



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

....

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 10.02.2022 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Webler

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.12.2020 (BK4-12-656A02) wird hinsichtlich der Tenorziffern 3 und 4 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit jeweils notwendigen außergerichtlichen Kosten tragen die Beteiligten zu je 50 %

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf insgesamt Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin eines ...netzes und Teil eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, des A...-Konzerns. Die Finanzierung der Beschwerdeführerin erfolgt im Wege der Konzernfinanzierung.

Konzernfinanzierungen bezwecken die Finanzierung nahestehender Unternehmen im Konzernverbund durch verschiedene Finanzierungsinstrumente wie Darlehen, Cash Pooling, Bürgschaften oder Patronatserklärungen. Zeigt eine Tochtergesellschaft Liquiditätsbedarf auf, so ist die Darlehensvergabe regelmäßig die „klassische“ Form der längerfristigen Fremdfinanzierung. Diese Darlehen erfüllen meist einen konkreten operativen Verwendungszweck, der bei der Beschwerdeführerin etwa im Netzausbau gesehen werden kann. Teils werden Konzernfinanzierungsgesellschaften eingesetzt, die - nachdem anhand der im folgenden Jahr geplanten Ein- und Auszahlungen der Kapitalbedarf des Konzerns ermittelt worden ist - am externen Markt das benötigte Kapital für den gesamten Kapitalbedarf des Konzerns beschaffen und die Weitergabe von Fremdkapital sicherstellen. Hierdurch wird die Finanzierung des Gesamtkonzerns zentralisiert, wodurch Kreditmittel in der Regel zu günstigeren Konditionen aufgenommen werden können. Im Vergleich zu einer Einzelfinanzierung liegt der Vorteil in einer oftmals schnelleren und unkomplizierteren Umsetzung der Finanzierung. Für das beschaffte Kapital haftet der Konzern mit seinem gesamten Vermögen. Fortlaufend werden ältere Kapitalaufnahmen durch jüngere ersetzt.

Teil der Konzernfinanzierung können auch sogenannte Hybridanleihen sein. Hybridanleihen sind Schuldverschreibungen, die oft sehr lange (teilweise bis zu 100 Jahren) oder gar unbefristete Laufzeiten haben.

Bei der Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV setzt die Beschwerdeführerin bisher mangels einer projektspezifischen Finanzierung den durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatz an, der am Ende des Jahres bei der Konzernfinanzierung

volumengewichtet errechnet worden ist.

Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 02.05.2012 (BK4-12-656) eine Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten erlassen und mit Beschluss vom 30.11.2016 (BK4-12-656A01) geändert (nachfolgend: Ausgangsfestlegung).

Mit dem streitgegenständlichen Beschluss vom 15.12.2020 (BK4-12-656A02) hat die Bundesnetzagentur die Vorgaben der Ausgangsfestlegung zur Ermittlung der Fremdkapitalverzinsung sowie der Gewerbesteuer geändert. Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG sowie Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 6 EnWG sind danach verpflichtet, die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten hinsichtlich der Fremdkapitalverzinsung sowie der Gewerbesteuer nach Maßgabe dieser Festlegung vorzunehmen (Tenorziffer 1).

Die streitgegenständlichen geänderten Vorgaben betreffen die Anerkennung der Fremdkapitalkosten bei Konzernfinanzierungen, indem sie eine Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf die jeweiligen Investitionsmaßnahmen vorsehen. In der Ausgangsfestlegung war bestimmt (S. 8):

„Liegt eine Konzernfinanzierung vor, erfolgt der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der Beschaffung von Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft. Erforderlich ist jedoch eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft.“

Durch Tenorziffer 3 erfährt diese Vorgabe eine Änderung dahingehend, dass bei Vorliegen einer Konzernfinanzierung der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der für den die Investitionsmaßnahmen abrechnenden Netzbetreiber beschafften Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft erfolgen soll. Die auf der Konzernebene für den Netzbetreiber stellvertretend beschafften Mittel müssen transparent dargelegt werden und den Investitionsmaßnahmen zugeordnet werden können. Zudem muss eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft vorliegen.

Zur Begründung führt die Bundesnetzagentur in den Beschlussgründen aus, die Änderungsnotwendigkeit in Bezug auf die Tenorziffer 3 resultiere aus der Erkenntnis, dass Durchschnittszinsen der Konzernmutter üblicherweise eins zu eins an Netzbetreibertöchter weiterbelastet würden. Dabei sei aber nicht sichergestellt, dass die diese

Weiterbelastung erzeugenden Kreditaufnahmen nicht für die Eigenkapitalausstattung, andere Geschäftsbereiche oder gänzlich andere Zwecke als den Netzausbau aufgenommen würden. Auch könne die Unternehmensfinanzierung in Verbindung mit der Konzernfinanzierung begünstigen, dass vermehrt Darlehen und Anleihen, welche historisch bedingt hoch verzinst würden, den Abrechnungen von Investitionsmaßnahmen zugeordnet würden. Eine Besserstellung von Unternehmen mit einer Konzernfinanzierung gegenüber nicht konzernverbundenen Unternehmen dürfe nicht erfolgen. Für die Fremdkapitalzinserstattung dürften immer nur Kapitalaufnahmen Berücksichtigung finden, die für das Netzgeschäft beschafft worden seien. Zukünftig solle eine jährliche summarische Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf sämtliche Investitionsmaßnahmen erfolgen und dadurch ohne unzumutbaren administrativen Aufwand mehr Transparenz im Hinblick auf das Gesamtverschuldungsvolumen und die Aufnahmezeitpunkte des Fremdkapitals geschaffen werden. Auch zukünftig solle hingegen keine Projektfinanzierung innerhalb eines Konzerns vorgegeben werden.

Eine weitere Änderung betrifft Hybridanleihen. Durch Tenorziffer 4 werden die Vorgaben des Abschnitts 3. um die Maßgabe ergänzt, dass bei besonderen Fremdkapitalaufnahmen, die eine Hybridanleihe darstellen oder einen vergleichbaren Charakter aufweisen, nur der nicht als Eigenkapital geltende Anteil als Fremdkapital berücksichtigungsfähig ist und die Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen echten Fremdkapitals durch die Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung zu ermitteln ist.

Insoweit verweist die Bundesnetzagentur in den Beschlussgründen auf die zunehmende Nutzung von Finanzierungsinstrumenten, die – wie die Hybridanleihe – nicht vollständig einen Fremdkapitalcharakter aufwiesen. Die bisherigen Regelungen erfassten lediglich Finanzierungsinstrumente, die ausschließlich aus verzinslichem Fremdkapital bestünden, so dass sich zusätzlicher Regelungsbedarf ergebe. Nutze ein Netzbetreiber Finanzierungsarten, die sowohl einen Fremd- als auch einen Eigenkapitalanteil beinhalteten, so habe er diese und die darin vereinbarte Verzinsung, getrennt nach dem Fremd- und Eigenkapitalanteil, darzulegen. Der für den anerkenungsfähigen Fremdkapitalanteil anerkennungsfähige Zins sei anhand einer im Ausgabezeitpunkt vergleichbaren Anleihe des Netzbetreibers, die keinen Eigenkapitalanteil enthalte, zu ermitteln.

Die durch Tenorziffer 5 vorgenommenen Änderungen betreffen die Anerkennungsfähigkeit der Gewerbesteuer, indem die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer im Unterschied zu der Ausgangsfestlegung auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzt wird.

Die Ausgangsfestlegung enthielt insoweit unter „5. Gewerbesteuer“ (S. 11,12) folgende Vorgaben:

„Im Rahmen der Ermittlung der Kapitalkosten wird die Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition gemäß § 8 StromNEV bzw. GasNEV in Ansatz gebracht. Bei der Ermittlung der Kapitalkosten ist daher ein kalkulatorischer Gewerbesteueransatz auf der Grundlage der anerkannten kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt. [...]

Die Ermittlung der Gewerbesteuer erfolgt gemäß der nachstehenden Formel:

GewSt = $[EK \leq 40 \% \times \text{Eigenkapitalzinssatz} + EK > 40 \% \times \text{Fremdkapitalzinssatz}] \times \text{Hebesatz} \times \text{Messzahl}$

Nunmehr soll die Gewerbesteuer anhand der Formel:

„GewSt = $EK \leq 40 \times \text{Eigenkapitalzinssatz} \times \text{Hebesatz} \times \text{Messzahl}$ “

berechnet werden.

Zur Begründung der durch die streitgegenständliche Festlegung vorgenommenen Begrenzung der Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer verweist die Bundesnetzagentur auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2020 (EnVR 26/19), wonach eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % mit höherrangigem Recht vereinbar sei. Auch wenn diese Entscheidung explizit die Regelung des § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags zum Gegenstand habe, seien die Aussagen zu einer Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf die fiktive Eigenkapitalquote grundsätzlicher Natur und nach ihrem Sinn und Zweck auf die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten übertragbar. Die vorgenommene Begrenzung sei angemessen und geboten. Die Berechnung der ansetzbaren Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme erfolge – ähnlich wie beim Kapitalkostenabgleich – nach einem pauschalen System, das sich von den spezifischen Umständen des betroffenen Netzbetreibers löse. Gegen die Anwendung eines solchen pauschalen Systems bestünden insbesondere deswegen keine Bedenken, weil zugunsten der Netzbetreiber die höchste noch anerkennens-

werte Eigenkapitalquote unterstellt werde. Da zudem die Investitionsmaßnahmenabrechnung die Ausgestaltung des Kapitalkostenaufschlags präge, sei davon auszugehen, dass Übertragungsnetzbetreiber und Fernleitungsnetzbetreiber nicht gegenüber Verteilnetzbetreibern bessergestellt werden sollten.

Die Vorgaben dieses Änderungsbeschlusses gelten gemäß Tenorziffer 2 für alle – auch bereits in der Vergangenheit – nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Wirkung ab dem 01.01.2021, solange keine andere Festlegung von der Bundesnetzagentur zu dieser Thematik getroffen wird.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen die Tenorziffern 3, 4 und 5 dieser Festlegung.

Die Neuregelung unter Tenorziffer 3 sei rechtswidrig, sie führe im Ergebnis zu einem sachlich nicht zu rechtfertigenden faktischen Ausschluss der Konzernfinanzierung und begründe einen indirekten Zwang zu einer Projektfinanzierung. Bei ihrer Bewertung verkenne die Bundesnetzagentur wesentliche Marktgegebenheiten. Sie verkenne insbesondere die Funktionsweise der Konzernfinanzierung, die eine (summarische) Zuordnung zu den Investitionsmaßnahmen nicht zulasse und greife in die unternehmerische Freiheit ein. Zu Unrecht gehe die Bundesnetzagentur zudem davon aus, dass Konzernfinanzierungen ineffizient seien und überhöhte Zinssätze weitergegeben würden. Die Netzbetreiber würden bei einer Nutzung von Konzernfinanzierungen bereits nach der Ausgangsfestlegung dem Maßstab des § 5 Abs. 2 StromNEV gerecht, da der Nachweis der Marktüblichkeit zu erbringen sei.

Die Konzernfinanzierung biete viele Vorteile, die die Bundesnetzagentur bei ihrer Betrachtung nicht berücksichtigt habe. Sie sei nicht nur die marktübliche, sondern zu meist die effizientere und wirtschaftlich sinnvollste Lösung für die Finanzierung von Investitionsmaßnahmen. Fremdkapital könne in der Regel zu günstigeren Konditionen und auch kurzfristiger beschafft werden als bei einer Projektfinanzierung. Bei der Konzernfinanzierung gebe es lediglich eine Kapitalaufnahme für den gesamten Kapitalbedarf des Konzerns. Schwankungen einzelner Konzerntöchter bzw. Geschäftsbereiche könnten durch diesen Finanzierungsansatz ausgeglichen und ein flexibler interner Finanzierungsansatz verfolgt werden. Da im Konzern mehrere Projekte gleichzeitig finanziert würden, reduziere sich der Bedarf, Liquidität vorzuhalten, da zeitgenauer und effektiver finanziert werden könne. Die Besonderheiten der Konzernfinanzierung führten jedoch dazu, dass einzelne Finanzierungen nicht einzelnen Projekten zugeordnet

werden könnten, das Finanzierungsportfolio spiegele die unterschiedlichen Risiken als Mischzinssatz im Sinne eines Portfoliozinses wider. Dieser decke auch die im Übrigen anfallenden Nebenkosten der Finanzierung mit ab. Mit den Vorteilen der Konzernfinanzierung, zu denen auch die geringeren Nebenkosten, die erhöhte Transaktionssicherheit und Flexibilität sowie die fehlende Notwendigkeit von Sicherheiten zählten, setze sich die Bundesnetzagentur nicht ansatzweise auseinander. Durch die streitgegenständlichen Vorgaben würde die Möglichkeit der Einbindung in eine Unternehmensfinanzierung auf Konzernebene faktisch ausgeschlossen, weil immer ein nachteiliges Ergebnis der Prüfung der Marktüblichkeit drohe.

