Übergangsregelung auf die vierte Regulierungsperiode.

Vor diesem Hintergrund wendet sich die Antragstellerin ohne Erfolg dagegen, dass die Landesregulierungsbehörde den Kapitalkostenaufschlag des Jahres 2018 ausschließlich aufgrund der Kapitalkosten ermittelt hat, die für Neuinvestitionen im Jahr 2018, d. h. dem Kalenderjahr, für das der Kapitalkostenaufschlag auf die kalenderjährliche Erlösobergrenze beantragt wurde, angefallen sind bzw. anfallen werden. Ihr Einwand, es seien darüber hinaus auch die bereits in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten einzubeziehen, geht fehl. Weder ist dies nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 10a ARegV, der Systematik, dem Willen des Ordnungsgebers oder Sinn und Zweck der Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag geboten, noch besteht Anlass für eine erweiternde Auslegung. Auch für eine analoge Anwendung ist kein Raum, weil es an einer (planwidrigen) Regelungslücke fehlt.

1.1 Aus dem Wortlaut des § 10a ARegV ergibt sich nicht, dass in die Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags auf die kalenderjährliche Erlösobergrenze des Jahres 2018 nicht nur die im Jahr 2018 angefallenen bzw. anfallenden Kapitalkosten für Neuinvestitionen, sondern darüber hinaus auch die Kapitalkosten der Vorjahre 2016 und 2017 einzubeziehen wären.

Nach § 10a Abs. 1 Satz 1 ARegV genehmigt die Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Absätze 2 bis 9 einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für Kapitalkosten, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagegüter entstehen. Kapitalkosten sind nach der Legaldefinition in Satz 2 der Vorschrift die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und des Aufwandes für Fremdkapitalzinsen. Weiter sieht § 10a Abs. 2 Satz 1 ARegV vor, dass bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags die betriebsnotwendigen Anlagegüter berücksichtigt werden, deren Aktivierung entweder ab dem 1. Januar des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösobergrenze folgt, stattgefunden hat oder deren Aktivierung bis zum 31. Dezember des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist.

§ 10a ARegV beinhaltet somit (nur) eine gegenstandsbezogene Definition dazu, *welche* Kapitalkosten dem Kapitalkostenaufschlag unterfallen sollen; in zeitlicher Hinsicht ist der Wortlaut der Vorschrift unergiebig. Insbesondere ergibt sich aus ihm kein Anhalt auf den Zeitpunkt des Entstehens der tatbestandlich vorausgesetzten Kapitalkosten. Folglich lässt sich der Vorschrift - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - auch nicht entnehmen, dass von der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags auf die anzupassende Erlösobergrenze – hier des Jahres 2018 - auch solche Kapitalkosten für Neuinvestitionen erfasst wären, die bereits in den Vorjahren *entstanden sind* (so auch OLG Naumburg; Beschluss v. 5.10.2018 – 7 Kart 2/17 (EnWG); OLG Schleswig, Beschluss v. 5.11.2018 – 53 Kart 7/17, bislang unveröffentlicht). Der Umstand, dass die von dem nachträglichen Aufschlag auf die Erlösobergrenze erfassten Kapitalkosten – naturgemäß - aus Investitionen herrühren müssen, die nach dem Basisjahr getätigt wurden, kann keine abweichende Bewertung rechtfertigen.

1.2 Die Systematik der Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag und sein Wesen sprechen gegen eine Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag des Jahres 2018.

1.2.1 Wie bereits ausgeführt, ist der Kapitalkostenaufschlag ein jährliches Anpassungsinstrument, für das die Systematik des Erweiterungsfaktors übernommen wurde (BR-Drs. 296/16 S. 32). § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV sieht vor, dass eine Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags einmal jährlich zum 30. Juni des Kalenderjahres beantragt werden kann; die Anpassung erfolgt zum 1. Januar des folgenden Kalenderjahres. Die Vorschriften zum Kapitalkostenaufschlag gehen damit von einer jährlichen Antragstellung aus, die jeweils die Anpassung der Erlösobergrenze des auf das Jahr der Antragstellung folgenden Kalenderjahres um die in diesem Jahr (voraussichtlich) entstehenden Kapitalkosten ermöglichen soll (so auch OLG Naumburg; OLG Schleswig aaO). Dem widerspräche es, über einen mehrjährigen Zeitraum hinweg in den Kapitalkostenaufschlag auch noch solche Kapitalkosten miteinzubeziehen oder „nachzuholen“, die bereits in den Vorjahren angefallen sind. Die bereits in den Jahren 2016 und 2017 angefallenen Kapitalkosten können daher schon deshalb nicht in den für die Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 maßgeblichen Kapitalkostenaufschlag mit einfließen, weil der Ordnungsgeber das Instrument des Kapitalkostenaufschlags mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der

