



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV

wegen Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze auf Grund eines Antrags auf Kapitalkostenaufschlag

hat die Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

in Wahrnehmung der Aufgaben für das Land Brandenburg,

durch die Beisitzende als Vorsitzende

Dr. Ulrike Schimmel,

den Beisitzer

Stefan Tappe

und den Beisitzer

Roland Naas,

gegenüber der Stadtwerke Oranienburg GmbH, Klagenfurter Straße 41, 16515 Oranienburg, vertreten durch die Geschäftsführung

- Antragstellerin -

am 23.01.2023 beschlossen:

- 1.) Dem Antrag auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2022 gemäß Anlage A1. wird zum Teil stattgegeben. Die Antragstellerin ist berechtigt, ihre kalenderjährliche Erlösobergrenze des Jahres 2022 um 362.789 € (Anlage A1.) zu erhöhen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
- 2.) Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragstellerin hat mit ihren am 09.06.2021 eingegangenen Unterlagen einen Antrag auf Anpassung der festzulegenden kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2022 gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10a ARegV gestellt. Die von der Antragstellerin beantragte Anpassung für das Jahr 2022 beträgt gemäß dem korrigierten Erhebungsbogen vom 15.09.2021 insgesamt 441.976 €.

Der am 15.09.2021 über das Energiedatenportal der Bundesnetzagentur übermittelte Erhebungsbogen liegt der Entscheidung zu Grunde.

Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 25.11.2022 zu den von der Beschlusskammer als anerkennungsfähig angesehenen Werten angehört. Sie hat mit Schreiben vom 05.12.2022 auf eine Stellungnahme verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II.

A. Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18

Die Beschlusskammer hat in rechtmäßiger Weise die Vorgaben des nationalen Rechts in Form der normativen Regulierung, soweit diese im vorliegenden Verfahren Anwendung finden und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.09.2021, C-718/18) erfasst werden, für ihre Entscheidung herangezogen. Als „normative Regulierung“ werden im Allgemeinen solche Regeln des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers (z.B. in StromNEV, GasNEV und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und gilt auch angesichts

der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber außer Kraft gesetzt oder neu geregelt werden. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 60 ff., siehe auch OLG Düsseldorf vom 11.02.2021, VI-5 Kart 10/19 [V], S. 10 ff., OLG Düsseldorf vom 28.04.2021, VI-3 Kart 798/19 [V], S. 72 ff., OLG Schleswig vom 11.01.2021, 53 Kart 1/18, S. 27 ff.).

(1) Der Europäische Gerichtshof hat zwar in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG (heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der NRB verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

(2) Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der EuGH hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

(3) Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit (BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff.). Vielmehr sind die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht zu beachten.

Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar sowohl in der an die Bundesregierung gem. § 24 EnWG erfolgten Zuweisung von Zuständigkeiten, als auch in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (EuGH a.a.O., Rz. 101 f., 115 f.). Eine Umdeutung der nationalen

Vorgaben in nicht bindende Programmsätze, die die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht beeinträchtigen, kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks der Vorschriften der normativen Regulierung jedoch nicht in Betracht (Verbot der contra legem-Auslegung, BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff.).

Der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt indes nicht dazu, die Vorschriften der normativen Regulierung unangewendet zu lassen. Der Anwendungsvorrang besagt, dass eine nationale Regelung, die mit einer unmittelbar geltenden Regelung des Unionsrechts unvereinbar ist, von nationalen Behörden und Gerichten nicht angewendet werden darf (vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist (EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62). Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

(4) Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen (Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149). Der Europäische Gerichtshof geht von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus, wenn die Bestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbedingt ist. Zudem können die Bestimmungen einer Richtlinie grundsätzlich nur Rechte, aber keine Pflichten eines Einzelnen begründen (sog. Belastungsverbot). Insofern kommt auch eine objektive unmittelbare Wirkung vorliegend nicht in Betracht. Im Einzelnen:

(a) Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbedingt. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit sind nicht als inhaltlich unbedingt anzusehen.

