



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 20.05.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterinnen am Oberlandesgericht Klein Reesink und Pastohr

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 27.05.2019 (Az.: BK8-17/1002-11) wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung notwendigen Kosten der Beschwerdeführerin trägt die Bundesnetzagentur.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt das Stromverteilernetz in ... und Umgebung.

Am 29.06.2010 beantragte sie die Genehmigung eines Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 6 ARegV für das Projekt Die Bundesnetzagentur lehnte die Genehmigung mit Beschluss vom 18.07.2011 (Az. BK4-10-110) ab. Hiergegen wandte sich die Beschwerdeführerin erfolgreich mit ihrer Beschwerde beim erkennenden Senat, der mit Beschluss vom 05.09.2012 (VI-3 Kart 58/11 (V)) die Genehmigungsfähigkeit des Projektes bejahte. Mit Beschluss vom 21.03.2014 (Az. BK4-10-110A01) genehmigte die Bundesnetzagentur den Antrag der Beschwerdeführerin, allerdings wegen der zwischenzeitlichen Änderung der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) als Investitionsmaßnahme mit einem Ersatzanteil in Höhe von ... % der Anschaffungs- und Herstellungskosten.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 27.05.2019 (Az.: BK8-17/1002-11, Anlage Bf 1), hat die Bundesnetzagentur die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode (2019 bis 2023) festgelegt. Dabei hat sie bei der Berechnung des Kapitalkostenabzugs auch den Ersatzanteil beim Kapitalkostenabzug berücksichtigt und zur Begründung ausgeführt, dieser sei von § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV erfasst. Die Übergangsvorschrift stelle auf die vollständigen Anschaffungs- und Herstellungskosten ab, die aus den Investitionsmaßnahmen resultierten, somit also auf die vollständigen handelsrechtlichen Werte, die auch Basis für den Kapitalkostenabzug seien. Eine Verringerung dieser Werte durch den Ersatzanteil erfolge nicht. Zudem hat sie Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die in dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2016 entstanden sind, für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf den kalkulatorischen Restwert des Basisjahrs fixiert. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sachlich handele es sich hierbei um Kapitalkostenbestandteile. Es entspreche Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die Kapitalkosteneffekte von Neuinvestitionen vollumfänglich vom Kapitalkostenabzug auszunehmen. Eine Ungleichbehandlung positiver und negativer Kostenbestandteile sei ökonomisch nicht begründbar.

Seit der Novellierung der Anreizregulierungsverordnung im Jahr 2016 (2. Verordnung zur Änderung der ARegV mit Wirkung zum 17.09.2016 (BGBl. I, 2147)) gilt der sogenannte Kapitalkostenabgleich, der durch die Beseitigung der bisherigen systemimmanenten negativen wie positiven Sockeleffekte eine Abkehr von dem basisjahrorientierten Budgetansatz darstellt. Zur Erleichterung des Systemübergangs vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich für Investitionen aus den ersten beiden Regulierungsperioden hat der Ordnungsgeber die Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 ARegV eingefügt. In der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 296/16, S. 49) heißt es hierzu:

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

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

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

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

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

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

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 27.05.2019. Sie ist der Ansicht, dass die seitens der Bundesnetzagentur vorgenommene Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge aus dem Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2016 auf die Restwerte des Basisjahres rechtswidrig sei, da diese von der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV nicht erfasst würden. Vielmehr hätte die Auflösung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge im Kapitalkostenabzug schon in der 3. Regulierungsperiode berücksichtigt werden müssen.

Gegen eine Fixierung der streitgegenständlichen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge spreche bereits der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV. Die Regelung stelle nur auf die getätigten Investitionen ab, so dass eine Fixierung allein für die aus den Investitionen folgenden Kapitalkosten erfolgen dürfe. Demgemäß betone auch die Verordnungsbegründung, dass die Übergangsregelung nur für die genannten (Sach-)Anlagegüter gelte.

Auch eine systematische Betrachtung zeige, dass die Einbeziehung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge unzutreffend sei. Baukostenzuschüsse würden nicht auf konkrete Investitionen bezogen und könnten auch pauschal berech-

net werden, so dass kein direkter Zusammenhang mit konkreten Investitionen und damit auch nicht zu bestimmten Aktivierungsjahren bestehe. Ähnliches gelte für Netzananschlusskostenbeiträge.

Der Versuch der Bundesnetzagentur, mittels eines Rückschlusses aus § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV Baukostenzuschüsse und Netzananschlusskostenbeiträge sachlich als Kapitalkostenbestandteile einzuordnen, gehe fehl. § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV finde gerade keine Anwendung, so dass es unerheblich sei, wie der Kapitalkostenabzug hypothetisch zu berechnen wäre.

Baukostenzuschüsse und Netzananschlusskostenbeiträge könnten auch nicht auf der Grundlage „ökonomischer“ Überlegungen als Kapitalkostenbestandteile bewertet werden. Eine Auslegung von Normen unter ökonomischen Gesichtspunkten oder Erwägungen zu einer „sachlichen Schlüssigkeit“ sei unzulässig, einen derartigen Entscheidungsspielraum sehe § 34 Abs. 5 ARegV nicht vor. Der Verordnungsgeber habe gezielt die Interessen der Netzbetreiber im Blick gehabt, eine Auslegung des § 34 Abs. 5 ARegV zulasten der Netzbetreiber über den Wortlaut hinaus verbiete sich deshalb. Eine konsequente Anwendung des § 34 Abs. 5 ARegV sei umso wichtiger, als die einmalige Anwendung des Sockeleffekts in der 3. Regulierungsperiode auch ohne Einfrieren der Baukostenzuschüsse und Netzananschlusskostenbeiträge den Nachteil aus der Regulierungsänderung nicht ausgleiche.