Durch die angefochtene Festlegung käme es darüber hinaus faktisch zu einem unzulässigen (indirekten) Durchgriff in die Sphäre der Konzernmutter, die nicht Subjekt der regulierungsbehördlichen Kontrolle sei. Um den neuen Anforderungen der Bundesnetzagentur gerecht zu werden, müssten die Konzernmütter und die Netzbetreiber ihr Finanzierungsverhalten ändern und Kapitalaufnahmen für einzelne Projekte vornehmen statt den Finanzierungsbedarf des Gesamtunternehmens am Kapitalmarkt zu decken. Dies hätte wiederum Auswirkungen auf das bei einer Konzernfinanzierung übliche System einer rollierenden Finanzierung. Solche Einschränkungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sehe die StromNEV nicht vor.

Daneben habe die Bundesnetzagentur in Bezug auf die Regelung in der Tenorziffer 3 den ihr obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz verletzt. Jedenfalls liege ein Verstoß gegen das Begründungserfordernis des § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG vor. Zudem sei die Regelung zur Zuordnungspflicht bei Konzernfinanzierungen zu unbestimmt. Die Definitionen von „netzfremden Zwecken“ und „Kapitalbedarf“ seien unklar. Unberücksichtigt bleibe, dass auch der netzfremde Bereich eines Unternehmens durch kontinuierliche Cashflows und eine geringe Verschuldung positive Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit des Unternehmens und somit dessen Fremdkapitalkosten habe. Auch in zeitlicher Hinsicht fehlten Angaben dazu, wie weit eine Finanzierung zurückliegen dürfe, um sie im Rahmen der Kapital- und Betriebskosten einer Investitionsmaßnahme berücksichtigen zu dürfen. Die beabsichtigte Zuordnung stehe der rollierenden Konzernfinanzierung in der Praxis entgegen. Zudem bestehe ein Widerspruch zur Quotenregelung in der Ausgangsfestlegung. Es könne nicht gleichzeitig pauschal eine kalkulatorische Fremdkapitalquote unterstellt werden und eine genaue Zuordnung gefordert werden. Es sei ferner nicht ersichtlich, nach

welchem konkreten Prüfungsmaßstab die Ermittlung des marktüblichen Zinses erfolgen solle.

Die Regelung unter Tenorziffer 4 der angefochtenen Festlegung sei ebenfalls aufzuheben. Die Pflicht zur Herausrechnung des Eigenkapitalanteils einer Hybridanleihe sei nicht sachgerecht und ungeeignet und führe zu einer rechtswidrigen Schlechterstellung dieses Finanzierungsinstruments. Zudem seien die streitgegenständlichen Vorgaben unvollständig und unbestimmt. Die Neuregelung lasse wesentliche Punkte offen und erzeuge Zweifel an ihrer praktischen Umsetzbarkeit. Für den Adressaten sei nicht erkennbar, was von ihm gefordert werde. Bei der Vorgabe, dass nur der Fremdkapitalanteil einer Hybridanleihe als Fremdkapital berücksichtigungsfähig und der Eigenkapitalzinssatzanteil aus der Gesamtverzinsung herauszurechnen sei, bleibe offen, wie diese Herausrechnung zu erfolgen habe. Aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit einer Hybridanleihe mit einer reinen Fremdkapitalanleihe im Hinblick auf die Laufzeit, Bonität etc. sei es rechnerisch unmöglich, nachträglich „als Ob“-Kosten für erstrangiges Fremdkapital zu ermitteln.

Auch die Regelung unter Tenorziffer 5 sei rechtswidrig. Durch die Neuregelung werde der effektiv erzielbare Zinssatz in rechtlich unzulässiger Weise geschmälert. Für eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf die fiktive Eigenkapitalquote von 40 % fehle es an einer sachlichen und rechtlichen Grundlage. Die Einbeziehung des 40 % übersteigenden Anteils des Eigenkapitals in die Bemessungsgrundlage werde weder im Gesetz noch von der Rechtsprechung ausgeschlossen. Insbesondere sei die von der Bundesnetzagentur als Auslöser für die Änderung genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu der Sonderregelung des § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV ergangen und gerade nicht übertragbar. Die nunmehr vorgenommene Beschränkung stehe im Widerspruch zur geltenden Rechtslage. Einziges Tatbestandsmerkmal der einschlägigen Vorschrift des § 8 StromNEV sei, dass die Gewerbesteuer dem Netzbereich zuordenbar sein müsse. Im Wortlaut der Regelung erfolge hingegen keine Bezugnahme auf das Eigenkapital $\leq 40\%$. Es sei höchststrichterlich geklärt, dass § 8 StromNEV auf eine „rein fiktive Bemessungsgrundlage“ abstelle, wobei damit die vollständige Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV gemeint sei, auch das Eigenkapital $\geq 40\%$.

Mangels nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage fehle es zudem bereits an der Erforderlichkeit der angefochtenen Änderungsfestlegung i.S.d. § 29 Abs. 2 S. 1

EnWG. Die Bundesnetzagentur habe an keiner Stelle hinreichend dargelegt und begründet, inwiefern sich die Einschätzung, auf deren Grundlage die Ausgangsfestlegung ergangen sei, aufgrund späterer Entwicklungen und Erkenntnisse nachträglich als unzutreffend erwiesen habe. Es werde bestritten, dass im Rahmen von Konzernfinanzierungen vermehrt Darlehen und Anleihen mit historisch bedingt hohen Zinsen systematisch Investitionsmaßnahmen zugeordnet würden. Auch eine systematische Besserstellung von konzernfinanzierten Unternehmen gegenüber Unternehmen ohne Inanspruchnahme einer solchen Finanzierung sei nicht ersichtlich, zumal alle Netzbetreiber den Nachweis der Marktüblichkeit erbringen müssten.

Auch im Hinblick auf Hybridanleihen seien nachträgliche Erkenntnisse oder Entwicklungen, die Anlass für eine Änderung der Festlegung geben könnten, nicht ersichtlich. Hybridanleihen seien bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausgangsfestlegung ein bekanntes Finanzierungsinstrument gewesen. Die Ausgangsfestlegung erfasse mithin jede Form der Fremdkapitalaufnahme, damit auch Finanzierungsformen, die einen gewissen Eigenkapitalcharakter hätten. Bei der Neuregelung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer habe die Bundesnetzagentur gleichfalls verkannt, dass schon die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss nicht vorgelegen hätten. Für die Beschränkung der Bemessungsgrundlage gebe es keinen Anlass. Die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sei stets anders gehandhabt worden. Allein maßgeblich sei die Regelung des § 8 StromNEV. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Kapitalkostenaufschlag sei nicht übertragbar und löse somit auch keinen Anpassungsbedarf aus.

Vorsorglich macht die Beschwerdeführerin eine unzulässige Rückwirkung geltend. Die Anordnung der Geltung auch für bereits beantragte oder gar genehmigte Investitionsmaßnahmen in Tenorziffer 2 sei unzulässig. Zu derartigen Änderungen mit Wirkung für die Vergangenheit ermächtige § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht. Zudem stünde der Zulässigkeit einer solchen Rückwirkung ihr schützenswertes Vertrauen in Bezug auf die getroffenen Investitionsentscheidungen entgegen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.12.2020 (BK4-12-656A02) aufzuheben;
2. hilfsweise, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.12.2020 (BK4-12-

656A02) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Beschluss nur zu erlassen mit der Maßgabe, dass in Tenorziffer 2 die Anwendbarkeit nur für Kosten aus Investitionsmaßnahmen festgelegt wird, die nach Wirksamwerden des Beschlusses beantragt werden;

3. äußerst hilfsweise, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.12.2020 (BK4-12-656A02) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Regelungen der angefochtenen Festlegung seien insgesamt rechtmäßig und ermessensfehlerfrei ergangen.

Die durch Tenorziffer 3 angeordnete Verpflichtung zur summarischen Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalzinssätzen zum Bereich der Investitionsmaßnahmen sei nicht zu beanstanden. Die Neuregelung diene der notwendigen Transparenz bei der Prüfung, ob Kosten für über eine Konzernfinanzierung beschafftes Fremdkapital marktüblich seien und stehe der Inanspruchnahme einer Konzernfinanzierung nicht entgegen, zumal auch bisher der Nachweis der Marktüblichkeit Voraussetzung der Anerkennung der Kosten der tatsächlichen Fremdkapitalaufnahme gewesen sei. Konzernfinanzierte Unternehmen dürften gegenüber solchen ohne Konzernfinanzierung nicht bessergestellt werden. Daher dürften bei beiden Finanzierungsformen nur Kapitalaufnahmen Berücksichtigung finden, die für das relevante Netzgeschäft getätigt worden seien. Die vorgenommene Änderung diene dem Zweck, Fremdkapitalbeschaffungen für netzfremde Zwecke, die nicht zur Finanzierung regulierter nationaler Netze dienen, zu identifizieren. Unter netzfremden Kapitalaufnahmen seien beispielsweise Kapitalaufnahmen für netzfremde Großprojekte oder Kosten, die dem Kauf des Netzes dienen, zu verstehen. Solche Mittel könnten nicht den Investitionsmaßnahmen nicht zugeordnet werden und sollten auch nicht vom Netznutzer getragen werden. Die bisherige Prüfung, ob einzelne Fremdkapitalaufnahmen zu teuer gewesen sein könnten, werde nun lediglich um die Prüfung nach dem Fremdkapitalcharakter bzw. netzfremden Kapitalaufnahmen ergänzt. Die Zuordnung des nicht netzfremden Fremdkapitals sei weiterhin flexibel gestaltbar, am Durchschnittszins ändere sich im Vergleich zur

bisherigen Vorgehensweise nichts. Auch müsse die Beschwerdeführerin nicht befürchten, aktuelle Investitionsmaßnahmen stets nur zum aktuellen Zins finanzieren zu können, obgleich sie teilweise mit Fremdkapital aus anderen Jahren finanziert worden seien. Es sei die Zuordnung sämtlicher Fremdkapitalaufnahmen möglich, soweit sie nicht Eigenkapitalcharakter hätten oder netzfremd seien. Als nicht sachgerecht anzusehen und damit durch die angefochtene Festlegung zu vermeiden, sei indes die Berücksichtigung von Kosten für eine Fremdkapitalbeschaffung, die zum Zeitpunkt der Beschaffung keinen Netzausbau-Kapitalbedarf mittels einer Außenfinanzierung erkennen lasse, da diese (offensichtlich) durch andere Investitionsvorhaben als den nationalen Netzausbau ausgelöst werde. Die hierfür erforderliche Zuordnung der Fremdkapitalaufnahmen sei möglich und zumutbar, da ausschließlich Daten zu betrachten seien, die ohnehin bereits zum Nachweis der Marktüblichkeit der Fremdkapitalkosten vorgelegt werden müssten und die Zuordnung sehr einfach gestaltet werden könne, indem lediglich netzfremde Fremdkapitalaufnahmen eliminiert würden. Dies stehe dem Prinzip der Konzernfinanzierung nicht entgegen. Entsprechend werde auch keine Änderung des Kapitalaufnahmeverhaltens bezweckt.

Angesichts des veränderten Zinsniveaus im Vergleich zur Ausgangsfestlegung und der daraus folgenden Zinsdifferenz zwischen alten und neuen Fremdkapitalbeschaffungen, bestehe das Bedürfnis nach einer erhöhten Transparenz und damit Anlass für die festgelegte Änderung bei der Inanspruchnahme einer Konzernfinanzierung. Nur so könne die Marktüblichkeit der Zinssätze überprüft und die Weitergabe überhöhter Zinssätze verhindert werden. Bisher könnten Kosten für netzfremdes Kapital in die Berechnung des Durchschnittszinses einfließen. Diese entfielen jedoch nicht auf genehmigte Investitionsmaßnahmen und seien nicht berücksichtigungsfähig. Insoweit baue die angefochtene Festlegung auf der Ausgangsfestlegung auf und stehe keinesfalls zu ihr in Widerspruch.

Die angefochtene Festlegung werde auch der wirtschaftlichen Bedeutung der Hybridanleihe gerecht. Dieses Finanzierungsinstrument sei zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausgangsfestlegung noch unbekannt gewesen. Gegenstand der bisherigen Regelungen zur Anerkennung von Fremdkapitalkosten seien Finanzierungsinstrumente gewesen seien, die ausschließlich aus verzinslichem Fremdkapital bestanden hätten, so dass nunmehr zusätzlicher Regelungsbedarf entstanden sei, die Besonderheiten von Hybridanleihen sachgerecht abzubilden. Nach der bisherigen Regelung könne eine Hybridanleihe zwar auf ihre Marktüblichkeit hin überprüft werden, hierbei bleibe aber

außer Betracht, dass letztlich Eigenkapital als Fremdkapital verzinst werde. Die hierzu nunmehr in Tenorziffer 4 getroffene Regelung sei auch hinreichend bestimmt. Ziel sei es, die Wirkung des hybriden Charakters einer solchen Anleihe zu identifizieren und aus der Hybridanleihe (kalkulatorisch) herauszulösen bzw. bei der Verzinsungshöhe entsprechend zu berücksichtigen. Wie das im Einzelnen geschehe, werde den Netzbetreibern überlassen, die ihr Vorgehen den Konditionen der konkreten Hybridanleihe anpassen könnten. Dies bedeute einen Freiheitsgrad für die Netzbetreiber und keine Unbestimmtheit der Regelung. Bei Uneinigkeiten bestehe die Möglichkeit, im Rahmen der Genehmigung des Saldos des Regulierungskontos gemäß § 5 Abs. 3 ARegV Rechtsschutz zu suchen.