Anreizregulierungsverordnung vom 14.09.2016 neu geschaffen und - mit der Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV - explizit geregelt hat, dass eine darauf basierende Anpassung der Erlösobergrenze erstmalig zum 30.06.2017 (Gas) bzw. 30.06.2018 (Strom) - mithin für das erste Jahr der jeweiligen dritten Regulierungsperiode Gas/Strom - beantragt werden konnte (vgl. BR-Drs. 296/16 S. 49). Die von der Antragstellerin geäußerte Einschätzung, bei der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 6 Satz 1 ARegV handele sich um eine „reine Fristenregelung“, deren Wortlaut für eine „materielle Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 10a ARegV“ nichts hergibt, geht fehl. Eine rückwirkende Anwendung der Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag sieht die Anreizregulierungsverordnung weder grundsätzlich, noch bezogen auf die hier in Rede stehenden Kalenderjahre 2016 und 2017 - zwischen Inkrafttreten der Novelle und dem Beginn der dritten Regulierungsperiode - vor.

1.2.2 Gegen die zusätzliche Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 bei dem Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2018 spricht auch die Begründung des Verordnungsgebers zu dem von ihm vorgenommenen Systemwechsel.

Wie gleich an mehreren Stellen in der Verordnungsbegründung hervorgehoben wird, sollte die zeitliche Zäsur und mit ihr der Systemwechsel vom Budgetansatz zum Kapitalkostenabgleich (erst) zum Beginn der dritten Regulierungsperiode erfolgen (BR-Drs. 296/16 S. 20 f., 33). Bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode galt für Verteilernetzbetreiber, wie schon ausgeführt, grundsätzlich das Budgetprinzip mit den entsprechenden Instrumenten der bisherigen Regulierungssystematik. Danach war für Kapitalkosten aus Investitionen gerade keine anlagenscharfe Erstattung und keine „1:1-Refinanzierung“ vorgesehen. Dem Budgetprinzip war vielmehr die Refinanzierung von Ersatzinvestitionen während einer Regulierungsperiode über das für sie ermittelte Budget immanent (BR-Drs. 296/16 S. 20 f.; 13/19 S. 10). Folglich sind von dem Budget für die zweite Regulierungsperiode alle Ersatzinvestitionen aus der zweiten Regulierungsperiode, d. h. auch solche, die nach dem Basisjahr der nachfolgenden dritten Regulierungsperiode getätigt wurden, erfasst. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin liegt daher auch keine Refinanzierungslücke durch einen „Verlust“ der Jahresscheiben 2016 und 2017 vor. Kennzeichnend für das Budgetprinzip war u.a. der positive Sockeleffekt, der durch die Fixierung der Kapitalkosten auf das Basisjahr ohne Berücksichtigung des Wertverlusts oder des Umstands entstand, dass bestimmte

Anlagen in jeweiligen Regulierungsperiode das Ende ihrer wirtschaftlichen Lebensdauer erreichten. Ein „anlagenscharfer“ Ausgleich durch den positiven Sockeleffekt konnte auch deshalb nicht angelegt sein, weil in die positiven Sockel der ersten beiden Regulierungsperioden auch Kapitalkosten für Anlagen eingingen, die vor Beginn der Anreizregulierung aktiviert worden waren und für die sich zu keinem Zeitpunkt ein negativer Sockel gebildet hatte. Zudem hing die Eigenkapitalverzinsung vom Investitionszeitpunkt ab, so dass bezogen auf die einzelne Investition nicht in jedem Fall gewährleistet war, dass die gesamten effizienten Kosten irgendwann erlöst werden konnten. Dies zeigt sich insbesondere bei Investitionen in Wirtschaftsgüter mit kurzer Abschreibungsdauer. Wurde unmittelbar nach dem Basisjahr in ein kurzfristiges Gut etwa mit einer Abschreibungsdauer von fünf Jahren investiert, so gingen in die Erlösobergrenzen der maßgeblichen Regulierungsperiode nur noch die wegen der kurzen Abschreibungsdauer schon erheblich verminderten Kapitalkosten des Basisjahres ein. Zwar blieb der weitere Werteverzehr während der Regulierungsperiode unberücksichtigt, doch erfolgte durch die positiven Sockeleffekte – wiederum bezogen auf die einzelne Investition – nicht zwingend eine vollständige Kompensation der negativen Sockeleffekte. Dadurch kam es zu Über- wie auch zu Unterdeckungen. Der Wechsel zu einem System, in dem Investitionen des Verteilernetzbetreibers unter anlagenscharfer Betrachtung ohne Zeitverzug über Netzentgelte refinanziert werden, ist erst durch die für sie eingeführte neue Regulierungssystematik vorgesehen, die indes – wie sich zweifelsfrei aus der Verordnungsbegründung ergibt – erst ab der dritten Regulierungsperiode gelten sollte.