Es überzeuge nicht, dass die Bundesnetzagentur aus dem systematischen Zusammenhang zwischen dem Kapitalkostenaufschlag und dem Kapitalkostenabzug in Bezug auf Baukostenzuschüsse und Netzananschlusskostenbeiträge auch einen Zusammenhang zwischen der Übergangsregelung und den Elementen des Kapitalkostenabgleichs herstelle. Insoweit verkenne die Bundesnetzagentur, dass eine einseitige systematische Zuordnung zum neuen Recht mit der Stellung von Übergangsnormen zwischen zwei Rechtssystemen unvereinbar sei. Wie mit Baukostenzuschüssen und Netzananschlusskostenbeiträgen in der Übergangszeit umzugehen sei, könne nicht aus einem vermeintlichen systematischen Zusammenhang zwischen der Übergangsnorm und dem neuen Recht des Kapitalkostenabgleichs hergeleitet werden.

Des Weiteren verkenne die Annahme der Bundesnetzagentur, dass § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV auch Ersatzinvestitionen erfasse, die Regelungssystematik des § 23 ARegV, der den Begriff der „Investition“ im Sinne des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV definiere. Durch

den Verweis auf § 23 Abs. 6 ARegV werde dessen semantische Unterscheidung zwischen Ersatzinvestitionen einerseits und Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen andererseits vollständig übernommen. Seit Bestehen der ARegV würden alle Investitionsmaßnahmen ausschließlich für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen genehmigt. Ersatzinvestitionen seien von der Genehmigung eines Investitionsbudgets oder einer Investitionsmaßnahme im Umkehrschluss explizit ausgeschlossen. Dies gelte auch dann, wenn die Ersatzinvestition Teil der Investitionsmaßnahme sei. Begrifflich werde eindeutig zwischen der „genehmigten Investitionsmaßnahme“ und den „Investitionen, für die eine solche Maßnahme genehmigt werde“ unterschieden.

Einer Einbeziehung von Ersatzinvestitionen in den Anwendungsbereich von § 23 Abs. 6 und 7 ARegV stehe Sinn und Zweck der Regelung entgegen. Mit § 23 ARegV erreiche der Verordnungsgeber die gezielte Refinanzierung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen unabhängig von der allgemeinen Erlösobergrenze, während die Refinanzierung von Ersatzinvestitionen ausschließlich über das laufende Budget erfolgen solle, und zwar unabhängig davon, ob die Ersatzinvestitionen allein oder zusammen mit Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen getätigt werden. Der Verordnungsgeber verlange in diesem Fall eine klare Abgrenzung von Ersatzinvestitionen und Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen etwa anhand einer prozentualen Aufteilung des jeweiligen Investitionsvorhabens. An diesem Grundverständnis sei weder durch die Umbenennung des Investitionsbudgets in Investitionsmaßnahme noch durch die Einführung des § 23 Abs. 2b ARegV etwas geändert worden. Der Bundesgerichtshof habe lediglich entschieden, dass eine Maßnahme, die sowohl als Ersatz- als auch Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition zu qualifizieren sei, nach § 23 ARegV genehmigungsfähig und als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsmaßnahme anzusehen sei, nicht aber, dass der Ersatzanteil als Ersatzinvestition nunmehr von der Genehmigung erfasst werde. Den Willen des Verordnungsgebers, dass für Ersatzinvestitionen keine Investitionsbudgets genehmigt werden, habe er erkennbar nicht in Frage stellen wollen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs werde durch den Verordnungsgeber mit Einführung des § 23 Abs. 2b ARegV bestätigt. Ausweislich der Verordnungsbegründung wolle auch der Verordnungsgeber verhindern, dass die Preissteigerung des Ersatzanteils Teil der Investitionsmaßnahmengenehmigung nach § 23 ARegV werde. Dafür, dass der Ersatzanteil gemäß § 23 Abs. 2b ARegV ebenfalls von § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV umfasst sein solle, gebe es keine Anhaltspunkte.

Auch die historische Auslegung der Übergangsvorschrift spreche gegen die Auslegung der Bundesnetzagentur, da § 34 Abs. 5 ARegV ursprünglich hätte klarstellen sollen, dass die Auflösung nach § 23 Abs. 2a ARegV trotz Bildung des Übergangssockels fortgeführt werden sollte. Zu den nach § 23 Abs. 2a ARegV weiterhin aufgelösten Investitionen gehörten nur die Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen, nicht auch die Ersatzinvestitionen. Da nach dem Willen des Ordnungsgebers die Folgen des Übergangs vom System des Budgetansatzes zum System des Kapitalkostenausgleichs pauschal über die Beibehaltung des positiven Sockeleffekts in der Zwischenphase abgemildert würden und alle Ersatzinvestitionen zum bisherigen positiven Sockel gezählt hätten, sei die von § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV getroffene Abgrenzung folgerichtig.

Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift spreche ebenfalls dafür, dass Ersatzanteile zum Übergangssockel gehörten. Das maßgebliche Ziel der als Ausnahmegesetz eng auszulegenden Übergangsvorschrift, dass Netzbetreiber Investitionen nicht doppelt erhalten, werde erreicht. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass Ersatzinvestitionen, die über den positiven Sockel refinanziert würden, aus dem positiven Übergangssockel ausgenommen werden sollten. Bei „Ausklammerung“ der Ersatzanteile würde der positive Sockeleffekt nur teilweise beibehalten und damit Nachteile aufrechterhalten, die über § 34 Abs. 5 ARegV eigentlich kompensiert werden sollten. Der Ersatzanteil der Investitionsmaßnahme aus dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.03.2014 – Investitionsausgabe in 2012 – werde erst mit Beantragung im Basisjahr 2016 und somit erst zum Start der 3. Regulierungsperiode erlöswirksam, also mit einem Zeitverzug von sieben Jahren. Der Ersatzanteil sei von der Änderung der Systematik der Anreizregulierung voll betroffen, da zum Ende der Nutzungsdauer die Kapitalkosten ebenfalls ausliefen und nicht mehr nachwirkten. Der Verweis auf einen etwaigen Verwaltungsmehraufwand könne nicht zu einer anderen Auslegung eines ausdrücklichen Anwendungsbefehls der Übergangsnorm führen.