Schließlich sei sie auch gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV i.V.m. § 29 Abs. 2 EnWG zur Änderung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer ermächtigt gewesen. Die streitgegenständlichen Regelung sei von der Festlegungsermächtigung des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV gedeckt. Ausweislich der Vorschrift dürfe sie Vorgaben zur Berechnungsweise treffen. Hierzu gehörten nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Festlegungsbefugnis auch die Bestimmung der Bezugsgröße und damit der Bemessungsgrundlage, ohne die keine Berechnung erfolgen könne. Dass die angefochtene Festlegung eine eigene, von § 7 Abs. 1 StromNEV abweichende Regelung treffe, sei auch nicht systemwidrig. Ein exakter Gleichlauf mit den Regelungen der StromNEV sei nicht geboten. Hätte der Verordnungsgeber dies gewollt, wäre zu erwarten gewesen, dass ein entsprechender Hinweis in § 23 ARegV aufgenommen worden wäre. Die Befugnis, die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten durch eine Festlegung zu regeln, werde der Bundesnetzagentur in § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV aber ohne weitere Vorgaben des Verordnungsgebers bzw. ohne Verweise auf die Netzentgeltverordnungen übertragen. Die Regelung in Tenorziffer 5 der angefochtenen Festlegung stehe auch nicht im Widerspruch zu § 7 Abs. 1 StromNEV, da die Verzinsung des die Quote von 40 % übersteigenden Eigenkapitals seit jeher separat und hiervon abweichend geregelt gewesen sei. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausgangsfestlegung habe § 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV in der Fassung gegolten, die vom 06.11.2007 bis zum 21.08.2013 gültig gewesen sei. Seit dem 22.08.2013 habe die Vorschrift eine Änderung durchlaufen, die Ausgangsfestlegung sei jedoch nicht angepasst worden. Damit fielen seit fast acht Jahren die Regelungen für die Bestimmung des Ausgangsniveaus und die Berechnung der Kapitalkosten für Investitionsmaßnahmen auseinander. Ohnehin komme es aber auf die Vorschrift des § 7 StromNEV nicht

an, wenn es um die Frage der Bemessungsgrundlage für eine im Sinne des § 8 Strom-NEV sachgerechte kalkulatorische Gewerbesteuer gehe. In diesem Punkt bleibe es mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dabei, dass eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % nicht schützenswert sei. Die höchstrichterlichen Erwägungen zur kalkulatorischen Gewerbesteuer seien allgemeingültiger Natur und daher eins zu eins auf die hier streitgegenständlichen Abrechnungsvorgaben für Investitionsmaßnahmen übertragbar. Dass eine mit § 10a Abs. 8 ARegV vergleichbare Regelung in § 23 ARegV fehle, beruhe bei objektiver Analyse auf einer dem Gesetzgeber nicht bewussten planwidrigen Regelungslücke. Es existiere kein Grund, die kalkulatorische Gewerbesteuer bei Investitionsmaßnahmen anders zu ermitteln als im Kapitalkostenaufschlag. Beide Instrumente dienten dem Ausgleich von Nachteilen, die den Netzbetreibern aus einer reinen Basisjahr Betrachtung entstünden. Eine Gleichstellung beider Instrumente sei nach den Zielen des EnWG geradezu geboten, um unerwünschte Arbitrageeffekte zu vermeiden. Welche kalkulatorische Gewerbesteuer jeweils anzusetzen sei, könne inhaltlich nicht vom jeweiligen Abrechnungssystem abhängen. Sie habe ihr Ermessen dahingehend fehlerfrei ausgeübt, den Rechtsgedanken der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2020 (EnVR 26/19) auf Investitionsmaßnahmen zu übertragen. Obgleich sich die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu einer Regelung des Verordnungsgebers verhalte, sei der Rechtsgedanke auch auf Festlegungsebene anwendbar. Dass hierdurch die Verzinsung gemindert werde, habe sie erkannt, dies beruhe aber auf der Finanzierungsstruktur des Netzbetreibers. Eine Eigenkapitalquote von über 40 % sei ein Indiz für fehlenden Wettbewerb. Dies gelte auch für Kapitalkosten von Investitionsmaßnahmen.

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

B.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg. Auf die Beschwerde war der angefochtene Beschluss vom 15.12.2020 (BK4-12-656A02) hinsichtlich der Tenorziffern 3 und 4 aufzuheben. Die weitergehende Beschwerde war zurückzuweisen.

I. Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1 EnWG statthaft (vgl. Boos, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 112. EL Juni 2021, § 30 EnWG, Rn. 64, § 31 EnWG, Rn. 68). Die Beschwerdeführerin begehrt ausweislich ihres Beschwerdevorbringens in der Sache die Aufhebung der Tenorziffern 3, 4 und 5 der angegriffenen Festlegung. Für den Fall, dass die Bundesnetzagentur nach einer Aufhebung eine erneute Festlegung zu den streitgegenständlichen Regelungskomplexen erlassen sollte, begehrt sie in zweiter Linie eine Neufestlegung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats.

Auch vor dem Hintergrund des in Gestalt eines Verpflichtungsantrags formulierten Begehrens ist die Beschwerde indes insgesamt als Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1 EnWG zu bewerten, weil die Beschwerdeführerin nicht originäre Antragstellerin im Sinne des § 75 Abs. 3 S. 1 EnWG, sondern eine von dem Regelungsgegenstand der Festlegung betroffene Netzbetreiberin ist. Die mit ihrem Rechtsschutzbegehren nicht vollständig korrespondierende Antragstellung ist unschädlich, weil das (eigentliche) Anliegen dem Beschwerdevorbringen hinreichend deutlich entnommen werden kann.

II. Die streitgegenständliche Festlegung ist hinsichtlich der Tenorziffern 3 und 4 materiell rechtswidrig. Im Übrigen sind die Regelungen der Festlegung nicht zu beanstanden.

1. Die Regelung in der Tenorziffer 3 der angefochtenen Festlegung, durch die die Bundesnetzagentur die Vorgaben der Ausgangsfestlegung für die Anerkennungsfähigkeit der Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital im Falle einer Konzernfinanzierung geändert hat, ist rechtswidrig. Zwar war die Bundesnetzagentur zur Änderung der Anforderungen für die Feststellung der Marktüblichkeit von Fremdkapitalkosten bei Konzernfinanzierungen grundsätzlich ermächtigt. Jedoch ist die Ausübung des ihr eingeräumten Regulierungsermessens zu beanstanden.

1.1. Die streitgegenständliche Anordnung in Tenorziffer 3 ist von der Ermächtigungsgrundlage in § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV gedeckt.

1.1.1. § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV bestimmt, dass als Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme Kapital- und Betriebskosten geltend gemacht werden können. Da die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme lediglich dem Grunde nach erteilt wird, enthalten die von der Bundesnetzagentur ausgesprochenen Genehmigungen

keine Aussagen zur Höhe der mit der Maßnahme verbundenen Anschaffungs- und Herstellungskosten oder der Berechnung der Kosten. Gleichwohl besteht aus Gründen einer insgesamt konsistenten Kostenermittlung innerhalb der ARegV der Bedarf, Vorgaben zur Berechnung der Kosten aus dem Investitionsvolumen zu machen. Aus diesem Grund hat die Regulierungsbehörde mit § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV die Möglichkeit erhalten, eine Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zu treffen (vgl. F.-P. Hansen, in: BerlK EnR, 4. Aufl. § 23 ARegV, Rn. 46).

Mit der Ausgangsfestlegung vom 02.05.2012 (BK4-12-656) hatte die Bundesnetzagentur bestimmt, dass bei Vorliegen einer Konzernfinanzierung marktübliche Kosten für Fremdkapitalaufnahmen der finanzierenden Konzerngesellschaft als Kapitalkosten einer Investitionsmaßnahme anerkannt werden und zugleich konkrete Anforderungen für die Feststellung der Marktüblichkeit von Fremdkapitalkosten aufgestellt. Mit der angefochtenen Tenorziffer 3 werden die die Feststellung der Marktüblichkeit betreffenden Regelungen um die zusätzliche Vorgabe ergänzt, dass die auf Konzernebene für den Netzbetreiber beschafften Mittel transparent darzulegen und den Investitionsmaßnahmen zuzuordnen sind. Die mit der streitgegenständlichen Festlegung erlassenen veränderten Bedingungen für die Bewertung von im Rahmen einer Konzernfinanzierung angefallenen Fremdkapitalkosten als „marktüblich“ stellen Vorgaben zur Berechnung von Kapitalkosten dar und sind damit von der nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV eröffneten Entscheidungskompetenz erfasst.

1.1.2. Die Bundesnetzagentur war nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG grundsätzlich befugt, die diesbezüglichen Vorgaben der Ausgangsfestlegung, wonach der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der Beschaffungen von Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft erbracht werden konnte, zu ändern.

§ 29 Abs. 2 S. 1 EnWG berechtigt die Regulierungsbehörde, die nach § 29 Abs. 1 EnWG von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG soll sicherstellen, dass die festgelegten oder genehmigten Bedingungen angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-Drs. 15/3917, S. 62). Obgleich der Wortlaut der Bestimmung auf §§ 48, 49 VwVfG

verweist, normiert § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG einen eigenständigen Tatbestand (vgl. BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 24 ff. m.w.N., juris). Sinn und Zweck des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG besteht darin, der Regulierungsbehörde flexible Instrumente an die Hand zu geben, die notwendig sind, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse anzupassen und so die Effektivität der Regelung zu sichern (Wahlhäuser, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 29, Rn. 35). Eine solche Änderung ist auch dann zulässig, wenn die einschlägigen Rechtsvorschriften unverändert geblieben sind, sich nach dem Erlass der betroffenen Regelung aber neue Erkenntnisse ergeben haben, die zu der Beurteilung führen, dass die bisherige Regelung den Anforderungen dieser Rechtsvorschriften nicht genügt (BGH, a.a.O., Rn. 35, juris). Hierzu genügt es, wenn die neue Einschätzung auf technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gegebenheiten des Netzbetriebs beruht, die erst nachträglich zutage getreten sind und deshalb bei der ursprünglichen Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind (BGH a.a.O., Rn. 37, juris). Damit ermöglicht es § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG der Regulierungsbehörde, frühere Einschätzungen zu korrigieren, die sich im Lichte neuer Erkenntnisse als unzutreffend erweisen (BGH a.a.O., Rn. 40, juris).

Danach reicht es zur Begründung der Änderungsbefugnis aus, dass die Bundesnetzagentur den Änderungsbedarf auf die nachträglichen Erkenntnisse hinsichtlich der Anerkennung von Fremdkapitalkosten stützt und geltend macht, erst durch die Einsichten und Erfahrungen aus der Regulierungspraxis der vergangenen Jahre habe sie die Gefahr möglicher Fehlanreize und das Bedürfnis für eine Korrektur ihrer früheren Einschätzung erkannt und erkennen können.

1.2. Mit den geänderten Anforderungen an die Feststellung der Marktüblichkeit von Fremdkapitalkosten bei Konzernfinanzierungen hat die Bundesnetzagentur indes den ihr in § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV hinsichtlich der Auswahl und Ausgestaltung der Berechnungsvorgaben für die Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen eingeräumten Entscheidungsspielraum rechtsfehlerhaft ausgefüllt.

1.2.1. Die gerichtliche Kontrolldichte hinsichtlich der Ausübung des Regulierungsermessens beschränkt sich auf die Überprüfung, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig

und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.

Die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens ist vom Gericht zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (BGH, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 27, juris).

1.2.2. Nach Maßgabe dieser Grundsätze sind die streitgegenständlichen Vorgaben in Tenorziffer 3 der angefochtenen Festlegung zu beanstanden. Sie beruhen auf einer unzutreffenden Würdigung der maßgeblichen tatsächlichen Umstände und auf Fehleinschätzungen bezüglich der Auswirkungen der geänderten Vorgaben auf die Konzernfinanzierung.