Nach der Verordnungsbegründung sollen die bisherigen Instrumente - Sockeleffekt, Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahmen für Investitionen in der Hochspannungsebene – zukünftig durch das einheitliche Instrument des Kapitalkostenaufschlags ersetzt werden (BR-Drs. 296/16 S. 20). Da die Verteilernetzbetreiber zukünftig ihre Investitionskosten und damit verbunden auch ihre übrigen Kapitalkosten ohne Zeitverzug über eine sofortige Anhebung ihrer Erlösobergrenze zurückverdienen können, ist der bisherige finanzielle Ausgleichsmechanismus – der Sockeleffekt – nicht mehr notwendig und sollen auch die sinkenden Kapitalkosten ab der dritten Regulierungsperiode ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze abgebildet werden (BR-Drs. 296/16 S. 33). (Allein) für die unter dem Kapitalkostenabgleich – d.h. ab Beginn der dritten Regulierungsperiode - getätigten Investitionen ist der Wegfall des positiven

Sockelbetrags zwingend, da die mit ihnen verbundenen Kosten direkt in die Erlösobergrenze eingehen, so dass die Netzbetreiber ohne Zeitverzug entsprechende Rückflüsse erhalten (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2017 S. 144).

1.2.3 Dementsprechend sieht die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV zur Abfederung individueller Härten aufgrund des Systemwechsels vor, dass der Kapitalkostenabzug auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die in dem Zeitraum vom 1.01.2007 bis 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden, in der dritten Regulierungsperiode noch nicht anzuwenden ist. Durch die vorübergehende Beibehaltung des bisherigen positiven Sockeleffekts soll der Systemübergang für Investitionen in die Strom- und Gasverteilernetze aus den ersten beiden Regulierungsperioden erleichtert werden (BR-Drs. 296/16 S. 49). Für diese soll aus Gründen des Vertrauensschutzes – beschränkt auf die im Zeitraum 1.01.2007 bis 31.12.2016 aktivierten Anlagegüter – der Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV keine Anwendung finden. Nach der Verordnungsbegründung ist die Refinanzierung dieser Investitionen zwar bereits über die Erlösobergrenzenbudgets und deren Anpassungen der ersten beiden Regulierungsperioden sowie die künftige Anerkennung der Kapitalkosten gesichert, so dass aus dem Systemwechsel grundsätzlich kein weiterer Anspruch auf einen Fortbestand des positiven Sockels folgt (BR-Drs. 296/16 S. 49). Um individuelle Härtefälle zu vermeiden, hat sich der Verordnungsgeber gleichwohl entschieden, den Sockeleffekt für eine Regulierungsperiode beizubehalten (kritisch dazu Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2017 S. 145). Es handelt sich um eine zeitlich begrenzte, unbürokratisch umzusetzende Übergangsregelung, die Härten aus dem Systemwechsel abfedern soll und die einen – pauschalen - Ausgleich zwischen dem Schutz getätigter Investitionen und den Interessen der Netzkunden darstellt (vgl. Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 19/6222 S. 12). Der Verordnungsgeber hat damit dem – von der Antragstellerin wiederholt hervorgehobenen - Umstand Rechnung getragen, dass sich anderenfalls für Altinvestitionen eine Beseitigung des positiven Sockeleffekts infolge der bereits eingetretenen negativen Sockeleffekte nachteilig auswirken könnte (ausführlich dazu Bündenbender, N&R Beilage 2/2018, 20 ff., 33; Stelter, EnWZ 2017, 147, 149). Die dritte Regulierungsperiode stellt aufgrund dieser „politischen Kompromisslösung“ (Monopolkommission aaO) eine Übergangsphase dar, die im Ergebnis zugunsten der Verteilernetzbetreiber wirkt, denn diese profitieren bereits ab der dritten

Regulierungsperiode vom neuen Instrument des Kapitalkostenaufschlags, während der Kapitalkostenabzug nur sehr eingeschränkt gilt und - hinsichtlich der Investitionen der Jahre 2007 bis 2016 - aufgrund der Übergangsvorschrift noch die positiven Sockeleffekte nach dem vorherigen Budgetprinzip fortwirken (Meinzenbach in: BerlKomm EnR, 4. A. (2018), § 6 ARegV Rn. 37, Rn. 52). Dadurch sind etwaige negative Auswirkungen der Novelle entschärft worden (Booz, RdE 2018, 63, 68). Der Bundesrat hat zudem in seiner Sitzung vom 8.07.2016 die EntschlieÙung gefasst, die Bundesregierung um Prüfung zu bitten, ob die Übergangsregelung auf die vierte Regulierungsperiode auszudehnen ist, um eine vollständige Refinanzierung effizienter Investitionen zu gewährleisten. Die Ergebnisse dieser Prüfung sollen so rechtzeitig vorgelegt werden, dass die Entscheidung über eine Verlängerung vor Beginn der vierten Regulierungsperiode möglich bleibt (BR-Drs. 296/16 (Beschluss) S. 18; für eine Verlängerung des „Übergangssockels“ plädierend Bündenbender/Pedell, N&R Beilage 2/2018, 1 ff., 20 ff.; ET 2018 Heft 10, 81 ff.).