Schließlich würde die Sichtweise der Bundesnetzagentur zu einer unterschiedlichen Behandlung von Investitionsbudgets und Investitionsmaßnahmen führen, die nicht beabsichtigt sein könne. Investitionsbudgets wären zweifelsfrei ohne Ersatzanteile genehmigt worden. Es finde sich in § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV und dessen Verordnungsbeurteilung keinerlei Anhaltspunkt für eine solche Ungleichbehandlung. Zudem sei sie unververtretbar, wenn – wie im Streitfall – die Genehmigung eines Investitionsbudgets

beantragt, aber wegen einer zunächst rechtswidrigen Bescheidung durch die Bundesnetzagentur letztlich eine Investitionsmaßnahme genehmigt worden sei.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 27.05.2019 (Az.: BK8-17/1002-11) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angefochtenen Beschluss und ist der Ansicht, dass Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge von der Regelung des § 34 Abs. 5 ARegV erfasst seien. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung. Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenabzugs seien in § 6 Abs. 3 S. 2 bis 4 ARegV definiert und umfassten deshalb auch Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter resultierten. Der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV sehe lediglich eine Differenzierung in zeitlicher Hinsicht vor, nicht aber bezüglich einzelner Bestandteile der Kapitalkosten. Ohnehin gingen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge untrennbar mit Investitionen in das betriebsnotwendige Anlagevermögen einher.

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

Sachanlagevermögens dienen und damit als Passiva dem betriebsnotwendigen Vermögen als Aktiva entsprechen. Eine Ungleichbehandlung dieser Werte bzw. Bestandsgrößen lasse sich aus § 34 Abs. 5 ARegV nicht ableiten. Die Netzbetreiber würden dadurch auch nicht schlechter gestellt. Der positive Sockeleffekt sei schon immer das Ergebnis sowohl kapitalkostenerhöhender als auch –mindernder Positionen gewesen. Es sollten nicht selektiv allein die positiven Aspekte des sich im Grunde erst nach einer Saldierung ergebenden Investitionssockels weitergeführt werden.

§ 34 Abs. 5 S. 2 ARegV erstrecke sich auch auf den projektspezifischen Ersatzanteil einer Investitionsmaßnahme. Das Gesetz unterscheide zwischen Investitionsmaßnahmen mit oder ohne projektspezifischem Ersatzanteil, nicht aber nach dem Kriterium des Ersatzanteils selbst. Hätte der Ordnungsgeber den Ersatzanteil von den Investitionsmaßnahmen ausnehmen wollen, hätte er dies - etwa unter Bezugnahme auf § 23 Abs. 2b ARegV – entsprechend geregelt. Zwar handele es sich im hiesigen Fall nicht um einen Ersatzanteil nach § 23 Abs. 2b ARegV, da die Bestimmung erst nach Genehmigung der Investitionsmaßnahme in das Gesetz aufgenommen worden sei. Der Regelungsgehalt des § 23 Abs. 2b ARegV sei indes bereits zuvor richterrechtlich anerkannt gewesen und auf die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme anwendbar. Dadurch, dass § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV allgemein auf Investitionen, für die eine Investitionsmaßnahme genehmigt worden sei, Bezug nehme, unterscheide er gerade nicht zwischen Erweiterungs-/Umstrukturierungsinvestitionen und Ersatzinvestitionen, sondern adressiere unterschiedslos alle Investitionen.

In systematischer Sicht sei nach dem System des Kapitalkostenabgleichs auf die gesamten – wenngleich im Zeitverlauf abgeschmolzenen – Anschaffungs- und Herstellungskosten abzustellen und damit auf die vollständigen im Tätigkeitsabschluss als Zugänge des Sachvermögens aktivierten Vermögensgegenstände. Diese seien auch Basis für den Kapitalkostenabzug, wie aus § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 ARegV und Teil 2 Abschnitt 1 der StromNEV, insbesondere § 6 Abs. 4 StromNEV folge. Es sei damit nicht zu vereinbaren, auf einen Teil der maßgeblichen Anschaffungs- und Herstellungskosten einer Investitionsmaßnahme den Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV anzuwenden und auf einen anderen Teil derselben Investitionsmaßnahme den positiven Übergangssockel des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV. Hinzu komme, dass in Anwendung von § 34 Abs. 7 ARegV bei der Überführung der Investitionsmaßnahme in das System des Kapitalkostenaufschlags gemäß § 10a

ARegV keine derartige Unterscheidung erfolge, sondern der Kapitalkostenaufschlag ohne Abzug eines Ersatzanteils genehmigt werde.

Die Verordnungsbegründung verdeutliche ebenfalls, dass bei der Berechnung des Übergangssockels entscheidend auf die im Tätigkeitsabschluss enthaltenen (Rest-) Buchwerte abzustellen sei und im Übrigen lediglich pauschal danach unterschieden werde, ob für Investitionen eine Investitionsmaßnahme genehmigt worden sei oder nicht.

Schließlich liefe es Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift - einem pauschalen und unbürokratischen Ausgleich zwischen dem Schutz getätigter Investitionen und den Interessen der Netzkunden - zuwider, innerhalb einer genehmigten Investitionsmaßnahme zu unterscheiden, ob diese einen Ersatzanteil beinhalte oder nicht und wenn ja, in welcher Höhe.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senats-sitzung Bezug genommen.

B.

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

I. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur, die mit den Investitionen verbundenen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge der Jahre 2007 bis 2016 für die Berechnung des Kapitalkostenabzugs für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf den kalkulatorischen Restwert zu fixieren, ist rechtsfehlerhaft. Das Absinken der Werte der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge ist im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV auch schon für die 3. Regulierungsperiode zu berücksichtigen.

1. Der Kapitalkostenabgleich umfasst zwei korrespondierende Elemente, den Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV und den Kapitalkostenabzug gemäß § 6 Abs.

3 ARegV. Durch den Kapitalkostenaufschlag können auf Antrag jährlich Kapitalkostensteigerungen aus Investitionen in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV bestimmt, dass die Regulierungsbehörde einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze für Kapitalkosten genehmigt, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagegüter entstehen. Durch den Kapitalkostenabzug werden die Absenkungen der kalkulatorischen Kosten und des Aufwands für Fremdkapitalzinsen von Bestandsanlagen schon bei der Festlegung der Erlösobergrenze abgebildet. Die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV erfolgt nach den Formeln der Anlage 2a zu § 6 ARegV.