1.2.2.1. Eine Konzernfinanzierung, d.h. eine Unternehmensfinanzierung auf Konzernebene, ist eine Finanzierungsstrategie, die unter Berücksichtigung aller relevanten Ein- und Auszahlungen der konzernweiten Geschäftsbereiche erfolgt. Im Rahmen einer Konzernfinanzierung wird in der Regel nicht für verschiedene Finanzierungszwecke der Konzerngesellschaften isoliert Fremdkapital beschafft, sondern es wird jährlich unter Zusammenführung der Finanzströme der konzernweite Liquiditätsbedarf ermittelt und dieser Gesamtbedarf wird durch eine Gesamtkapitalaufnahme zentral gedeckt, gegebenenfalls auch in mehreren Tranchen. Die Ermittlung des Kapitalbedarfs erfolgt unter Berücksichtigung der im nächsten Jahr geplanten Ein- und Auszahlungen. Fehlt es ausweislich dieser Planung an liquiden Mitteln zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen in den nächsten zwölf Monaten, beschafft die Konzernmutter oder eine Konzernfinanzierungsgesellschaft das erforderliche Fremdkapital und stellt die Weitergabe von Fremdkapital im Konzern sicher. Kapitalaufnahmen dienen dabei sowohl der Deckung zusätzlicher Finanzierungsbedarfe als auch der Ablösung endfälliger Darlehen. In zeitlicher Hinsicht handelt es sich um ein rollierendes System von Aufnahmen und Ablösungen von Fremdkapital. Der Liquiditätsbedarf der Konzernunternehmen wird durch verschiedene Finanzierungsleistungen wie bilaterale Darlehensbeziehungen

und Darlehenszusagen, Cash Pooling, Factoring (Forderungsverkauf), Bürgschaften und Patronatserklärungen sowie Hedging (Absicherungsgeschäfte) gedeckt, wobei bei Liquiditätsbedarf auf Seiten einer Konzerntochter die lang- bzw. mittelfristige Darlehensvergabe im Konzernverbund die klassische Form der längerfristigen Fremdfinanzierung darstellt. Die Konditionen der Fremdkapitalbereitstellung an eine Konzerntochter orientieren sich in der Regel an den durchschnittlichen Zinssätzen aller auf Ebene der Konzernmutter im Zeitpunkt der Fremdkapitalbereitstellung vorhandenen Darlehen. Somit werden die Durchschnittszinsen der Konzernmutter eins zu eins an die Konzerntöchter weitergereicht, gegebenenfalls zuzüglich marktüblicher Nebenkosten. Die Vorteile einer Konzernfinanzierung werden darin gesehen, dass sie im Vergleich zu einer Einzelfinanzierung jeder Konzerngesellschaft als schnell und unkompliziert umsetzbar gilt. Die Konzernmutter bzw. die Konzernfinanzierungsgesellschaft kann zudem in der Regel Kreditmittel zu günstigeren Konditionen aufnehmen als die Konzerntöchter (vgl. dazu Scholz/Wehke, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, 5. Aufl., Kapitel P: Finanzierungsdienstleistungen im Konzern, Rn. 5 bis 18 m.w.N.; Spindler, ZHR 171 (2007), S. 245 (247 f.)).

1.2.2.2. Die Bundesnetzagentur hat die streitgegenständliche Änderung zwar auf den als solchen zutreffenden Befund gestützt, es sei bei der Weitergabe der Durchschnittszinsen nicht sichergestellt, dass die diese Weiterbelastungen erzeugenden Kreditaufnahmen nicht für andere Zwecke als für den Netzausbau aufgenommen worden seien. Da im Rahmen einer typischen Konzernfinanzierung die zentrale Beschaffung des gesamten Fremdkapitals unter Berücksichtigung auch des Liquiditätsbedarfs aus netzfremden Zwecken erfolgt, ergeben sich die an die Konzernunternehmen weitergereichten Durchschnittszinsen zwangsläufig nicht ausschließlich aus den Konditionen der Kapitalbeschaffung für Netzausbaumaßnahmen.

Die zur Erreichung des erklärten Ziels, es zu verhindern, dass Fremdkapitalzinsen für netzfremdes Fremdkapital durch Netznutzer getragen werden, vorgegebene summarische Zuordnung von Fremdkapital- und Fremdkapitalkonditionen auf sämtliche Investitionsmaßnahmen beruht indes auf einer unzutreffenden Erfassung und Würdigung der Mechanismen der Konzernfinanzierung. Die Bundesnetzagentur ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass im Rahmen einer Konzernfinanzierung zu unterschiedlichen Zeitpunkten Fremdkapitalbeschaffungen, die sich nach ihrem Zweck und

Anlass unterscheiden lassen, stattfinden. Aus den Ausführungen in den Beschlussgründen, wonach Transparenz im Hinblick auf das Gesamtverschuldungsvolumen und die Aufnahmezeitpunkte hergestellt werden soll, wird das Anliegen der Beschlusskammer deutlich, nachvollziehen zu können, wann welcher Anteil des Gesamtverschuldungsvolumens als Fremdkapital einerseits für das Netzgeschäft und andererseits für netzfremde Zwecke aufgenommen wurde. Dieses Transparenzziel basiert auf der Annahme oder der Vorstellung, dass auch im Rahmen einer Konzernfinanzierung isolierte und zweckgerichtete Beschaffungsvorgänge zu jeweils unterschiedlichen Konditionen stattfinden. Wie die Beschwerdeführerin vorgetragen und die Bundesnetzagentur nicht in Abrede gestellt hat, sind solche isolierten Beschaffungsvorgänge indes nicht Teil einer üblichen Konzernfinanzierungsstrategie.

Zudem hat die Bundesnetzagentur verkannt, dass selbst die Identifizierung der netzfremden Zwecken dienenden Kapitalbeschaffungen kein geeignetes Mittel wäre, um sicherzustellen, dass deren Konditionen für die Bewertung der Marktüblichkeit der Zinshöhe außer Betracht bleiben. Soweit sie in den Beschlussgründen zur Erläuterung der praktischen Umsetzung der Tenorziffer 3 ausgeführt hat, eine jährliche summarische Zuordnung von Fremdkapital- und Fremdkapitalkonditionen auf sämtliche Investitionsmaßnahmen sei ausreichend, bedeutet dies, dass die Zuordnung einzelner Kapitalaufnahmen zu einzelnen Projekten nicht erforderlich ist, sondern der Kapitalbedarf für die Investitionsmaßnahmen addiert und dem Gesamtverschuldungsvolumen gegenübergestellt werden soll. Durch ein solches Vorgehen kann zwar der Anteil am gesamten beschafften Fremdkapital ermittelt werden, der auf den durch Netzausbau ausgelösten Liquiditätsbedarf entfällt. Damit wird zugleich der Anteil am gesamten Fremdkapitalvolumen ermittelt, der auf den durch netzfremde Zwecke ausgelösten Liquiditätsbedarf entfällt. Mittels einer solchen anteilmäßigen Abgrenzung bzw. Zuordnung kann jedoch nicht zugleich eine Abgrenzung der Finanzierungsbedingungen vorgenommen werden, um die es bei der Bewertung der Marktüblichkeit von Fremdkapitalkosten geht. Die Finanzierungsbedingungen können, da sie für die Gesamtbeschaffung oder eine Tranche der Gesamtbeschaffung angefallen sind, nicht danach unterschieden werden, ob sie für den Fremdkapitalanteil angefallen sind, der auf Netzauszwecke zurückgeht, oder für den Fremdkapitalanteil, der für netzfremden Liquiditätsbedarf beschafft worden ist. Eine Abgrenzung und Zuordnung der Fremdkapitalkosten zu den jeweiligen Liquiditätsbedarfen, für die auf Konzernebene zentral Fremdkapital beschafft worden ist, ist in der Regel nicht möglich.

Die von der Bundesnetzagentur geforderte Abgrenzung oder jedenfalls die Aussonderung von Fremdkapitalkosten, die auf die Kapitalbeschaffung für netzfremde Zwecke entfallen, setzt vielmehr eine einem spezifischen Zweck zuordenbare Kapitalbeschaffung voraus. Hat eine solche im Rahmen der Konzernfinanzierung – ausnahmsweise – stattgefunden, d.h. ist der diesbezügliche Liquiditätsbedarf durch eine gesonderte Kapitalbeschaffung erfüllt worden, sind die diesbezüglichen Konditionen aus dem weitergereichten Durchschnittszins herausrechenbar. Geht stattdessen der durch netzfremde Zwecken ausgelöste Liquiditätsbedarf in den Gesamtbedarf ein, für den zentral auf Konzernebene Fremdkapital beschafft wird, sind die auf die Gesamtbeschaffung entfallenden Konditionen nicht nach den hinter dem Bedarf stehenden unterschiedlichen Zwecken unterscheidbar. Es wird ein Durchschnittzinssatz ermittelt, dessen Marktüblichkeit anhand des Referenzzinssatzes geprüft werden kann. Wenn die Bundesnetzagentur betont, dass ein Durchschnittzinssatz weiterhin genügt, sich dieser allerdings nur aus Fremdkapitalaufnahmen errechnen soll, die nicht für netzfremde bzw. internationale Projekte erfolgt sind, lässt sie unberücksichtigt, dass insoweit regelmäßig keine gesonderten Beschaffungen erfolgt und demgemäß auch keine gesonderten und herausrechenbaren Konditionen angefallen sind.

Die Bundesnetzagentur hat in der Beschwerdeerwiderung klargestellt, dass Netzbetreiber durch die Tenorziffer 3 lediglich verpflichtet werden sollten, Fremdkapitalaufnahmen, die zum Ausgabezeitpunkt nicht für den nationalen Netzausbau erfolgt seien, bei der Berechnung des Durchschnittzinssatzes außer Betracht zu lassen, darüber hinaus könne eine prozentuale Zuordnung der Gesamtkapitalaufnahmen pauschal für die Investitionsmaßnahmen erfolgen. Sollte sie damit das mit der Festlegung verfolgte Anliegen und die entsprechende Verpflichtung der Netzbetreiber dahingehend relativieren wollen, dass die in Tenorziffer 3 geforderte Zuordnung zu den Investitionsmaßnahmen nur dann vorzunehmen ist, wenn im Rahmen einer Konzernfinanzierung – ausnahmsweise – einzelne zweckgerichtete Kapitalbeschaffungsvorgänge stattfinden, und durch Tenorziffer 3 ansonsten keine Änderung im Verhältnis zur Ausgangsfestlegung begründet werden sollte, ist ein solches Verständnis weder vom Wortlaut der Tenorziffer 3 gedeckt noch lässt es sich mit den erläuternden Ausführungen in den Beschlussgründen in Einklang bringen.

Die hinter Tenorziffer 3 der Neufestlegung stehende Motivation und die mit ihr verbundene Erwartung der Bundesnetzagentur, durch die Identifizierung von netzfremden Zwecken dienenden Kapitalbeschaffungen zu erreichen, dass deren Konditionen für

die Bewertung der Marktüblichkeit der Zinshöhe außer Betracht bleiben, kann somit bei einer für die Konzernfinanzierung typischen Gesamtbeschaffung nicht eintreten, so dass die Festlegung auf einer unzutreffenden Würdigung der Mechanismen der Konzernfinanzierung beruht.

1.2.2.3. Soweit die Bundesnetzagentur die Änderungsnotwendigkeit darauf stützt, eine Konzernfinanzierung könne es begünstigen, dass vermehrt hoch verzinste Darlehen und Anleihen den Abrechnungen der Investitionsmaßnahmen zugeordnet würden, ist die Befürchtung, dass eine systematische und zielgerichtete Zuordnung bestimmter hoch verzinsten Fremdkapitalaufnahmen zu den Fremdkapitalkosten von Investitionsmaßnahmen erfolgen könnte, nicht begründet. Es erfolgt typischerweise keine verursachungsgerechte Zurechnung einzelner Kapitalaufnahmen zu bestimmten Projekten, d.h. keine Kapitalbeschaffung mit Blick auf und zur Deckung des Kapitalbedarfs einer spezifischen Netzausbaumaßnahme oder des gesamten Netzausbaubedarfs, so dass mangels gesonderter, zweckgerichteter Beschaffungen auch eine systematische Zuordnung bestimmter Kapitalaufnahmen mit ungünstigen Zinsen zu spezifischen Projekten und zu den Abrechnungen von Investitionsmaßnahmen in der Regel nicht möglich ist. Da bei der Ermittlung des Kapitalbedarfs bereits aufgenommenes, aber noch nicht verwendetes Fremdkapital berücksichtigt wird und der aktuelle Liquiditätsbedarf nicht zwingend durch aktuelle Fremdkapitalbeschaffung zu gegebenenfalls günstigeren Konditionen gedeckt wird, kann durchaus ein höherer als der bei Neuabschluss verfügbare Zinssatz in den Durchschnittszinssatz einfließen. Dieser Effekt ist jedoch weder auf eine systematische, zielgerichtete Zuordnung bestimmter Fremdkapitalaufnahmen zu spezifischen Projekten zurückzuführen, noch wird er durch die Regelung in der Tenorziffer 3 der angefochtenen Festlegung verhindert. Auch wenn die dort vorgegebene Zuordnung im Rahmen einer Konzernfinanzierung umsetzbar wäre, könnte weiterhin bereits aufgenommenes höher verzinsliches Fremdkapital zur Finanzierung genehmigter Investitionsmaßnahmen eingesetzt werden, sofern die dahinterstehende Fremdkapitalaufnahme seinerzeit nicht netzfremden Zwecken diene.