Nichts anderes kann daraus folgen, dass die Übergangsregelung sich nicht auch auf Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 erstreckt. Nur die im Zeitraum vom 1.01.2007 bis zum 31.12.2016 aktivierten Anlagengüter werden im Basisjahr (2015 Gas/2016 Strom) und damit im Ausgangsniveau der jeweiligen Erlösobergrenze der dritten Regulierungsperiode erfasst und unterliegen daher überhaupt dem Kapitalkostenabzug. Da hingegen die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 nach dem Basisjahr entstanden sind und nicht im Ausgangsniveau der Erlösobergrenzen der dritten Regulierungsperiode (hier des Jahres 2018 Gas) enthalten sein können, unterfallen sie für die Dauer der dritten Regulierungsperiode nicht dem Kapitalkostenabzug (§ 6 Abs. 3 Satz 5 ARegV), sondern werden investitionsscharf durch den Kapitalkostenaufschlag berücksichtigt. Daher bestand schon keine Notwendigkeit, die Übergangsregelung auf sie zu erstrecken. Folglich lässt sich auch daraus nicht ableiten, dass Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 beim Kapitalkostenaufschlag des Jahres 2018 Berücksichtigung finden müssten. Eine Ausweitung der Übergangsregelung war nach der Auffassung des Ordnungsgebers weder in zeitlicher Hinsicht noch hinsichtlich weiterer Anlagen erforderlich, da sie zu einer ungerechtfertigten Mehrbelastung der Netznutzer führen würde (BR-Drs. 296/16 S. 49).

1.2.4 Auch durch die in § 34 Abs. 7 ARegV enthaltenen Übergangsregelungen wird bestätigt, dass bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode eine Refinanzierung von Kapitalkosten aus Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen aus dem positiven Sockeleffekt (für Ersatzinvestitionen), über den Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahmen (für Erweiterungsinvestitionen) vorgesehen ist. Ein Gleichlauf der Instrumente mit dem Kapitalkostenaufschlag war nicht beabsichtigt, denn dieser sollte, wie schon ausgeführt, die genannten bisherigen Instrumente - als einheitliches Instrument - ersetzen (BR-Drs. 296/16 S. 20). Hätte der Verordnungsgeber abweichend davon – wie die Antragstellerin meint - beabsichtigt, dass *zusätzlich* zur Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags für Kapitalkosten des ersten Jahres der dritten Regulierungsperiode auch für Kapitalkosten der letzten beiden Jahre der zweiten Regulierungsperiode – also nach Basisjahr – ein Aufschlag nach Maßgabe des neuen Instruments beantragt und genehmigt werden können sollte, hätte es dazu einer positiven Regelung bedurft. Daran fehlt es.

Nach § 34 Abs. 7 ARegV sind der Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV und die Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 und 7 ARegV für Verteilernetzbetreiber ab der dritten Regulierungsperiode nicht mehr anzuwenden, da für diese – anders als für Übertragungsnetzbetreiber - das neue Instrument des Kapitalkostenaufschlags greift (vgl. Meinzenbach in: BerlKomm EnR, 4. A. (2018), § 4 ARegV Rn. 33). Daraus folgt zugleich, dass bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode – d.h. auch für die Jahre 2016 und 2017 – Kapitalkosten aus Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen nach der alten Systematik der Anreizregulierungsverordnung aus dem positiven Sockeleffekt (Ersatzinvestitionen) und über Anträge auf Genehmigung von Erweiterungsfaktoren und Investitionsmaßnahmen (Erweiterungsinvestitionen) refinanziert werden konnten. Die Wirksamkeit von über die zweite Regulierungsperiode hinaus nach § 23 Abs. 6 oder Abs. 7 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen – die auch Investitionen der Jahre 2016 und 2017 erfassen – endet mit Ablauf der dritten Regulierungsperiode (§ 34 Abs. 7 Satz 2 ARegV). Sie wirken mithin fort, wenn sich der Netzbetreiber nicht für einen früheren Wechsel in den Kapitalkostenaufschlag entscheidet (§ 34 Abs. 7 Satz 5 ARegV).

1.3 Schließlich stehen auch Sinn und Zweck der regulatorischen Vorschriften der von der Antragstellerin geforderten Einbeziehung von Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag des Jahres 2018 entgegen.

Dem eingangs beschriebenen Willen des Verordnungsgebers, den Systemwechsel vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich ab der dritten Regulierungsperiode zu vollziehen und künftig Kapitalkosten umgehend und ohne Zeitverzug in den Erlösobergrenzen abzubilden, liefe es zuwider, wenn in den Kapitalkostenaufschlag des jeweiligen Jahres über einen mehrjährigen Zeitraum auch noch Kapitalkosten der Vorjahre einbezogen würden. Durch den Systemwechsel entsteht auch keine „Refinanzierungslücke“ von zwei Jahresscheiben, da das Budgetprinzip nahtlos bis zu dem Systemwechsel ab der dritten Regulierungsperiode fort gilt und im Übrigen zur Abfederung individueller Härtefälle die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV vorgesehen ist.