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

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

durch die Regelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ausgesetzt. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass eine Fixierung auf die Werte des Basisjahres nur für die aus Investitionen folgenden Kapitalkosten und nicht auf vereinnahmte Ertragszuschüsse zu erfolgen hat. Dafür sprechen neben dem Wortlaut und der Normhistorie insbesondere Sinn und Zweck der Vorschrift sowie systematische Erwägungen.

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

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

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

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

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

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

Eine ausdrückliche Aussage zum Umgang mit Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen fehlt in den Materialien zwangsläufig bereits deswegen, weil die Verordnungsbegründung verfasst worden ist, bevor Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge nachträglich noch über § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV in den Kapitalkostenabzug aufgenommen worden sind. Schon angesichts der zeitlichen Abfolge zwischen Verordnungsbegründung und Änderung des § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV vermag die Argumentation der Bundesnetzagentur nicht zu überzeugen, die sich auf die in der Verordnungsbegründung verwendete Formulierung beruft, wonach der bisherige positive Sockeleffekt beibehalten werden soll (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 49). Die mit dieser Formulierung verbundenen Vorstellungen des Ordnungsgebers bezogen sich bereits nicht auf die Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen. Der Ordnungsgeber hat Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge zudem in Kenntnis der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV nachträglich in § 6 Abs. 3 S. 4 ARegV eingefügt, ohne dass in den Materialien ein Hinweis darauf zu finden ist, dass die Berücksichtigung im Kapitalkostenabzug für die 3. Regulierungsperiode ausgesetzt sein soll. Angesichts dessen trägt die Normhistorie den Schluss auf einen entsprechenden Willen des Ordnungsgebers nicht.

Unabhängig davon kann dieser Formulierung auch in der Sache nicht entnommen werden, dass der Aussetzungsbefehl des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge anzuwenden ist. Der Hinweis auf die vorübergehende Beibehaltung des „bisherigen positiven Sockeleffekts“ verdeutlicht, dass das vorherige Instrumentarium zum Vorteil der Netzbetreiber über den Systemwechsel hinaus Anwendung findet, indem die vorteilhaft wirkende Fixierung der Restwerte von Investitionsgütern im Basisjahr für die gesamte Dauer der Regulierungsperiode auch in der 3. Regulierungsperiode – teilweise – beibehalten wird. Aus der Formulierung ergibt sich indes keine Vorgabe zur Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen.

Zudem heißt es in der Verordnungsbegründung ausdrücklich, das Absinken der Restbuchwerte und damit auch das Absinken der Kapitalkosten werde bei den betreffenden Anlagegütern für die 3. Regulierungsperiode nicht berücksichtigt (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 49), während der – offensichtliche – Umstand des Absinkens der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge in dieser Aufzählung nicht adressiert wird.

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

2.3.1. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmeregelung für den ansonsten ab der 3. Regulierungsperiode stattfindenden Kapitalkostenabzug, die zu Gunsten der Netzbetreiber eingefügt worden ist. Durch die zeitweilige Aussetzung des Kapitalkostenabzugs soll ein „Übergangssockel“ gebildet werden, der dazu dienen soll, nicht näher bestimmte, individuelle Härtefälle einzelner Verteilernetzbetreiber infolge des Systemwechsels abzumildern. Den Netzbetreibern soll durch die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs ein Budget verschafft werden, dass zum Ausgleich individueller Lasten, die sich als Folge des Systemwechsels einstellen können, beiträgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 07.03.2019, VI-3 Kart 121/17 (V) Rn. 40 ff.; Beschl. vom 12.06.2019, VI 3 Kart 165/17 (V) Rn. 78 ff. – juris). Die Ausnahmeregelung ist als pauschaler Härtefallausgleich (vgl. in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf VI-5 49/18 (V), BeckRS 2019, 4565 Rn. 39) konzipiert, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welcher Höhe der einzelne Netzbetreiber nachteilige Auswirkungen infolge des Systemwechsels erfährt

und ohne den Anspruch, diese Härten vollständig auszugleichen. Indem nur im Hinblick auf Kapitalkosten von Investitionen in Anlagegüter, die in einem begrenzten Zeitraum erstmals aktiviert wurden, das tatsächliche Absinken der Restwerte für die Dauer der 3. Regulierungsperiode unberücksichtigt bleibt, erfolgt keine exakte Erfassung und Abgeltung sämtlicher Nachteile des Systemwechsels, sondern eine zeitlich begrenzte Bevorteilung, die etwaige Nachteile mildert. Da die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs allein den Zweck eines Härtefallausgleichs in dem beschriebenen pauschalen Sinn verfolgt, hängen der Anwendungsbereich und die Reichweite der Aussetzungsanordnung nicht von der Binnensystematik des Kapitalkostenabgleichs ab, sondern werden allein durch diesen Zweck determiniert. Angesichts der Funktion des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, für einen Übergangszeitraum individuelle Härten abzumildern, sind Anwendungsfragen nicht danach zu beantworten, ob eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit der Systematik und dem Mechanismus des Kapitalkostenabgleichs erfolgt. Zur Erreichung des mit der Übergangsregelung verfolgten Zwecks ist es somit auch nicht geboten, den gesamten Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs auszusetzen, um eine selektive Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits zu vermeiden.

Die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV, die für die Dauer der 3. Regulierungsperiode mittels der periodenübergreifenden Fortführung des Sockeleffekts insoweit ein Nebeneinander des Instrumentariums der ersten beiden Regulierungsperioden und des neu eingeführten Kapitalkostenabgleichs anordnet, stellt damit im Hinblick auf die Behandlung von Kapitalkosten eine bewusste Abkehr von der periodenbezogenen Abgrenzung und damit einen Systembruch dar. Angesichts dessen sind Anwendung und Umsetzung dieser Vorschrift gerade nicht an die grundsätzliche Wirkungsweise des neuen Instrumentariums anzupassen. Eine unterschiedliche Behandlung von Investitionskosten einerseits und Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits stellt demnach keine mit Blick auf den Mechanismus des Kapitalkostenabzugs zu vermeidende selektive Ungleichbehandlung dar, sondern folgt aus der Natur des Systembruchs, der nur für Kapitalkosten aus Investitionen ein übergangswises Nebeneinander des Sockeleffekts und des Kapitalkostenabzugs vorsieht.