1.2.2.4. Die Bundesnetzagentur hat sich nicht ausreichend mit den erheblichen Auswirkungen befasst, die die Umsetzung der Vorgaben unter Tenorziffer 3 der angefochtenen Festlegung auf die Finanzierungsstrategie von Konzernen hätte, so dass die Ausübung des ihr zustehenden Regulierungsermessens auch insoweit rechtsfehlerhaft ist. Sie hat in ihre Ermessenserwägungen nicht eingestellt, dass die für eine Konzernfinanzierung typische zentralisierte Gesamtkapitalbeschaffung die angestrebte

Aussonderung der für Kapitalbeschaffungen zu netzfremden Zwecken vereinbarten Konditionen nicht zulässt. Ohne eine zwischen dem jeweiligen Liquiditätsbedarf und dem spezifischen Finanzierungszweck unterscheidende, gesonderte Kapitalbeschaffung, die es ermöglichen würde, die Zinshöhe für netzfremden Zwecken dienender Fremdkapitalaufnahmen bei der Berechnung des Durchschnittzinssatzes für genehmigte Investitionsaufnahmen außer Betracht zu lassen, kann Tenorziffer 3 praktisch nicht umgesetzt werden. Eine sachgerechte jährliche Zuordnung nicht nur des im Konzern aufgenommenen Fremdkapitals, sondern der Fremdkapitalkonditionen zu den genehmigten Investitionsmaßnahmen setzt letztlich eine getrennte Kapitalaufnahme voraus.

Die Umsetzung der Neuregelung hätte zudem Konsequenzen für die Verwendung von im Rahmen der Konzernfinanzierung bereits beschafftes, aber noch nicht eingesetztes Fremdkapital in den Folgejahren. Ist eine nach Anlass und Zweck getrennte Kapitalaufnahme erforderlich, um die Fremdkapitalkonditionen für netzfremde Beschaffungsvorgänge aussondern zu können, wäre eine „Umwidmung“ des für netzfremde Zwecke aufgenommenen Fremdkapitals für den durch Netzausbau begründeten Liquiditätsbedarf nicht möglich.

Diese Folgen für die Konzernfinanzierung hat die Bundesnetzagentur entweder infolge einer unzutreffenden tatsächlichen Würdigung nicht in den Blick genommen oder sie zu Unrecht für unbeachtlich gehalten. Als defizitär erweist sich die Ausübung des Regulierungsermessens auch insoweit, als die Bundesnetzagentur einerseits Konzernfinanzierungen im Bereich der Finanzierung von Investitionsmaßnahmen ausdrücklich billigt, andererseits aber mit der Tenorziffer 3 Anforderungen aufstellt, die im Rahmen einer typischen Konzernfinanzierung nicht umsetzbar sind. Die Bundesnetzagentur hätte im Rahmen der Ausübung ihres Regulierungsermessens abwägen müssen, ob die Neufestlegung angesichts ihrer Auswirkungen auf übliche Konzernfinanzierungsstrategien überhaupt erforderlich ist. Weder hat sie das Interesse, weiterhin an den praktizierten Finanzierungsstrategien festzuhalten, dem Bedürfnis nach einer Neuregelung gegenübergestellt und die beteiligten Interessen abgewogen, noch ist ohne weiteres ersichtlich, dass Anlass für eine Neufestlegung bestand, weil die Fremdkapitalkosten bei konzernfinanzierten Investitionsmaßnahmen höher ausfallen als bei unternehmensfinanzierten Maßnahmen. Dies folgt insbesondere nicht aus dem Hinweis der Bundesnetzagentur auf das veränderte Zinsniveau im Vergleich zur Ausgangsfestlegung, denn der Durchschnittszins wird ebenso wie die Fremdkapitalkosten bei einer

Unternehmensfinanzierung ohnehin anhand des Referenzzinssatzes auf Marktüblichkeit untersucht.

2. Die die Behandlung von Hybridanleihen oder Fremdkapitalaufnahmen mit einem vergleichbaren Charakter betreffende Regelung in Tenorziffer 4 der Festlegung ist ebenfalls rechtswidrig. Die Vorgabe, dass nur der nicht als Eigenkapital geltende Anteil als Fremdkapital berücksichtigungsfähig ist sowie das darauf aufsetzende Gebot, die Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen echten Fremdkapitalanteils durch Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung zu ermitteln, verstoßen gegen das allgemeine Bestimmtheitsgebot.

2.1. Für den Begriff der hybriden Finanzinstrumente existiert keine allgemein anerkannte Definition. Einigkeit besteht dahingehend, dass hybride Finanzinstrumente Mischformen von idealtypischem Eigen- und Fremdkapital sind. Es handelt sich um ein Finanzierungsinstrument, das sich seit dem Jahr 2010 wieder wachsender Beliebtheit erfreut (vgl. Gleske/Laudenklos, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., I. Grundlagen der hybriden Finanzinstrumente, Rn. 60). Kennzeichnend für hybride Finanzinstrumente ist, dass es sich entweder um zivilrechtliches Fremdkapital mit einem wirtschaftlichen Eigenkapitalcharakter oder um zivilrechtliches Eigenkapital mit einem wirtschaftlichen Fremdkapitalcharakter handelt. In der Finanzierungspraxis sind vorrangig hybride Finanzinstrumente auf Basis zivilrechtlichen Fremdkapitals zu beobachten (vgl. Jacobs/Endres/Spengel, in Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl., 7. Kapitel, Nutzung von Qualifikationskonflikten).

Hybridanleihen (Hybrids) sind Schuldverschreibungen, die oft sehr lange (teilweise bis zu 100 Jahren) oder gar unbefristete Laufzeiten haben (vgl. Singhof, MünchKomm HGB, 4. Aufl., Band 6, Rn. 131). Für den Emittenten steht das vom Anleger investierte Kapital damit entweder „unendlich“ oder für einen sehr langen Zeitraum und damit vergleichbar wie Eigenkapital zur Verfügung. Typisch für die Hybridanleihe ist daneben, dass die Höhe des Ertrages nicht festgeschrieben ist, sondern von der Gewinnsituation des Unternehmens abhängt. Insofern ähnelt sie der Aktie. Zudem können unter bestimmten Voraussetzungen die Ertragszahlungen ausgesetzt oder verschoben werden. Dieses durch die Kursschwankungen ausgelöste Risiko wird mit einem Zinsaufschlag abgegolten.

Das Hauptmotiv für die Emission einer Hybridanleihe liegt darin, Kapital zu generieren, das für IFRS-Bilanz- und Ratingzwecke bis zu einem gewissen Grad als wirtschaftliches, bilanzielles oder aufsichtsrechtliches Eigenkapital bewertet wird, gesellschafts- und steuerrechtlich aber als Fremdkapital gilt (vgl. Singhof, MünchKomm HGB, 4. Aufl., Band 6, Rn. 132; Baums, in: Recht der Unternehmensfinanzierung, 2. Teil, Die Fremdkapitalfinanzierung, 4. Kapitel, Anleihen, § 39 Hybridanleihen, Rn. 1-8). Handelsrechtlich werden Hybridanleihen als Fremdkapital qualifiziert, da sie trotz der sehr langen Laufzeit den bilanzrechtlichen Schuldbegriff erfüllen. So handelt es sich um rechtlich begründete, wirtschaftlich belastende Außenverpflichtungen, bei der die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme besteht (vgl. Becker in: Becker/Heyder/Paudtke, StFG, 1. Aufl., § 22, Rn. 8, 9). Die Rating-Agenturen und die IAS-Bilanzierungsstandards rechnen Hybridanleihen indessen unter bestimmten Voraussetzungen zumindest teilweise dem Eigenkapital zu (equity credit). Bankaufsichtsrechtlich gelten sie unter Umständen als regulatorisches Eigenkapital, vgl. § 10 Abs. 5a KWG (vgl. Hölters, in: Aktiengesellschaft, 6. Teil, Satzungsänderung, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, 2. Abschnitt, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, 1. Unterabschnitt, Kapitalerhöhung gegen Einlagen, Vorbemerkung zu § 182).

2.2. Danach ist für hybride Finanzierungsinstrumente charakteristisch, dass sie sowohl Eigenschaften von Anleihen als auch von Aktien aufweisen und Merkmale von Fremd- und Eigenkapital in sich vereinen. Dennoch setzt sich eine Hybridanleihe nicht aus Fremd- und Kapitalanteilen mit unterschiedlichen Zinssätzen zusammen, sondern weist einen einheitlichen Zinssatz und ein einheitliches Rating auf. Somit scheidet eine eindeutige und klare Aufteilung bzw. Abgrenzung zwischen einem regulatorisch zu berücksichtigenden Fremdkapitalanteil und einem Eigenkapitalanteil aus. Angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung von Hybridanleihen hat die Bundesnetzagentur auch zu Recht auf die Vorgabe eines festen, auf alle hybriden Finanzierungsinstrumente gleichermaßen anwendbaren Prozentsatzes verzichtet.

Soweit es den Netzbetreibern überlassen bleibt, die Aufteilung vorzunehmen, ohne dass in den Beschlussgründen konkrete Maßgaben für die Herausrechnung des Eigenkapitalzinsanteils aus der Gesamtverzinsung erfolgen, genügt die Festlegung indes nicht den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von Verwaltungsakten im Sinne des § 37 Abs. 1 VwVfG, die auch für Allgemeinverfügungen und damit nach § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG auch für Festlegungen der Bundesnetzagentur gelten (vgl.

BGH, Beschluss v. 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 8, juris; Beschluss v. 29.04.2008, KVR 28/07, Rn. 9, juris; BGH, Beschluss v.19.06. 2007, KVR 17/06, Rn. 37, juris).

Wird dem Adressaten durch Verwaltungsakt ein Handeln, Dulden oder Unterlassen aufgegeben, muss das Ziel der geforderten Handlung so bestimmt sein, dass sie nicht einer unterschiedlichen subjektiven Beurteilung zugänglich ist (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 37, Rn. 31). Das Bestimmtheitsgebot verlangt demnach, dass der Adressat in die Lage versetzt wird, zu erkennen, was von ihm gefordert wird. Es reicht aus, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheids, insbesondere seiner Begründung sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen unzweifelhaft erkennen lässt (vgl. BVerwGE 114, 160, 164; 119, 282, 284). Im Einzelnen sind die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes aus dem Regelungsgehalt der jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Maßnahme und dem mit ihr verfolgten Sinn und Zweck herzuleiten (vgl. BGH, Beschluss v. 03.06.2014, EnVR 10/13, Rn. 44 m.w.N., juris).

Diesen Anforderungen genügt die nicht weiter konkretisierte Vorgabe, den Eigen- und Fremdkapitalanteil voneinander abzugrenzen und die Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen echten Fremdkapitalanteils durch Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung zu ermitteln, nicht. Die Adressaten können nicht erkennen, welchen Regeln die Aufteilung nach Fremd- und Eigenkapitalanteil, die Voraussetzung für eine Herausrechnung der Zinshöhe ist, folgen soll. Kriterien, anhand derer die Aufteilung oder Herausrechnung zu erfolgen hat, sind weder in der angefochtenen Tenorziffer 4 genannt noch ergeben sie sich – auch nicht sinngemäß – aus den Beschlussgründen. Ebenso wenig ist der Begründung aber mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass die Aufteilung auf Basis einer reinen Schätzung unter Berücksichtigung der unternehmensindividuellen Verhältnisse erfolgen kann, die lediglich auf Plausibilität hin kontrolliert werden soll. Den Netzbetreibern wird vielmehr aufgegeben, eigenständig zu prüfen, ob und in welcher Höhe die eigenen Finanzierungsinstrumente einen Eigenkapitalanteil aufweisen, ohne dass erkennbar ist, wie und nach welchen Maßgaben dies geschehen soll.

Die fehlende Konkretisierung und der Verzicht auf jegliche Orientierungshilfen für die vorzunehmende Aufteilung in zwei eigenständige Anteile führt zur Rechtsunsicherheit

bei der Geltendmachung von Fremdkapitalkosten. Für die Netzbetreiber ist nicht vorhersehbar, in welcher Höhe Fremdkapitalkosten anerkannt werden. Dies wirkt sich bereits auf die Entscheidung aus, eine Hybridanleihe zu platzieren. Netzbetreiber können vor der Emission einer Hybridanleihe nicht mit der gebotenen Sicherheit prognostizieren, welche Auswirkungen eine Emission auf die Anerkennungsfähigkeit der geltend gemachten Fremdkapitalkosten hätte.