Das „Nachholen“ der Jahresscheiben 2016 und 2017 ist nach dem Willen des Verordnungsgebers weder vorgesehen, noch ist die Nichtberücksichtigung von Kapitalkosten in den beiden Jahren nach dem Basisjahr - entgegen der von der Antragstellerin vortragenen Ansicht - „systemimmanent“. Insoweit verkennt die Antragstellerin, dass die Verteilernetzbetreiber – in dem dann eingeschwungenen System – etwa in der dritten Regulierungsperiode ohne weiteres (auch) für Kapitalkosten aus Investitionen nach dem nächsten Basisjahr (2020) Anträge auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags in den Jahren 2021 und 2022 stellen können, um eine Anpassung der Erlösobergrenzen ab 2021 zu erreichen.

Der Kapitalkostenaufschlag stellt nach alledem ein neues Finanzierungsinstrument dar, das für ab der dritten Regulierungsperiode anfallende Kapitalkosten – in Umsetzung der Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag – zu einer Besserstellung der Verteilernetzbetreiber führt, weil es den zeitlichen Versatz von bis zu sieben Jahren zwischen Investitionszeitpunkt und Erlöswirksamkeit der daraus resultierenden Kapitalkosten beseitigt und dadurch eine zeitnahe Refinanzierung von Investitionen ermöglicht. Die Umstellung auf die neue Regulierungssystematik war eindeutig erst zum Beginn der dritten Regulierungsperiode vorgesehen; bis dahin galten das

Budgetprinzip und die danach vorgesehenen Instrumente (Sockeleffekt, Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahmen). Bezogen auf Altinvestitionen, die in die Erlösobergrenze einfließen und die daher dem Kapitalkostenabzug unterliegen, ist für die Dauer der dritten Regulierungsperiode eine Übergangsregelung vorgesehen. Dadurch ist ein pauschaler Ausgleich für etwaige Renditeeinbußen durch den Systemwechsel zur dritten Regulierungsperiode zur Vermeidung individueller Härtefälle geschaffen worden, da für diese Altinvestitionen der Wegfall des Sockeleffekts abgemildert wird. Eine Ausdehnung der Übergangsregelung auf Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 ist weder erforderlich, noch entspricht sie dem Willen des Verordnungsgebers.

1.4 Für eine analoge Anwendung der Vorschriften zum Kapitalkostenaufschlag ist kein Raum, weil es an der dafür vorausgesetzten Regelungslücke fehlt.

Wie schon ausgeführt, entsteht aufgrund des mit der Neuregelung verbundenen Wechsels von Instrumenten zur Förderung von Investitionen keine Lücke bei der Anerkennung von Investitionskosten; ein Verstoß gegen das Gebot der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG liegt nicht vor. Vielmehr würde die von der Antragstellerin geforderte Berücksichtigung der Jahresscheiben 2016 und 2017 zu einer Doppelberücksichtigung der Kosten führen.

1.4.1 Eine entsprechende Anwendung des § 10a ARegV auf die Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 käme nur dann in Betracht, wenn aufgrund des Systemwechsels eine Lücke bei der Anerkennung von Kosten aufträte, indem das eine Instrument nicht mehr und das andere noch nicht angewandt werden kann (vgl. BGH, Beschluss v. 12.06.2018, EnVR 31/17 Rn. 20, EnWZ 2018, 357 ff. „DB Energie GmbH“). Diese Voraussetzungen für eine Regelungslücke liegen für keinen Investitionstypus vor.

Ersatzinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 wurden, wie schon ausgeführt, bis zum Ende der zweiten Regulierungsperiode durch den Budgetansatz abgebildet. Insbesondere standen den Netzbetreibern – nach gebotener netzbezogener Betrachtung - durch das Festschreiben der Kapitalkosten auf die vorangegangenen Basisjahre positive Sockelbeträge zur Verfügung. Die Annahme, im Hinblick auf die Kapitalkosten aus

in den Jahren 2016 und 2017 aktivierten Neuinvestitionen verbleibe ein negativer Sockeleffekt in Gestalt „fehlender“ Jahresscheiben und es komme mangels Ausgleichs durch einen positiven Sockeleffekt zu einer Schlechterstellung, beruht auf der unrichtigen Prämisse, dass in der bisherigen Systematik eine anlagenscharfe Betrachtung angelegt war. Ersatzinvestitionen, die ab 2018 aktiviert worden sind, gehen vollumfänglich in den Kapitalkostenaufschlag ein. Nach alledem ist eine durch den Systemwechsel bedingte Schlechterstellung der Netzbetreiber nicht ersichtlich. Eine Einbeziehung der Jahresscheiben 2016 und 2017 in den Kapitalkostenaufschlag würde bezogen auf Ersatzinvestitionen einen strukturellen Vorteil generieren, indem zusätzlich zu dem Budget, das zur Deckung der Kosten dieser Jahre zur Verfügung stand, ein Kapitalkostenaufschlag gewährt würde.