2.3.2. Die Bundesnetzagentur stützt die Erstreckung der in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV

vorgesehenen Aussetzung des Kapitalkostenabzugs auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge und damit deren Fixierung auf die Werte des Basisjahres demgegenüber darauf, dass Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln seien. Eine Berücksichtigung des Absinkens von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen im Rahmen des Kapitalkostenabzugs hält sie nur für gerechtfertigt, wenn auch sinkende Restbuchwerte im Kapitalkostenabzug berücksichtigt würden. Damit knüpft die Bundesnetzagentur die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs an dessen grundsätzlichen Mechanismus. Ihr Vorgehen basiert auf dem Bestreben, die Ausnahmeregelung systemkonform mit der Wirkungsweise des Kapitalkostenabzugs und des Kapitalkostenabgleichs zu gestalten. Dieses Verständnis steht indes ausweislich der voranstehenden Ausführungen weder mit dem Charakter der Übergangsregelung, die einen Systembruch anordnet, noch mit der Funktion der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs als Härtefallausgleich in Einklang. Der Härtefallausgleich erfordert es nicht, dass der begünstigende Übergangsockel konform zu dem grundsätzlich vorgesehenen Mechanismus des Kapitalkostenabzugs gebildet wird. Vielmehr sollen etwaige Nachteile aufgrund des Systemwechsels durch eine bewusst unscharfe und pauschale Vorgehensweise abgemildert werden.

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

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sind Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge auch nicht wegen des systematischen Zusammenhangs zwischen Kapitalkostenaufschlag und -abzug analog zu den damit finanzierten Vermögensgegenständen zu behandeln. Ausweislich der voranstehenden Erwägungen ist der systematische Zusammenhang zwischen Kapitalkostenaufschlag und Kapitalkostenabzug für das Verständnis des Anwendungsbereichs der Übergangsregelung nicht maßgeblich. Darüber hinaus sind Baukostenzuschüsse nicht auf konkrete Investitionen bezogen und können pauschal berechnet werden (§ 11 Abs. 2 S. 3 NDAV). Ein unmittelbarer Zusammenhang mit konkreten Investitionen und Aktivierungsjahren besteht damit nicht. Auch Netzanschlusskostenbeiträge können gemäß § 9 Abs. 1 NDAV pauschal auf der Grundlage der durchschnittlich für vergleichbare Fälle entstehenden Kosten berechnet werden, so dass eine direkte Zuordnung zu bestimmten Investitionen erschwert wird. Zwar stehen Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge als kostenmindernde Erlöse mit dem Netzausbau und mit Investitionen in einem sachlichen Zusammenhang. Dies rechtfertigt es aber im Rahmen der ausnahmsweisen, zeitweiligen und pauschal begünstigend wirkenden Aussetzung des Kapitalkostenabzugs nicht, das Absinken der entsprechenden Werte deswegen außer Betracht zu lassen, weil auch das Absinken der Kapitalkosten aus Investitionen nicht nachgefahren wird.

Die Anwendung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV auf Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge kann schließlich auch nicht auf einen erforderlichen zeitlichen Gleichlauf der Wertansätze von Aktiva und Passiva gestützt werden. Bei der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs entspricht eine Ungleichbehandlung von Vermögenswerten einerseits und Baukostenzuschüssen sowie Netzanschlusskostenbeiträgen andererseits dem dargestellten Charakter und Zweck der Übergangsregelung als pauschaler Härtefallabgeltung, die als Ausnahmeregelung in Wirkung und Konzeption von der Systematik des Kapitalkostenabgleichs losgelöst ist.

II. Zu Recht hat die Bundesnetzagentur hingegen bei der Berechnung des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV den Ersatzanteil einer nach § 23 Abs. 6 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahme für die Dauer der 3. Regulierungsperiode berücksichtigt.

§ 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ist gemäß § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV nicht auf Investitionen anzuwenden, für die eine Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 oder Abs. 7 ARegV

durch die Regulierungsbehörde genehmigt wurde. Hierzu zählt die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme ..., für die die Bundesnetzagentur am 21.03.2014 eine Investitionsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 6 ARegV mit einem Ersatzanteil von ... % der Anschaffungs- und Herstellungskosten genehmigt hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin umfasst die den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV einschränkende Ausnahmeregelung des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV auch den Ersatzanteil der genehmigten Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 ARegV. Damit unterliegt der Ersatzanteil dem Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV bereits in der 3. Regulierungsperiode.

1. § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV erstreckt sich auf „Investitionen, für die eine Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 oder Abs. 7“ genehmigt worden ist. Wegen des Verweises auf § 23 Abs. 6 und Abs. 7 ARegV bestimmt sich die Auslegung des in § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV verwendeten und dort nicht näher definierten Investitionsbegriffs nach deren Regelungsgehalt. Danach ist der Ersatzanteil Bestandteil des Investitionsbegriffs in § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV.

1.1. Nach § 23 Abs. 6 und Abs. 7 ARegV können Verteilernetzbetreibern durch die Regulierungsbehörde Investitionsmaßnahmen für „Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen“ genehmigt werden, ebenso wie dies § 23 Abs. 1 ARegV für Übertragungs- und Fernleitungsnetze vorsieht. Investitionen i.S.d. § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV sind mithin Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen i.S.d. § 23 Abs. 1 bzw. Abs. 6 und 7 ARegV.