Der Bestimmtheitsmangel erstreckt sich auch auf die Vorgaben zur Ermittlung der Verzinsungshöhe des Fremdkapitalanteils. Soweit die Bundesnetzagentur für die Bestimmung eines sachgerechten Fremdkapitalzinssatzes darauf verweist, dass der berücksichtigungsfähige Zins anhand einer im Ausgabezeitpunkt vergleichbaren Anleihe des Netzbetreibers anzusetzen sei, die keinen Eigenkapitalanteil enthält, erscheint es zweifelhaft, ob es regelmäßig eine im Hinblick auf Zeitpunkt, Volumen und Bonität vergleichbare Referenzanleihe gibt. Zudem bleibt offen, was zu geschehen hat, wenn das nicht der Fall ist.

3. Soweit sich die Beschwerde auch gegen Tenorziffer 5 der angefochtenen Festlegung richtet, hat sie keinen Erfolg. Die Regelung, wonach die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzt werden soll, ist rechtmäßig. Die Anordnung zur zeitlichen Wirkung in Tenorziffer 2 ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

3.1. Die Bundesnetzagentur war nach § 29 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV befugt, im Wege einer Änderung der Ausgangsfestlegung die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer als eines Teils der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zu begrenzen.

3.1.1. Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV ist die Bundesnetzagentur ermächtigt, durch Festlegungen oder Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke Regelungen zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapitalkosten unter Beachtung der maßgeblichen materiell-rechtlichen Vorgaben der ARegV sowie der anderen einschlägigen Verordnungen, insbesondere der StromNEV zu treffen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Bundesnetzagentur diese Ermächtigung nicht dadurch überschritten, dass die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer für die Ermittlung der

Kapitalkosten in der Neuregelung unter Tenorziffer 5 abweichend von §§ 7, 8 StromNEV bestimmt wird.

Gemäß § 8 StromNEV kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV knüpft an die als Gewerbeertrag fungierende kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV an (BGH, Beschlüsse vom 31.10.2012, EnVR 16/10, Rn. 10 und v. es14.08.2008, KVR 36/07, Rn. 82, juris). Bei der Ermittlung der Netzkosten ist die kalkulatorische Kostenposition der dem Netzbetrieb sachlich zuzurechnenden Gewerbesteuer damit auf der Grundlage der als Gewerbeertrag fungierenden vollständigen Eigenkapitalverzinsung zu ermitteln. In der Ausgangsfestlegung hatte die Bundesnetzagentur die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapitalkosten im Grundsatz an die Vorgaben der §§ 5, 7 und 8 StromNEV zur Ermittlung und Berechnung der in die Ermittlung der Netzkosten eingehenden Kapitalkosten und kalkulatorischen Steuern angelehnt. Als Bemessungsgrundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer sollte entsprechend der Vorgehensweise bei der Ermittlung der Netzkosten die vollständige Eigenkapitalverzinsung dienen. Für die Verzinsung des die Quote von 40 % übersteigenden Eigenkapitals war in der Ausgangsfestlegung allerdings eine von den Vorgaben des § 7 StromNEV (a.F.) abweichende Bestimmung getroffen worden. Während § 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV in der zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausgangsfestlegung geltenden Fassung anordnete, den 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteil wie Fremdkapital zu verzinsen, sah die Festlegung die Anwendung eines kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes vor. Die Vorgaben zur Netzkostenermittlung bildeten somit zwar den Ausgangspunkt für die Ermittlung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen, sind aber von der Bundesnetzagentur nicht eins zu eins übertragen worden.

Da es für die Ermittlung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen an entsprechenden Regelungen in der ARegV und in der StromNEV zur Berechnung der zu berücksichtigenden kalkulatorischen Gewerbesteuer fehlt, hat die Bundesnetzagentur mit der durch die Neufestlegung vorgenommenen Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % weder den verordnungsrechtlich vorgezeichneten Rahmen – und damit ihre Festlegungskompetenz – überschritten, noch ist sie normgestaltend bzw. normsetzend

tätig geworden.

3.1.2. Indem die Bundesnetzagentur mit der Neuregelung in Tenorziffer 5 den im Hinblick auf die Bemessungsgrundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer bestehenden Gleichlauf aufgelöst und die Ermittlung dieser kalkulatorischen Kostenposition nunmehr entsprechend der Regelung des § 10a Abs. 8 ARegV ausgestaltet hat, hat sie von der ihr durch § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV eingeräumten Befugnis, Regelungen zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapitalkosten zu treffen, rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht.

3.1.2.1. Die Festlegungsbefugnis erlaubt der Bundesnetzagentur nicht nur die Regelung von Formalien bzw. beschränkt sie nicht auf die Gewährleistung einer einheitlichen Berechnung der Kapitalkosten. Vielmehr ist die Bundesnetzagentur ermächtigt, den Berechnungsvorgang für die berücksichtigungsfähigen Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen inhaltlich vollständig zu regeln und durch die Bestimmung der Ermittlungsschritte festzulegen.

3.1.2.1.1. Für die Annahme einer weiten Festlegungsbefugnis sprechen neben dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV auch systematische Erwägungen sowie der Sinn und Zweck der Vorschrift.

Nach dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV ist die Regulierungsbehörde ermächtigt, zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke Entscheidungen in Form einer Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zu erlassen. Die Verwendung der Formulierung „zur Berechnung“ weist darauf hin, dass die Bundesnetzagentur ermächtigt ist, auch die erforderlichen einzelnen Berechnungsfaktoren für die Berechnung zu bestimmen.

Systematische Erwägungen stützen die Auffassung, dass die Bundesnetzagentur nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift befugt ist, die Berechnungsvorgaben der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten vollständig zu regeln. Dies ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich zur Regelung des § 32 Abs. 1 Nr. 3a ARegV, wonach eine entsprechende Befugnis der Bundesnetzagentur zur Bestimmung der Berechnung für den Kapitalkostenaufschlag im Hinblick auf die Regelung zur Berechnungsgrundlage in § 10a Abs. 8 ARegV gerade nicht besteht.

Dementsprechend beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 Nr. 3a ARegV neben formellen Verfahrensfestlegungen auf Allgemeinverfügungen zu materiellen Details des Kapitalkostenaufschlags (vgl. Henn, in: BerlK EnR, 4. Aufl., § 32 ARegV, Rn. 17; Schreiber, in: Holznagel/Schütz ARegR, 2. Aufl., § 32, Rn. 48), während die die Bundesnetzagentur nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV befugt ist, Vorgaben zur Berechnung der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen festzulegen.

Auch der Verordnungsgeber wollte offensichtlich der Bundesnetzagentur eine entsprechend weite Befugnis zuerkennen. Andernfalls hätte er die bestehende Lücke in Bezug auf die Berechnung der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen durch eine entsprechende Regelung in § 23 ARegV – wie es zum Kapitalkostenaufschlag in § 10a Abs. 8 ARegV erfolgt ist - schließen können. Da eine verordnungsrechtliche Regelung aber nicht getroffen worden ist, soll diese Leerstelle offensichtlich im Wege einer Festlegung seitens der Bundesnetzagentur ausgefüllt werden können. Die Ermächtigung in § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV erfasst damit den gesamten Berechnungs- und Ermittlungsvorgang.

Dieses Verständnis einer weiten Auslegung der Festlegungsbefugnis der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV entspricht auch der durch die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18, Rn. 112 ff., juris) geforderten Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur. Die Vorschriften der ARegV finden zwar noch weiterhin Anwendung, sie sind allerdings angesichts der durch das Unionsrecht geforderten Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen wo auch immer möglich und bis zu der den Gerichten durch den Willen des nationalen Gesetzgebers gezogenen Grenzen im Sinne einer Gewährleistung der Sicherung dieser Unabhängigkeit auszulegen. Eine gerichtliche Überprüfung erfolgt daher im Grundsatz nur noch in Bezug auf den nach diesen Maßstäben fortgeltenden nationalen Regulierungsrahmen sowie anhand unionsrechtlicher Vorgaben (vgl. BGH, Beschluss v. 09.11.2021, EnVR 36/20, Rn. 11 m.w.N., juris).

3.1.2.1.2. Auch wenn § 32 Abs. 1 Nr. 8 ARegV keine ausdrücklichen inhaltlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Berechnungsvorgaben aufstellt, ergeben sich diese aus dem Zweck der Ermächtigung, wie ihn die Verordnungsbegründung umschreibt: Danach kann die Bundesnetzagentur im Wege einer Festlegung zur

Gewährleistung der Sachgerechtigkeit und Vergleichbarkeit der Methode zur Ermittlung der Planwerte für Betriebs- und Kapitalkosten Vorgaben zur Berechnung dieser Kosten treffen (vgl. BR-Drs. 860/11 (Begründung) vom 30.12.2011, S. 10). Im Ergebnis dient die Festlegungsbefugnis dem Ziel, die Betriebs- und Kapitalkosten sachgerecht und vergleichbar zu ermitteln. Das Kriterium der Sachgerechtigkeit ist dabei am Normzweck des § 23 ARegV auszurichten, wonach durch das Instrument der Investitionsmaßnahmen Erleichterungen für Investitionen und verbesserte Refinanzierungsmöglichkeiten geschaffen werden (vgl. Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer, in: Holznagel/Schütz ARegV, 2. Aufl., § 23 ARegV, Rn. 40 ff.).

3.1.2.2. Dass die Bundesnetzagentur die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer unter Übertragung des Rechtsgedankens der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2020 (EnVR 26/19) abweichend von den Vorgaben für die Netzkostenermittlung auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzt hat, stellt eine sachgerechte Berechnungsvorgabe dar.

Weder aus § 23 ARegV noch aus § 32 Abs. 1 Nr.8 ARegV lässt sich entnehmen, dass jeder Rechenschritt für die Ermittlung der aus genehmigten Investitionsmaßnahmen folgenden Kapitalkosten entsprechend den Regelungen und Vorgaben für die Netzkostenermittlung vorzunehmen ist. Die Vorschriften enthalten keinen Verweis und keine Bezugnahme auf die §§ 5 ff. StromNEV, so dass nicht anzunehmen ist, dass der Verordnungsgeber einen solchen Gleichlauf anordnen wollte oder vorausgesetzt hat. Wie die Regelung in § 10a Abs. 8 ARegV belegt, ist der Verordnungsgeber vielmehr davon ausgegangen, dass die Berücksichtigung von Kapitalkosten aus nach dem Basisjahr erfolgenden Investitionen nach anderen Maßgaben erfolgen kann als im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten. Somit kann ein für die Berücksichtigung von Kapitalkosten in der Anreizregulierungsverordnung angelegtes, allgemeines Gleichlaufprinzip gerade nicht angenommen werden. Auch unter Berücksichtigung der mit dem Instrument der Investitionsmaßnahme verfolgten Zwecksetzung ergibt sich dies keineswegs zwingend. Zwar wird infolge der Neuregelung die Verzinsung für diejenigen Netzbetreiber, die eine Eigenkapitalquote über 40 % aufweisen, gemindert. Diese Minderung tangiert indes die Anreiz- und Erleichterungswirkung des Instruments der Investitionsmaßnahme nicht in erheblicher Weise.

Vielmehr begegnet es keinen Bedenken, dass die Bundesnetzagentur mit der Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 %

einen Gleichklang bei der Bemessung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zu der Bemessung dieser Kosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags im Sinne des § 10a Abs. 8 ARegV hergestellt hat. Obwohl § 10a Abs. 8 ARegV nur den Kapitalkostenaufschlag betrifft und eine entsprechende verordnungsrechtliche Regelung für die streitgegenständliche Frage nicht existiert, war die Bundesnetzagentur nicht gehindert, diese Bemessungsgrundlage und mithin die Begrenzung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf den Bereich der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen zu übertragen. Anders als bei der Ermittlung der Netzkosten geht es bei beiden Instrumentarien darum, dass Kapital- und Betriebskosten aus Investitionen außerhalb des Basisjahrs zur Anpassung der Erlösobergrenze führen. Angesichts dieser vergleichbaren Funktion sind zwingende sachliche Gründe, bei der Berechnung der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen einen anderen Bemessungsansatz zu wählen als im Kapitalkostenaufschlag, nicht gegeben. Der nunmehr hergestellte Gleichlauf bei der Berechnung erscheint vielmehr im Hinblick auf die Vergleichbarkeit beider Instrumentarien als naheliegend und sachgerecht.

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur den Kerngedanken der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschlüsse v. 14.08.2008, KVR 35/07 und KVR 42/07; Beschluss v. 08.10.2019, EnVR 28/18), wonach ein Eigenkapitalanteil von über 40 % nicht schützenswert sei, auf den Bereich der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen übertragen hat. Sinn und Zweck dieser Deckelung ist es, ein überhöhtes Eigenkapital kalkulatorisch nur beschränkt wirksam werden zu lassen. Eines der Regulierungsziele ist nach § 1 Abs. 1 EnWG die Schaffung einer preisgünstigen Energieversorgung. Zudem soll mit der Regulierung ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb bei der Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas sichergestellt werden (§ 1 Abs. 2 EnWG). Ein hoher Eigenkapitalanteil gilt als Indiz für unzureichenden Wettbewerb und ist damit nach der Vorstellung des Gesetz- und Ordnungsgebers nur bedingt schützenswert. Nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erscheint es daher nicht sinnvoll, wenn Unternehmen langfristig eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % aufweisen, da sich 40 % übersteigende Eigenkapitalanteile unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würden (vgl. BGH, Beschlüsse v. 14.08.2008, KVR 35/07, Rn. 65 und KVR 42/07, Rn. 39 ff.; Beschluss v. 08.10.2019, EnVR 28/18, Rn. 35, juris).