Für Erweiterungsinvestitionen, die bis zum 30.06.2016 zu einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV geführt hatten, konnte gemäß § 4 Abs. 4 Satz 4 ARegV bis zum 30.06.2016 die Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2017 durch einen Erweiterungsfaktor beantragt werden. Für Erweiterungsinvestitionen nach dem 30.06.2016 hätte erst zum 30.06.2017 ein Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 aufgrund des Erweiterungsfaktors gestellt werden können. Diese scheidet nach dem Systemwechsel zwar aus, denn nach § 34 Abs. 7 ARegV kann ab dem 1.01.2018 eine Anpassung der Erlösobergrenzen über das Instrument des Erweiterungsfaktors nicht mehr vorgenommen werden. Gleichwohl führt der Systemwechsel im Hinblick auf diese Investitionen nicht zu einer strukturellen Verschlechterung der regulatorischen Bedingungen, da nunmehr eine Anpassung der Erlösobergrenze des Jahres 2018 um die konkreten Kapitalkosten – statt um geschätzte erweiterungsbedingte Zusatzkosten – vorgesehen ist. Angesichts dessen ist nicht feststellbar, dass Netzbetreiber mit Blick auf Investitionen nach dem 30.06.2016, die unter der Fortgeltung des bisherigen Regimes erweiterungsfaktorfähig gewesen wären, durch den Systemwechsel schlechter gestellt würden.

Für bereits genehmigte Investitionsmaßnahmen sieht die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 7 ARegV vor, dass diese mit Ablauf der dritten Regulierungsperiode enden, es sei denn, der Verteilernetzbetreiber entscheidet sich für einen früheren Wechsel in den Kapitalkostenaufschlag. Dann enden die genehmigten Investitionsmaßnahmen (bereits) mit Ablauf der zweiten Regulierungsperiode. Somit wird durch § 34 Abs. 4

Satz 7 ARegV ein nahtloser Übergang zwischen den Instrumentarien gewährleistet und zugleich verhindert, dass es zu einer Doppelerfassung von Kapitalkosten einerseits durch das Instrument der Investitionsmaßnahme und andererseits durch den Kapitalkostenaufschlag kommen kann. Für Investitionen in den streitgegenständlichen Jahren 2016 und 2017 konnten bis zum 31.03.2015 bzw. 31.03.2016 beantragte Investitionsmaßnahmen mit Wirkung zum 1.01.2016 bzw. 1.01.2017 bewilligt werden. Kapitalkosten dieser Jahre wurden demnach bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen vollständig von dem Instrument der Investitionsmaßnahme erfasst.

Nach alledem unterfallen Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 noch der alten Systematik der Anreizregulierungsverordnung, d. h. dem seinerzeit für Verteilernetzbetreiber geltenden Budgetprinzip. Danach war ein investitionsscharfer, zeitnaher Kapitalrückfluss nicht vorgesehen, sondern die Investitionskosten waren – mit ggf. einhergehenden Über- und Unterdeckungen - insgesamt aus dem zur Verfügung stehenden Budget und den Instrumenten des Erweiterungsfaktors und der Investitionsmaßnahme zu decken. Eine durch den Systemwechsel bedingte Refinanzierungslücke liegt daher nicht vor. Im Übrigen wäre diese auch nicht planwidrig, da für die Dauer der dritten Regulierungsperiode bezogen auf Altinvestitionen, die in die Erlösobergrenze einfließen und die daher dem Kapitalkostenabzug unterliegen, eine Übergangsregelung als Ausgleich für etwaige Renditeeinbußen durch den Wegfall des Sockeleffekts geschaffen wurde. Eine Ausweitung dieser Übergangslösung war vom Ordnungsgeber nicht gewollt, da sie zu einer ungerechtfertigten Mehrbelastung der Netzkunden führen würde (BR-Drs. 296/16 S. 49).

Danach muss der Einwand ohne Erfolg bleiben, der Wegfall der positiven Sockeleffekte ab der dritten Regulierungsperiode führe zu einer „substantiellen Entwertung“ der in der ersten und zweiten Regulierungsperiode getätigten Investitionen. Gleiches gilt für die – pauschal gebliebene – Behauptung der Antragstellerin, dass die Nichtberücksichtigung der Kapitalkosten 2016 und 2017 für die in den Jahren 2016 und 2017 getätigten Investitionen für sie zu einer Schlechterstellung gegenüber der bisherigen Rechtslage führen würde, da nach dem alten Regulierungssystem negative Sockeleffekte am Ende der Nutzungsdauer – langfristig - durch positive Sockeleffekte kompensiert worden seien. Für die Antragstellerin hätte jedenfalls nach dem alten

Regulierungsregime – unstreitig - keine zeitnahe Refinanzierungsmöglichkeit über eine Anpassung der Erlösobergrenze in Bezug auf Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 bestanden. Die beteiligte Bundesnetzagentur wendet angesichts dessen zu Recht ein, dass es ihr nicht um die Beseitigung einer Schlechterstellung geht, sondern darum, vorzeitig in den Genuss des ihr günstigeren Kapitalkostenaufschlags zu kommen. Entscheidend ist auch nicht die Frage, ob die Neuregelung der Verordnung für die Antragstellerin zu einer Besser- oder Schlechterstellung führt, denn es gilt im Rahmen von Ordnungsänderungen nicht das Prinzip der Meistbegünstigung (so auch OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 8.03.2017 – VI-3 Kart 170/15 (V) Rn. 49, EnWZ 2017, 322 ff., bestätigt durch BGH, Beschluss v. 12.06.2018 – EnVR 31/17, aaO).