1.2. Daraus, dass ausschließlich Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen genehmigungsfähig sind, folgt allerdings nur, dass in Abgrenzung zu den genannten Investitionen solche Investitionen aus dem Kreis der genehmigungsfähigen Maßnahmen ausgeschlossen sind, die dem bloßen Ersatz dienen und somit über die allgemeine Erlösobergrenze nach § 6 ARegV zu refinanzieren sind (F.-P. Hansen in: BERK-EnR, Band 3, 4. Auflage, § 23 ARegV Rn. 17). Die Definition dient dazu, grundsätzlich genehmigungsfähige Investitionen von nicht genehmigungsfähigen Investitionen abzugrenzen. Diese Abgrenzung nimmt der Bundesgerichtshof dahingehend vor, dass eine Maßnahme als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 - bzw. Abs. 6 und Abs. 7 - ARegV anzusehen ist, wenn sie sich nicht im Austausch bereits vorhandener Komponenten und damit zwangsläufig einher-

gehenden Verbesserungen erschöpft, sondern jedenfalls auch zu einer nicht nur unbedeutenden Vergrößerung des Netzes oder zu einer nicht nur unbedeutenden Veränderung von sonstigen technischen Parametern führt, die für den Betrieb des Netzes erheblich sind (BGH Beschl. vom 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 10; Beschl. vom 17.12.2013, EnVR 18/12, Rn. 32 - juris). Ersatzinvestitionen, auf die § 23 ARegV nicht anwendbar ist, liegen hingegen dann vor, wenn z. B. bestehende Leitungen oder Anlagen nach Ablauf ihrer Lebensdauer unmittelbar, also unter Beibehaltung ihrer grundlegenden technischen Konfiguration und räumlichen Verteilung im Netzgebiet, ersetzt werden, aber auch dann, wenn im Zuge der Erneuerung technische Spezifikationen verändert und eine geänderte räumliche Verteilung gewählt wird (Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Auflage 2019, § 23 Rn. 80). Derartige - reine - Ersatzbeschaffungen sind aufgrund ihres Gegenstandes keine genehmigungsfähigen Investitionen i.S.d. § 23 ARegV (BGH Beschl. vom 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 23 - juris).

1.3. Aus der vorstehenden höchstrichterlichen Definition der Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen folgt bereits begrifflich, dass die beinhalteten Ersatzmaßnahmen – folgerichtig als *Ersatzanteil* bezeichnet - Gegenstand der genehmigungsfähigen Erweiterungs- bzw. Umstrukturierungsinvestition sind.

1.3.1. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung führt es bei Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen nicht zum Ausschluss der Genehmigungsfähigkeit, wenn diese zugleich der Ersetzung einer Netzkomponente dienen, sondern dazu, dass nur ein Teil der Investitionskosten berücksichtigt werden darf und dieser Teil, sofern eine konkrete Zuordnung einzelner Teilmaßnahmen nicht möglich ist, als prozentualer Anteil an den Gesamtkosten der Maßnahme zu bestimmen ist (BGH Beschl. vom 17.12.2013 , EnVR 18/12, Rn. 32 - juris). Bei solchen Investitionen, die sowohl dem Ersatz vorhandener Komponenten als auch einer Umstrukturierung dienen, ist nur ein Teil der Kosten berücksichtigungsfähig (BGH Beschl. vom 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 23 - juris). Danach hält der Bundesgerichtshof ersichtlich die gesamte Investition und nicht nur den eigentlichen Erweiterungs- oder Umstrukturierungsanteil für genehmigungsfähig und differenziert zwischen diesen und dem der Investitionsmaßnahme immanenten Ersatzanteil ausschließlich im Hinblick auf die Berücksichtigung der *Investitionskosten*. Dies ist auch folgerichtig, da bei der Investitionsmaßnahme nach §

23 ARegV nicht die Investitionskosten, sondern die Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition als solche genehmigungsfähig ist. Demgegenüber waren in der bis zum 21.03.2012 gültigen Fassung des § 23 Abs. 1 ARegV Investitionsbudgets nicht für bestimmte Investitionen, sondern für „Kapital- und Betriebskosten, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze erforderlich sind“, zu genehmigen. Während nach der früheren Rechtslage also auch Investitionsvolumen und die Methoden zur Berechnung der sich hieraus ergebenden Kosten in jedem Einzelfall genehmigt wurden, wird seit Einführung der Investitionsmaßnahme nur noch die Maßnahme dem Grunde nach genehmigt (F.P.Hansen, in: BerlK-EnR, BerlK-EnR, Band 3, 4. Auflage, § 23 Rn. 16). Werden nunmehr nach § 23 ARegV Investitionsmaßnahmen für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen gewährt, umfasst die genehmigungsgegenständliche Investition auch den darin enthaltenen Ersatzanteil. Soweit der Bundesgerichtshof im bereits zitierten Beschluss vom 12.04.2016 (EnVR 3/15, dort Rn. 24, 30 - juris) in diesem Zusammenhang von einer nur teilweisen „Genehmigungsfähigkeit“ der Kosten spricht, so hat er an anderer Stelle des Beschlusses klargestellt, dass die Frage, ob es sich um einen Ersatzanteil handelt, lediglich für die „Berücksichtigungsfähigkeit“ der Kosten relevant ist.

1.3.2. Dieses systematische Verständnis entspricht auch demjenigen des Verordnungsgebers, das dieser durch die Neuregelung in § 23 Abs. 2b ARegV, der zum 17.09.2016 in die ARegV aufgenommen worden ist und für Abs. 6 und Abs. 7 entsprechend gilt, zum Ausdruck gebracht hat. Nach § 23 Abs. 2b S. 1 ARegV ist bei der Genehmigung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen nach Abs. 1, die auch dem Ersatz von Anlagen dienen und die nach dem 17.09.2016 beantragt werden, ein projektspezifischer Ersatzanteil von den Anschaffungs- und Herstellungskosten der Investitionsmaßnahme in Abzug zu bringen. Mit dieser Neuregelung wollte der Verordnungsgeber ausdrücklich der bereits zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung tragen und ist ebenfalls davon ausgegangen, dass, wenn Investitionsmaßnahmen mit Änderungen oder dem Austausch bestehender Netzkomponenten oder sonstigen Komponenten verbunden sind, dies nicht zum Ausschluss der Genehmigungsfähigkeit der Projekte als Investitionsmaßnahmen führt (BR-Drs. 296/16, S. 40). Der Verordnungsgeber ist dem Bundesgerichtshof auch darin gefolgt, dass nur der Teil der Anschaffungs- und Herstellungskosten als Basis zur Berechnung der Kapital- und

Betriebskosten der Investitionsmaßnahme durch die Bundesnetzagentur berücksichtigt wird, der nicht dem Ersatz alter Anlagen dient (BR-Drs. 296/16, a.a.O.), und hat damit dem Ersatzanteil lediglich bei der Berücksichtigung der Investitionskosten und nicht bereits beim Umfang der zu erteilenden Genehmigung dem Grunde nach Rechnung getragen. Auch wenn die Neuregelung des § 23 Abs. 2b ARegV nur für nach dem 17.09.2016 beantragte Investitionsmaßnahmen gilt und damit allenfalls in Einzelfällen auf die von der Übergangsregelung betroffenen Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die im Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2016 erstmals aktiviert wurden, Anwendung finden dürfte, so bestätigt die das aufgezeigte systematische Verständnis im Hinblick auf den sogenannten Ersatzanteil.