Diese Erwägungen hat die Bundesnetzagentur rechtsfehlerfrei auf den hier

streitgegenständlichen Regelungskomplex übertragen und bestimmt, dass aus diesen Gründen auch bei den Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen keine Verpflichtung besteht, eine höhere Gewerbesteuerbelastung zu berücksichtigen. Auch bei Investitionsmaßnahmen ist es Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes, dass die Eigenkapitalverzinsung gegebenenfalls nicht in vollem Umfang erhalten bleibt. Einen Anspruch der Netzbetreiber auf eine auskömmliche Verzinsung jenseits einer Eigenkapitalquote von 40 % (vgl. BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 26/19, Rn. 42, juris) hat die Bundesnetzagentur für den Bereich der Investitionsmaßnahmen rechtsfehlerfrei verneint und beanstandungsfrei darauf abgestellt, dass für den Ansatz der Gewerbesteuer nichts anderes zu gelten habe als für tatsächlich anfallende Kosten oder Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden und aus diesem Grund gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG bei der Entgeltbildung nicht berücksichtigt werden dürfen.

3.2. Die Bundesnetzagentur war nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auch dazu ermächtigt, die bestandskräftige Ausgangsfestlegung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG zu ändern.

§ 29 Abs. 2 S. 1 EnWG berechtigt die Regulierungsbehörde, die nach § 29 Abs. 1 EnWG von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen.

3.2.1. Die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG für eine Änderung der Ausgangsfestlegung, bei der es sich um eine Entscheidung über Bedingungen und Methoden für den Netzzugang im Sinne des § 29 Abs. 1 EnWG handelt, sind im Streitfall gegeben.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Tatbestand von § 48 oder § 49 VwVfG erfüllt ist. Zwar bleiben nach § 29 Abs. 2 S. 2 EnWG die allgemeinen Vorschriften in §§ 48 und 49 VwVfG unberührt. Daraus folgt indes nicht, dass eine Änderung nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG nur zulässig ist, wenn zugleich der Tatbestand von § 48 oder § 49 VwVfG erfüllt ist. Vielmehr normiert § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG einen eigenständigen Tatbestand (vgl. BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 24 ff. m.w.N., juris).

§ 29 Abs. 2 S. 1 EnWG soll sicherstellen, dass die festgelegten oder genehmigten Bedingungen angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-

Drs. 15/3917, S. 62). Sinn und Zweck des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG besteht darin, der Regulierungsbehörde flexible Instrumente an die Hand zu geben, die notwendig sind, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse anzupassen und so die Effektivität der Regelung zu sichern (Wahlhäuser, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 29, Rn. 35). Die Änderungsentscheidung darf nicht nur "nachrangige" Fragen regeln, sondern auch - und gerade - solche Fragen, die bereits in der vorangegangenen Entscheidung eine Regelung gefunden haben (BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 15, juris). Demnach steht es der Zulässigkeit der Änderung nicht entgegen, dass die Neufestlegung die Berechnung der Gewerbesteuer und damit sowohl eine für die Ermittlung der Kapitalkosten wesentliche als auch in der Ausgangsfestlegung ausdrücklich anders geregelte Frage betrifft.

Das in § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG normierte Erfordernis, wonach die Änderung erforderlich sein muss, damit die festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden "weiterhin" den einschlägigen Voraussetzungen entsprechen, bedeutet weder, dass nur anfänglich rechtmäßige Entscheidungen geändert werden dürfen, noch dass eine Anpassung infolge einer Änderung der einschlägigen Rechtsvorschriften erforderlich wird. Vielmehr ist eine Änderung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auch dann zulässig, wenn die einschlägigen Rechtsvorschriften unverändert geblieben sind, sich nach dem Erlass der betroffenen Regelung aber neue Erkenntnisse ergeben haben, die zu der Beurteilung führen, dass die bisherige Regelung den Anforderungen dieser Rechtsvorschriften nicht genügt (BGH, a.a.O. Rn. 35, 38, juris). Hierzu reicht es, wenn die neue Einschätzung auf technischen wirtschaftlichen oder sonstigen Gegebenheiten des Netzbetriebs beruht, die erst nachträglich zutage getreten sind und deshalb bei der ursprünglichen Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind (BGH a.a.O., Rn. 37, juris). Damit ermöglicht es § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG der Regulierungsbehörde, frühere Einschätzungen zu korrigieren, die sich im Lichte neuer Erkenntnisse als unzutreffend erweisen (BGH a.a.O., Rn. 40, juris). Der „Erkenntnisfortschritt“ als eigene, die Änderung einer bestandskräftigen Festlegung rechtfertigende Fallgruppe eröffnet einen sachgerechten, eigenen Anwendungsbereich für § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG. Dies trägt dem Ziel, ein flexibles Regulierungsinstrumentarium bereitzustellen, Rechnung (vgl. Anmerkung Missling zu BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, EnWZ 2017, 84 ff.).

3.2.2. Nach Maßgabe dessen hat die Bundesnetzagentur die streitgegenständliche

Änderung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer rechtsfehlerfrei auf die veränderte Einschätzung der Schutzwürdigkeit einer 40 % übersteigenden Eigenkapitalquote und damit auf einen Erkenntnisfortschritt in Bezug auf sonstige Gegebenheiten des Netzbetriebs gestützt. Zu diesen sonstigen Gegebenheiten zählen auch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Netzbetriebs. Bei neuen Erkenntnissen zu den für den Netzbetrieb maßgeblichen rechtlichen Verhältnissen besteht ein unter Berücksichtigung des Zwecks des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG anerkennenswertes Bedürfnis, die Methodenfestlegung anzupassen. Nachträgliche Erkenntnisse, die zu einer neuen Einschätzung von Rechtsfragen führen, können sich – ohne dass die einschlägigen Rechtsvorschriften geändert werden – insbesondere aus der Weiterentwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie der Etablierung neuer Regulierungsinstrumente ergeben, in deren Lichte eine andere Bewertung der bisherigen Vorgehensweise angezeigt ist.

Die Bundesnetzagentur begründet die Erforderlichkeit der streitgegenständlichen Änderung damit, dass angesichts der höchstrichterlich festgestellten fehlenden Schutzwürdigkeit einer Eigenkapitalquote von über 40 % die Begrenzung der Bemessungsgrundlage für die Bestimmung der ansetzbaren Gewerbesteuer bei der Abrechnung genehmigter Investitionsmaßnahmen sachgerecht sei. Dies ist nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur hat aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2020 (EnVR 26/19), in der die Vereinbarkeit der Regelung in § 10a Abs. 8 ARegV mit höherrangigem Recht bejaht wird, zu Recht Erkenntnisfortschritte im Hinblick auf den sachgerechten Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer im Rahmen der Berechnung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen entnommen. Aus dieser Entscheidung ergeben sich objektiv neue Einsichten für die Frage, ob die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer im Rahmen der Ermittlung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen weiterhin, wie in der Ausgangsfestlegung vorgesehen, an der Vorgehensweise bei der Ermittlung der Netzkosten zu orientieren ist, oder sich auch eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage entsprechend § 10a Abs. 8 ARegV als sachgerecht darstellen kann.

Dies gilt unabhängig davon, dass sich – was die Bundesnetzagentur erkannt hat – diese Entscheidung ausschließlich zur Vereinbarkeit des § 10a Abs. 8 ARegV mit höherrangigem Recht verhält und keinerlei Aussagen dazu enthält, dass die dort für den Kapitalkostenaufschlag vorgesehene Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf

die Berechnung der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen übertragbar ist. Maßgeblich ist, dass der Ordnungsgeber durch § 10a Abs. 8 ARegV erstmals die Ansetzbarkeit der kalkulatorischen Gewerbesteuer von Kapitalkosten aus Investitionsmaßnahmen abweichend von der Vorgehensweise bei der Ermittlung der Netzkosten geregelt hat und der Bundesgerichtshof dies unter Hinweis auf die fehlende Schutzwürdigkeit einer 40 % übersteigenden Eigenkapitalquote für vereinbar mit höherrangigem Recht gehalten hat. Zum einen kann der durch § 10a Abs. 8 ARegV vorgenommenen Begrenzung der Bemessungsgrundlage erst nach der nunmehr höchstrichterlich bestätigten Zulässigkeit der Regelung eine Vorbildfunktion für den Ansatz der Gewerbesteuer im Rahmen der Berechnung der Kapitalkosten aus Investitionsmaßnahmen zukommen. Zum anderen hat der bereits zuvor höchstrichterlich entwickelte Grundsatz, wonach eine Eigenkapitalquote von über 40 % nicht schützenswert sei, eine weitere Verfestigung erfahren, indem der Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigt hat, dass der Ordnungsgeber diesen Grundsatz bei seinen Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag berücksichtigen durfte. Bei beiden Aspekten handelt es sich um neue Erkenntnisse im Hinblick auf die Überlegung, ob die Berechnung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen an der in § 10a Abs. 8 ARegV vorgesehenen Vorgehensweise ausgerichtet werden kann, die die Bundesnetzagentur zur Begründung ihrer Entscheidung, die Vorgaben zur Ansetzbarkeit der kalkulatorischen Gewerbesteuer zu ändern, herangezogen hat, und ohne die sie die streitgegenständliche Ausgestaltung nicht vorgenommen hätte. Die neue Bewertung der Bundesnetzagentur, wonach eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf eine fiktive Eigenkapitalquote geboten ist, beruht auf der höchstrichterlichen Billigung der nach Erlass der Ausgangsfestlegung erlassenen Vorschrift des § 10a Abs. 8 ARegV und damit auf einem nachträglichen Umstand, der bei Erlass der Ausgangsfestlegung noch nicht berücksichtigt werden konnte.

Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof bereits in früheren Entscheidungen (vgl. BGH, Beschlüsse v. 14.08.2008, KVR 35/07, Rn. 65 und KVR 42/07, Rn. 39 ff.; Beschluss v. 08.10.2019, EnVR 28/18, Rn. 35, juris) ausgeführt hat, dass sich ein 40 % übersteigender Eigenkapitalanteil unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würde, ein solcher vielmehr als Indiz für unzureichenden Wettbewerb gelte und damit nach der Vorstellung des Gesetz- und Ordnungsgebers nur bedingt schützenswert sei. Zum Zeitpunkt des Erlasses der

Ausgangsfestlegung war auch im Lichte dieser Rechtsprechung die Schlussfolgerung, dass die kalkulatorische Gewerbesteuer im Rahmen der Berechnung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen abweichend von der Vorgehensweise bei der Ermittlung der Netzkosten unter Ansatz einer verkürzten Bemessungsgrundlage ermittelt werden könnte, nicht naheliegend. Erst die Einführung des § 10a Abs. 8 ARegV und die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2020 (EnVR 26/19) gaben Anlass, die Vorgaben zur Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer in der Ausgangsfestlegung in Frage zu stellen und zu prüfen, ob eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % sachgerecht oder geboten sein könnte. Der Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG steht zudem nicht entgegen, dass die mit der Ausgangsfestlegung getroffene Vorgabe zur Bemessungsgrundlage nach wie vor rechtmäßig sein dürfte. Vielmehr ermächtigt § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG die Bundesnetzagentur auch dazu, rechtmäßige Regelungen zu ändern (vgl. BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 15, 39, juris).

3.3. Die Bundesnetzagentur hat den zeitlichen Anwendungsbereich der angefochtenen Festlegung in Tenorziffer 2 rechtsfehlerfrei bestimmt. Dass die Regelung der angefochtenen Festlegung auch für bereits beantragte und auch genehmigte Investitionsmaßnahmen gilt, verstößt nicht gegen das im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rückwirkungsverbot.

3.3.1. Aus dem Anwendungsbereich und der ratio des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG folgt, dass die Bundesnetzagentur die von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich, aber in der Regel nur mit Wirkung für die Zukunft ändern darf. Soweit von einer mit Wirkung für die Zukunft angeordneten Änderung eine unechte Rückwirkung ausgeht, ist dies im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zulässig (vgl. BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 31 m.w.N., juris).

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Rückwirkung zwischen einer echten Rückwirkung und einer unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung.