1.4.2 Ungeachtet dessen scheidet eine analoge Anwendung deshalb aus, weil der Verordnungsgeber, wie schon ausgeführt, etwaigen Nachteilen der Netzbetreiber infolge des Wegfalls der positiven Sockeleffekte durch die in der dritten Regulierungsperiode wirkende Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV Rechnung getragen hat, deren Ausdehnung noch geprüft wird. Daneben hat er eine Übergangsregelung hinsichtlich der Wirkung von über die zweite Regulierungsperiode hinaus genehmigten Investitionsmaßnahmen vorgesehen. Ab Beginn der dritten Regulierungsperiode erfolgt ein investitionsschärferer und zeitnaher Ausgleich sämtlicher Kapitalkosten der Netzbetreiber über das Instrument des Kapitalkostenaufschlags. Nach alledem würde es auch an einer Planwidrigkeit der vermeintlichen Regelungslücke fehlen. Dass die Netzbetreiber durch den Systemwechsel strukturell schlechter gestellt würden, ist nicht ersichtlich.

1.4.3 Die hier in Rede stehende Konstellation ist danach auch nicht vergleichbar mit der, die den Beschlüssen des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20.09.2017 (VI-3 Kart 38/16 (V), RdE 2018, 87 ff.) und vom 18.05.2016 (VI-3 Kart 174/14 (V), RdE 2016, 474 ff.) zugrunde lag. Die dort getätigten Investitionen wurden – anders als hier - von keinem der in Betracht kommenden Finanzierungsinstrumente erfasst. Daher lag dort – aufgrund fehlender Übergangsregelung – eine durch den Systemwechsel bedingte Schlechterstellung der Netzbetreiber in Bezug auf jene Kosten vor, die weder dem Erweiterungsfaktor noch der Investitionsmaßnahme unterfielen.

1.4.4 Die Erwägungen des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 28.06.2011 (EnVR 48/10 Rn. 55, RdE 2011, 308 ff. „EnBW Regional AG“) sind ebenfalls nicht einschlägig. Der dort zugrunde liegende, generelle Anwendungsbereich des Erweiterungsfaktors bei dem Übergang von der Kosten- zur Anreizregulierung lässt sich nicht mit einer Novellierung innerhalb des Systems der Anreizregulierung vergleichen. Insbesondere sieht § 34 Abs. 5 ARegV, wie schon ausgeführt, eine Übergangsregelung zur Abfederung etwaiger Härten aus dem Systemwechsel vor. Es besteht daher – anders als in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellation – kein Anlass, die in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten so zu behandeln, als seien sie im Jahr 2018 angefallen.

2. Dem Grunde nach zutreffend hat die Landesregulierungsbehörde ihrer Berechnung des Kapitalkostenaufschlags überdies die von der Bundesnetzagentur für die dritte Regulierungsperiode festgelegten Eigenkapitalzinssätze zugrunde gelegt.

Der Wortlaut des § 10a Abs. 7 Satz 2 und 3 ARegV („im Basisjahr geltend“) lässt zwar auf den ersten Blick sowohl möglich erscheinen, dass für die Höhe des EK I-Zinssatzes die – seinerzeit durch die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011 (BK4-11-304) – noch für die zweite Regulierungsperiode vorgegebenen als auch – wie die Landesregulierungsbehörde und die beteiligte Bundesnetzagentur übereinstimmend geltend machen - die im Basisjahr für die Berechnung der Erlösobergrenzen der nächsten Regulierungsperiode geltenden Zinssätze anzuwenden sind. Sinn und Zweck sprechen indes für letzteres Verständnis, denn anderenfalls würden in der jeweiligen Regulierungsperiode unterschiedliche Zinssätze gelten für die Verzinsung derjenigen Investitionen, die schon über das Basisjahr in das ermittelte Ausgangsniveau und damit in die Erlösobergrenze eingeflossen sind und für die jetzt erstmals refinanzierbaren Kapitalkosten aus nach dem Basisjahr vorgenommenen Investitionen, die zu einem Aufschlag auf diese Erlösobergrenze führen sollen. Ein derartiges Ergebnis kann nicht gewollt sein; es wäre inkonsistent mit Blick auf den auch in der Verordnungsbegründung hervorgehobenen Gleichlauf der Instrumente.