1.3.3. Anders als die Beschwerdeführerin meint, lässt sich deshalb aus dem Wortlaut bzw. der Regelungssystematik des § 23 ARegV im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit des Ersatzanteils gerade keine begriffliche Differenzierung zwischen der genehmigungsfähigen Investitionsmaßnahme einerseits und der „Investition, für die diese genehmigt wird“ andererseits begründen. Da § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV nach seinem Wortlaut Investitionen, für die eine Investitionsmaßnahme genehmigt worden ist, von der Aussetzung des Kapitalkostenabzugs während der 3. Regulierungsperiode nach § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV ohne Einschränkungen und weitere Differenzierungen ausnimmt, betrifft dies auch den Ersatzanteil.

2. Auch unter gesetzeshistorischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ist eine im Wortlaut des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV nicht angelegte Differenzierung zwischen dem Umstrukturierungs- bzw. Erweiterungsanteil und dem Ersatzanteil einer Investition mit der Folge, dass der Ersatzanteil nicht der Anwendungsbeschränkung des Satzes 2, sondern dem Anwendungsbereich des Satzes 1 unterfällt, nicht veranlasst.

2.1. Insoweit gilt zunächst, dass der Ordnungsgeber, hätte er den projektspezifischen Ersatzkostenanteil abweichend vom Regelungsgehalt des § 23 ARegV von der Anwendungsbeschränkung des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV ausnehmen und der übergangsweisen Aussetzung des Kapitalkostenabzugs unterstellen wollen, dies ohne Weiteres in der Vorschrift hätte zum Ausdruck bringen können, entweder ausdrücklich oder indem er nicht auf die Investitionen, für die die Investitionsmaßnahme bewilligt

worden ist, abgestellt hätte, sondern auf die berücksichtigungsfähigen Investitionskosten.

2.2. Auch gesetzeshistorische Erwägungen gebieten es nicht, den Ersatzkostenanteil von § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV auszunehmen. In der Verordnungsbegründung finden sich keinerlei Ausführungen, die eine einschränkende Auslegung des Investitionsbegriffs gegenüber dem der Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition nach § 23 ARegV rechtfertigen könnten. Zwar war nach der ursprünglichen Fassung des § 34 Abs. 5 ARegV in dessen damaligem S. 2 lediglich vorgesehen, dass im Hinblick auf Investitionen, für die eine Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 und Abs. 7 ARegV durch die Regulierungsbehörde genehmigt wurde, § 23 Abs. 2a ARegV von S. 1 unberührt bleibt. Zu den Investitionen, die nach § 23 Abs. 2a ARegV weiterhin aufgelöst werden sollten, gehören nur die reinen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen, nicht auch Ersatzinvestitionen bzw. der Ersatzanteil. Hieraus folgt aber nicht, dass der Ordnungsgeber den Ersatzanteil bereits begrifflich nicht unter den Investitionsbegriff gefasst hätte. Er hat lediglich angeordnet, dass für diese Investitionen die Auflösung nach § 23 Abs. 2a ARegV zur Vermeidung einer Doppelerkennung von Kosten weitergeführt wird, was nicht voraussetzt, dass diese Investitionen auch vollständig vom Regelungsgehalt des § 23 Abs. 2a ARegV erfasst werden müssen.

Hiervon abgesehen wären etwaige Rückschlüsse auf ein solches Begriffsverständnis des Ordnungsgeber im Rahmen der ursprünglichen Fassung aber auch deshalb nicht zwingend, weil dieser sich durch die erfolgte Änderung der Übergangsvorschrift für einen schon im Ausgangspunkt anderen Umgang mit Investitionsmaßnahmen nach § 23 Abs. 6 und 7 ARegV entschieden hat: Während in der ersten Fassung auch Investitionsmaßnahmen vollständig dem sogenannten Übergangssockel unterfielen und lediglich die Auflösung nach § 23 Abs. 2a ARegV fortgeführt werden sollte, fallen in der finalen Fassung Investitionen, für die eine Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 oder 7 ARegV genehmigt wurde, nach S. 2 gerade nicht mehr unter den Übergangssockel, sondern unterliegen bereits in der 3. Regulierungsperiode dem Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV. Nach § 34 Abs. 5 S. 3 ARegV ist § 23 Abs. 2a ARegV folgerichtig nicht mehr anwendbar, weil die Notwendigkeit eines Abzugsbetrags wegen Überführung der Investitionsmaßnahme in die Erlösobergrenze ohne zeitlichen Verzug entfällt.