Eine unzulässige echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (BVerfG, Beschluss

v. 18.02.2009, 1 BvR 3076/08, Rn. 66, juris). Dies ist insbesondere der Fall, wenn seine Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt der Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Erst mit der Verkündung ist eine Norm rechtlich existent. Bis zu diesem Zeitpunkt, zumindest aber bis zum endgültigen Gesetzesbeschluss, müssen von einem Gesetz Betroffene grundsätzlich darauf vertrauen können, dass ihre auf geltendes Recht gegründete Rechtsposition nicht durch eine zeitlich rückwirkende Änderung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung nachteilig verändert wird (BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 59 m.w.N., juris). Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sind echt rückwirkende belastende Gesetze grundsätzlich unzulässig. Der Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen gilt jedoch ausnahmsweise nicht, wenn die Betroffenen mit einer Änderung einer unklaren und verworrenen Rechtslage rechnen mussten, oder wenn das bisherige Recht derart systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (BVerfG, Beschluss v. 17.12.2013, 1 BvL 5/08, Rn. 65, juris).

Eine unechte Rückwirkung liegt dagegen dann vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, so wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden ("tatbestandliche Rückanknüpfung") (BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 60 m.w.N., Senat, Beschluss v. 12.12.2012, VI-3 Kart 46/12 [V], Rn. 23; Beschluss v. 20.02.2017, VI-3 Kart 38/16 [V], Rn. 52, juris). Sie ist nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig (BVerfGE 127, 1, 16 f.; 131, 20, 39; 148, 217, 255 Rn. 135; Beschluss v. 25.03.2021 - 2 BvL 1/11, Rn. 53, juris). Denn die Gewährung vollständigen Schutzes zugunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel zulasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen. Jedoch können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Dies ist dann der Fall, wenn die Änderung zur Erreichung eines Gesetzeszwecks nicht geeignet oder nicht erforderlich ist oder wenn Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Ge-

setzgebers überwiegen (BVerfG, Beschluss v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92, Rn. 109, juris). Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt dagegen die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (BVerfGE 155, 238 Rn. 125; Beschluss v. 25.03.2021, 2 BvL 1/11, Rn. 53, juris). Auch ein in umfangreichen Dispositionen ausgeübtes besonderes Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts begründet grundsätzlich noch keinen abwägungsresistenten Vertrauensschutz (BVerfGE 145, 20, Rn. 189; BVerfGE 155, 238, Rn. 125). Eine Garantie der Erfüllung aller Investitionserwartungen besteht nicht (BVerfGE 155, 238, Rn. 125). Der Gesetzgeber muss, soweit er künftige Rechtsfolgen an bereits ins Werk gesetzte Sachverhalte anknüpft, dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung tragen. Die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage sind abzuwägen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt werden. Eine unechte Rückwirkung ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes daher nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt (BVerfGE 127, 1, 18; 131, 20, 40; BVerfG, Beschluss v. 25.03.2021, 2 BvL 1/11, Rn. 53; BGH, Beschluss v. 04.05.2021, EnVR 14/20, Rn. 29; Beschluss v. 09.11.201, EnVR 36/20, Rn. 35, juris).

Diese Grundsätze sind auf Änderungsentscheidungen der Bundesnetzagentur entsprechend anzuwenden. Solche Entscheidungen beruhen regelmäßig auf einem allgemeineren Regelungskonzept. Ihre Wirkungen kommen deshalb in ihrer Gesamtheit denjenigen einer Rechtsnorm häufig nahe (vgl. BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 32, juris).

3.3.2. Nach Maßgabe dessen stellt sich die Regelung in Tenorziffer 2 der angefochtenen Festlegung, wonach auch bereits beantragte und genehmigte Investitionsmaßnahmen von der Änderung erfasst werden, als eine unechte Rückwirkung dar.

Die Vorgaben zur Bemessungsgrundlage bei der Berechnung der Kapitalkosten bereits beantragter und genehmigter Investitionsmaßnahmen greifen nicht nachträglich ändernd in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt ein. Da eine Anpassung der

Erlösobergrenze von der Kostenwirksamkeit der Maßnahme abhängt, hat nicht schon die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme den relevanten Sachverhalt zum Abschluss gebracht. Die gilt erst recht für den regelmäßig noch vor der Genehmigung liegenden Zeitpunkt, zu dem die Finanz- und Investitionsplanung vollständig vorlagen (vgl. BGH, Beschluss v. 09.11.2021, EnVR 36/20, Rn. 33 m.w.N.).

Vielmehr ist die Plan-Ist-Kosten-Abrechnung der Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen in einem jährlichen Turnus vorzunehmen. Für jede genehmigte Investitionsmaßnahme wird ein Plan-Ist-Abgleich zwischen den vom Netzbetreiber angesetzten Plankosten und den in dem Jahr tatsächlich entstandenen Ist-Kosten durchgeführt. Etwaige Differenzen werden gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV über das Regulierungskonto ausgeglichen. Die streitgegenständliche Festlegung gilt erstmalig für die Plan-Ist-Kosten-Abrechnung, die im Jahr 2022 ausgehend von den bis zum 01.04.2022 einzureichenden Antragsunterlagen für die Werte des Jahres 2021 vorgenommen wird. Damit knüpft die Neuregelung an einen in der Vergangenheit mit der Genehmigung der Investitionsmaßnahme begonnenen, aber im Hinblick auf die zukünftig ausstehenden Abrechnungen damit nicht abgeschlossenen, sondern laufenden und gegenwärtigen Sachverhalt an. Dass die Bundesnetzagentur die Wirkung der Neuregelung auf bereits genehmigte Investitionsmaßnahmen erstreckt hat, begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Grenzen der Zulässigkeit ergeben sich insoweit weder aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes noch aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

3.3.2.1. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Netzbetreiber an einer Beibehaltung der Bemessungsgrundlage für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist als gering einzustufen. In Rechtsgebieten, in denen es ohnehin häufig oder gar in regelmäßigen Abständen zu Rechtsänderungen kommt, kann auf den Bestand der Rechtslage weniger vertraut werden als in statischeren Rechtsgebieten (vgl. BVerfGE, Beschluss v. 30.06.2020, 1 BvR 1679/17, Rn. 125, juris). Dies ist vorliegend im Hinblick auf das Regulierungsrecht der Fall. Die betroffenen Netzbetreiber konnten nicht sicher erwarten und darauf vertrauen, dass die Bemessung der Kapitalkosten genehmigter Investitionsmaßnahmen, die nicht auf spezifischen gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Vorgaben, sondern auf einer Festlegung der Bundesnetzagentur beruhen, unverändert auf unbestimmte Zeit fortgelten. Dies gilt insbesondere angesichts der Regelung des § 29 Abs. 2 EnWG, wonach der Bundesnetzagentur weitreichende Änderungsbefugnisse zuerkannt werden. Dass der höchstrichterlich entwickelte und mittlerweile verfestigte Grundsatz, wonach das eine

Quote von 40 % übersteigende Eigenkapital nicht schutzwürdig ist, sich auch auf eine Begrenzung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auswirken kann, ergab sich jedenfalls seit der Einführung der Regelung in § 10a Abs. 8 ARegV. Auch wenn sich diese verordnungsrechtliche Regelung allein auf den Kapitalkostenaufschlag bezieht, konnten die Betroffenen mangels rechtlich verbindlicher Regelungen nicht darauf vertrauen, dass eine vergleichbare Regelung nicht auf bereits genehmigte Investitionsmaßnahmen übertragen werden würde.

Zudem steht dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens das höher einzustufende Gewicht der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe gegenüber. Mit der Änderung hat die Bundesnetzagentur den sachgerechten und legitimen Zweck verfolgt, das Berechnungsregime für die kalkulatorische Gewerbesteuer bei der Berechnung der Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % zu begrenzen. Dieses Ansinnen begegnet keinen rechtlichen Bedenken, da zugunsten der Netzbetreiber auch hier die höchste noch anerkennenswerte Eigenkapitalquote (vgl. BGH, Beschluss v. 05.05.2020, EnVR 26/19, Rn. 44, juris) unterstellt wird. Da Netzbetreiber keinen Anspruch auf eine auskömmliche Verzinsung auch jenseits einer Eigenkapitalquote von 40 % haben, besteht auch weder ein Anspruch noch eine Verpflichtung, eine höhere Gewerbesteuerbelastung zu berücksichtigen (BGH a.a.O., Rn. 43 f., juris). s

3.3.2.2. Grenzen der Zulässigkeit der durch Tenorziffer 2 begründeten unechten Rückwirkung ergeben sich im Streitfall auch nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die unter Tenorziffer 5 angeordnete Begrenzung der Bemessungsgrundlage für den Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer dient dazu, den Umfang der als nicht beeinflussbar fingierten Kosten, also Kosten, die abweichend von §§ 1 Abs. 1, 21 Abs. 2, 21a EnWG ohne Effizienzvorgaben in die Erlösobergrenze eingestellt werden, auf das notwendige Maß zu beschränken. Zur Erreichung und Förderung dieses legitimen Zwecks ist die zeitliche Erstreckung auf die Abrechnung bereits genehmigter Investitionsmaßnahmen geeignet und erforderlich. Da für Verteilernetzbetreiber gemäß § 34 Abs. 7 S. 1 ARegV die Regelungen zu den Investitionsmaßnahmen ab der 3. Regulierungsperiode (01.01.2018 (Gas) bzw. 01.01.2019 (Strom)) nicht mehr anwendbar sind und keine neuen Investitionsmaßnahmen mehr genehmigt werden, würde die von der Beschwerde der Sache nach begehrte Beschränkung des Anwendungsbereich auf zukünftige, noch nicht genehmigte Investitionsmaßnahmen die praktische Wirksamkeit der Festlegung und den angestrebten Effekt erheblich abschwächen. Im Rahmen einer

gebotenen Gesamtabwägung ist es zudem auch im engeren Sinne verhältnismäßig, dem von der Bundesnetzagentur mit der Neuregelung in den Blick genommenen Interesse der Netznutzer, Kosten, die an sie weitergereicht werden, möglichst gering zu halten, Vorrang gegenüber dem bereits als nur gering schutzwürdig eingestuften Vertrauen der betroffenen Netzbetreiber, die kalkulatorische Gewerbesteuer bei bereits genehmigten Investitionsmaßnahmen weiterhin vollständig in Ansatz zu bringen, einzuräumen.

III. Die angefochtene Festlegung war nur in Bezug auf die Tenorziffern 3 und 4 aufzuheben. Einer Aufhebung der gesamten Festlegung bedarf es nicht, weil die Festlegung insoweit teilbar ist und die Aufhebung keine zentralen Regelungen der Festlegung betrifft, ohne die die Festlegung von der Bundesnetzagentur nicht erlassen worden wäre.

Ein Verwaltungsakt und mithin auch eine Festlegung in Form einer Allgemeinverfügung ist teilbar, wenn der Rest nach erfolgreicher Aufhebung des rechtswidrigen Teils als selbständiger Verwaltungsakt bestehen kann, ohne seine ursprüngliche Bedeutung zu verlieren oder zu ändern. Steht der verbleibende Teil in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Gesamtentscheidung, ist eine Teilaufhebung bzw. Teilanfechtung ausgeschlossen. Maßgebend ist, ob die als objektiv abgrenzbar bezeichneten Teile eines Verwaltungsaktes als gesonderte Streitgegenstände bestehen können. Bei Ermessensentscheidungen oder Entscheidungen mit einem planerischen Gestaltungsspielraum darf die Teilaufhebung nicht dazu führen, dass der Behörde ein Rest aufgezwungen wird, den sie so nicht erlassen hätte (vgl. Senat, Beschluss v. 26.10.2016, VI-3 Kart 18/15, Rn. 127 m.w.N., juris; Senat, Beschluss v. 12.09.2018, VI-3 Kart 210/15, Rn. 130, juris).

Gemessen hieran ist die angefochtene Festlegung im Hinblick auf die Regelungen in den Tenorziffern 3 und 4 isoliert aufhebbar. Es handelt sich hierbei um eigenständige Regelungskomplexe, die unabhängig von der Regelung unter Tenorziffer 5 eigenständig im Rahmen einer weiteren Festlegung geregelt werden könnten. Sie stehen in keinem untrennbaren Zusammenhang mit der Vorgabe unter Tenorziffer 5. Bei der Vorgabe zur kalkulatorischen Gewerbesteuer handelt es sich um eine eigenständig umsetzbare Anordnung der Bundesnetzagentur, die unabhängig von den Anordnungen unter Tenorziffer 3 und 4 eine erhebliche Wirkung entfaltet und inhaltlich unverändert umsetzbar ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Bundesnetzagentur die Bestimmungen

zum kalkulatorischen Ansatz der Gewerbesteuer und zu deren zeitlichen Wirkungsbereich ohne die rechtswidrigen Regelungen in den Tenorziffern 3 und 4 der angefochtenen Festlegung nicht bzw. nicht so erlassen hätte, sind nicht ersichtlich.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG.

Die Kostenverteilung zwischen der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur entspricht dem jeweiligen Obsiegen und Unterliegen.

II. Die im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten erfolgte Festsetzung des Beschwerdewerts auf insgesamt ... Euro findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO.

D.

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

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die

technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) 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 Rechtsbeschwerde 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 Regierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

Frister

Pastohr

zugleich für RichterIn am OLG Dr. Webler, die infolge ihrer Abordnung an das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen an der Unterschriftsleistung gehindert ist