Im Einklang mit dieser Auslegung haben nicht nur alle Regulierungsbehörden für die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags für das Jahr 2018 den für die dritte Regulierungsperiode festgelegten EK I-Zinssatz angewandt; auch die Netzbetreiber -

von einzelnen abgesehen - haben dies im Ansatz im Verwaltungsverfahren nicht beanstandet, sondern allein die Höhe des von der Bundesnetzagentur für die dritte Regulierungsperiode festgelegten Zinssatzes als unangemessen angesehen. Ebenso haben das Oberlandesgericht Naumburg und das Oberlandesgericht Schleswig (jeweils aaO) diese Praxis gebilligt. Schließlich geht auch die Kommentarliteratur einhellig von einer Anwendung des für die dritte Regulierungsperiode festgesetzten EK I-Zinssatzes aus (Fabritius/Zöckler in: Elspach/Grasman/Raspach, EnWG, § 10a Rn. 13; Heuser in: Holznagel/Schütz, ARegR, 2. A. (im Ersch. begr.), § 10a Rn. 32; Säcker/Behringer, § 10a Rn. 45).

Mittlerweile ist eine redaktionelle Klarstellung der Sätze 2 und 3 des § 10a Abs. 7 ARegV dahingehend beabsichtigt, dass die „für die jeweilige Regulierungsperiode“ geltenden Zinssätze anzuwenden sind (vgl. BR-Drs. 13/19, Art. 2 Nr. 3 S. 4, Begr. zu Art. 2 Nr. 3 S. 21). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Berücksichtigung von Redaktionsversehen bestehen keine Bedenken, dies im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschlüsse v. 14.08.2008 – KVR 39/07 Rn. 52 f., RdE 2008, 323 ff. „Vattenfall“ (doppelte Deckelung); v. 3.03.2009 – EnVR 79/07 Rn. 7 ff., RdE 2010, 19 ff. „SWU Netze“ (betriebsnotwendiges Umlaufvermögen); v. 18.10.2011 – EnVR 13/10 Rn. 18 ff., RdE 2012, 389 ff. „PVU Energienetze GmbH“ (keine Anwendung § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV); v. 31.01.2012 – EnVR 10/10 Rn. 12, juris und EnVR 31/10 Rn. 22, RdE 2012, 2009 ff. „Stadtwerke Freudenstadt I“ (§ 9 Abs. 2 ARegV, Wörter „vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt“ fehlen).

Der Senat ist aufgrund der u.a. zu den Aktenzeichen EnVR 30/18, 40/18, 48/18 und 56/18 beim Bundesgerichtshof anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren zur Rechtmäßigkeit der Höhe der in der Festlegung der Beschlusskammer 4 vom 5.10.2016 (BK 4-16-161) - mit 6,91 % für Neuanlagen und 5,12 % für Altanlagen – festgelegten Zinssätze nicht an einer Entscheidung gehindert. Die Landesregulierungsbehörde hat im Termin eine Anpassung des EK I-Zinssatzes für den Fall zugesagt, dass in dem von der Antragstellerin gegen die Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 5.10.2016 (BK4-16-161) bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Beschwerdeverfahren VI-3 Kart 997/16 (V) oder in einem der beim 3. Kartellsenat anhängig gewesenen Musterverfahren VI-3 Kart

148/16 (V), VI-3 Kart 335/16 (V), VI-3 Kart 466/16 (V), VI-3 Kart 549 /16 (V) u.a. bzw. in entsprechenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof (EnVR 30/18, 40/18, 48/18 und 56/18 u.a.) zu Gunsten des jeweiligen Beschwerdeführers eine rechtskräftige Entscheidung ergeht.

Nach alledem ist für die von der Antragstellerin beehrte Berücksichtigung der in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten kein Raum. Ihre Einwendungen stellen letztlich eine Kritik am Verordnungsgeber dar. Auch die von der Landesregulierungsbehörde herangezogenen Zinssätze sind nicht zu beanstanden. Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Antragstellerin die Gerichtskosten zu tragen und der Landesregulierungsbehörde die notwendigen Auslagen zu erstatten. Desweiteren entspricht es nach dem Verfahrensausgang billigem Ermessen, ihr die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen, die sich aktiv an dem Beschwerdeverfahren beteiligt und dabei den zutreffenden Standpunkt der Landesregulierungsbehörde eingenommen hat.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde gegen den Bescheid verbundene Interesse der Antragstellerin an einer höheren Anpassung der Erlösobergrenze bemisst der Senat nach den Angaben in der Beschwerdebegründung und der Berechnung der Landesregulierungsbehörde mit ... €. Davon entfallen ... € auf den Abzug der in den Jahren 2016 und 2017 angefallenen Kapitalkosten einschließlich des in Ansatz gebrachten Eigenkapitalzinssatzes; ... € resultieren aus dem für die Anpassung in Ansatz gebrachten Eigenkapitalzinssatz der im Jahr 2018 entstandenen Kapitalkosten.

3. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen die Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Fortbildung des Rechts eine

Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, 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 abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