2.3. Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der begünstigenden Übergangsregelung in § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV und der durch Satz 2 vorgenommenen Beschränkung ihres Anwendungsbereichs ist eine Einbeziehung des Ersatzanteils in die übergangsweise Aussetzung des Kapitalkostenabzugs und damit in den Übergangssockel nicht geboten. Wie bereits im Zusammenhang mit der Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen im Einzelnen dargelegt, ist die Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV als pauschaler Härtefallausgleich konzipiert, der nicht den Anspruch hat, dem einzelnen Netzbetreiber durch den Systemwechsel entstandene nachteilige Auswirkungen vollständig auszugleichen. Die übergangsweise Aussetzung des Kapitalkostenabzugs bezweckt eine zeitlich begrenzte, etwaige Nachteile in pauschalierter Weise abmildernde Bevorteilung, nicht eine der vorherigen Regulierungssystematik passgenau entsprechende, die früheren Vorteile scharf ausgleichende Entschädigung oder auch nur möglichst weitgehende Entlastung der Netzbetreiber. Dem entspricht es, dass der Anwendungsbereich des Satzes 1 durch Satz 2 eingeschränkt wird, um sicherzustellen, dass Netzbetreiber keine doppelte Begünstigung erhalten sollen. Zwar würde auch bei einer übergangsweisen Aussetzung des Kapitalkostenabzugs für den Ersatzanteil keine Doppelberücksichtigung von Investitionskosten erfolgen. Durch die angegriffene Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, den Ersatzanteil schon in der 3. Regulierungsperiode in den Kapitalkostenabzug einzubeziehen, kommt der durch Satz 1 bezweckte Begünstigungs- oder Abmilderungseffekt dem Netzbetreiber jedoch nach wie vor zugute. Dass der Ersatzanteil unter dem früheren Regulierungsregime Bestandteil des positiven Sockels war, zwingt somit unter Berücksichtigung des Zwecks der Übergangsregelung nicht zu einer Einbeziehung in den Übergangssockel.

Ein Gleichlauf mit dem bisherigen Regulierungsregime in Form eines scharfen, passgenauen Abgleichs mit dem Sockelbetrag, wie er sich bei Fortführung des früheren Regulierungsregimes ergeben hätte, ist auch nicht aus systematischen Gründen erforderlich. Vielmehr widerspricht es der Stellung des § 34 Abs. 5 S. 1 ARegV als Übergangsvorschrift, sie systematisch dem früheren oder dem neuen Rechtssystem vollständig zuzuordnen. Ihr Anwendungsbereich – und damit auch die diesen einschränkende Regelung des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV - ist vielmehr eigenständig zu bestimmen. Dabei ist die Übergangsregelung nach der Verordnungsbegründung schon im Ausgangspunkt nur „auf die genannten Anlagegüter und den genannten Zeitraum begrenzt“ (BR-Drs. 296/16, S. 49), d.h. sie wird in ihrer Reichweite insbesondere durch

den Wortlaut der Vorschrift festgelegt. So wie Anwendungsfragen nicht danach zu beantworten sind, ob eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit der Systematik und dem Mechanismus des Kapitalkostenausgleichs erfolgt (siehe vorstehend unter I.2.3.1.), ist im Hinblick auf die vorgesehene Beibehaltung des positiven Sockeleffekts auch kein umfassender systematischer Gleichlauf mit dem bisherigen Regulierungsregime erforderlich. Somit ist es unter teleologischen und systematischen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur von einer in dem durch den Regelungsgehalt des § 23 ARegV determinierten Wortlaut des § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV nicht angelegten Zuordnung des projektspezifischen Ersatzanteils zum Übergangssockel abgesehen hat.

2.4. Es kann im Übrigen dahinstehen, ob § 34 Abs. 5 S. 2 ARegV auf den Ersatzkostenanteil eines Investitionsbudgets nach § 23 ARegV a.F. unanwendbar ist und es deshalb im Hinblick auf den Ersatzkostenanteil zu einer unterschiedlichen Behandlung von Investitionsmaßnahmen und Investitionsbudgets kommt. Zwar dürfte die aufgezeigte systematische Einordnung des Ersatzanteils nicht auf die bis zum 21.03.2012 in § 23 ARegV geregelten Investitionsbudgets übertragbar sein, weil die Investitionsbudgets nicht für die Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition selbst genehmigt wurden, sondern für die zur Durchführung erforderlichen Kapital- und Betriebskosten und der auf die Ersatzbeschaffung entfallende Kostenanteil hiervon ausgenommen war. Die Absicht des Verordnungsgebers, durch die Übergangsregelung einen pauschalen, den Systemübergang erleichternden Härtefallausgleich zu schaffen, würde auch bei einer unterschiedlichen Behandlung des Ersatzkostenanteils von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen je nachdem, ob sie Gegenstand einer Investitionsmaßnahme oder eines Investitionsbudgets sind, verwirklicht.

Dass der Beschwerdeführerin auf ihren Antrag vom 29.06.2010 hin für das Projekt ... wegen des im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit geführten Rechtsstreits kein Investitionsbudget, sondern infolge der zwischenzeitlichen Änderung der ARegV eine Investitionsmaßnahme genehmigt worden ist, unterfällt ihrem wirtschaftlichem Risiko. Die Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen insbesondere durch Gesetzes- bzw. Verordnungsänderungen ist dem energiewirtschaftlichen Regulierungsrecht immanent. Es ist deshalb auch nicht unter Billigkeitsgesichtspunkten erforderlich, zugunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, dass sich der Genehmigungsgegenstand im Laufe des Genehmigungsverfahrens, das zunächst eine gerichtliche Korrektur der

ursprünglichen Entscheidung der Bundesnetzagentur erforderte, infolge einer Änderung der Anreizregulierungsverordnung geändert hat.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO entspricht es der Billigkeit, der Bundesnetzagentur die Kosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen, auch wenn die Beschwerde im Hinblick auf die Behandlung des Ersatzteils einer Investitionsmaßnahme im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags keinen Erfolg hat. Denn das diesbezügliche Beschwerdebegehren fällt gegenüber dem erfolgreichen Beschwerdebegehren wirtschaftlich nur geringfügig ins Gewicht (siehe nachstehend unter II.)

II. Die Festsetzung des Gegenstandswertes beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und folgt der Bezifferung des wirtschaftlichen Interesses der Beschwerdeführerin durch die Bundesnetzagentur. Diese entspricht im Wesentlichen der Bezifferung des Beschwerdewertes durch die Beschwerdeführerin, die ihr wirtschaftliches Interesse an dem Beschwerdegegenstand „Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse“ mit ... Euro und an dem Beschwerdegegenstand „Ersatzanteil“ mit ... Euro beziffert hat.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines

elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Klein Reesink

zugleich für Richterin am Oberlandesgericht
Pastohr, die urlaubsabwesend ist