Gegenwärtig fehlt es an den erforderlichen und zureichenden Umsetzungsnormen im nationalen Recht. Das betrifft sowohl die konkrete umfassende Aufgabenzuweisung als auch die für einen Eingriff erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur hat nach nationalem Recht gegenwärtig (nur) die Befugnis, die Vorgaben der normativen Regulierung anzuwenden und ggf. unter Rückgriff auf § 29 EnWG je nach Festlegungsermächtigung weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Sie hat aber mangels entsprechender

Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihr nach den Richtlinien vorbehaltenen Aufgaben vollumfänglich und selbständig auszuüben (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 105) beispielsweise also die Methoden oder Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Dass es hierzu einer umfassenden mitgliedstaatlichen Aufgabenzuweisung bedarf, entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG). Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung der Regulierungsbehörde zwar über eine Autonomie, haben diese aber unter vollständiger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben und insoweit sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom treffen kann (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 119). Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht die fehlerhafte Ausübung einer nach nationalem Recht bereits ordnungsgemäß zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Umstand, dass eine den Richtlinien entsprechende umfassende Aufgabenzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde im nationalen Recht bislang nicht erfolgt ist (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 88). Vielmehr liegt hier eine fehlerhafte Aufgabenzuweisung vor (EuGH, a.a.O., Rz. 130); diese kann und muss durch den Mitgliedstaat korrigiert werden, der dann die noch möglichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen kann (EuGH a.a.O., Rz. 126, 127).

(b) Mit der unmittelbaren Anwendung der Richtlinien wären Belastungen Einzelner verbunden, sodass eine solche ausscheidet. Zwar ist die Einräumung subjektiver Rechte keine Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit (woran es vorliegend wegen des Verstoßes gegen objektiv geprägte Zuständigkeitsnormen auch fehlen würde), allerdings gilt das Belastungsverbot. Wenn der Bundesnetzagentur aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie weitergehende oder jedenfalls anders ausgestaltete Kompetenzen zukämen, könnte sich dies je nach Einzelfall zugunsten, aber auch zu Lasten bestimmter Beteiligter auswirken. Daraus wiederum könnten sich Belastungen ergeben, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur durch das europäische Primärrecht oder durch EU-Verordnungen begründet werden können, nicht aber durch Richtlinien (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73).

Eine Belastung würde sich zudem bereits aus dem Heranziehen der Richtlinien als Ermächtigungsgrundlage ergeben. Dies wäre europarechtlich unzulässig. Sofern die

Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit als inhaltlich unbedingt anzusehen wären, müssten sie von der Bundesnetzagentur unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage auch für belastende Regulierungsentscheidungen herangezogen werden. Anders als in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen, in denen er eine unmittelbare Belastung durch Richtlinienrecht verneinte, weil die Belastung erst durch ein Verwaltungsverfahren auf Basis nationalen Rechts eintrat, würden vorliegend die Richtlinienbestimmungen als solche unmittelbar gegenüber den Betroffenen herangezogen werden und als materiell-rechtliche Befugnisnormen für belastende Verwaltungsverfahren und Regulierungsentscheidungen fungieren. Soweit ersichtlich existiert bislang keine hier einschlägige Judikatur, in der der EuGH es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

(c) Eine ausnahmsweise objektive unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmungen bezogen auf die ausschließliche Zuständigkeit scheidet ebenfalls aus. Der Europäische Gerichtshof hat eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt, aus denen sich für staatliche Stellen eindeutige Pflichten ergeben. Konkret ging es beispielsweise um die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzte Pflicht der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für die Errichtung eines Wärmekraftwerks (EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg).

Zwar mag sich vorliegend aus den Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Verpflichtung ergeben, von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch zu machen, um den Zielsetzungen der Richtlinien hinreichend Rechnung tragen zu können. Anders als im Fall des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg ist diese Verpflichtung vorliegend jedoch nicht inhaltlich unbedingt. Im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall konnte die zuständige Behörde der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Weiteres nachkommen, weil diese als unselbstständiger Bestandteil des nach nationalem Recht vorgesehenen und ihr bereits zugewiesenen Genehmigungsverfahrens durchzuführen war. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

(5) Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu einem Zustand

führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre (so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76).

Die Richtlinien verlangen, dass zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen u.a. für den Netzanschluss und den Netzzugang „mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten“ festgelegt oder genehmigt werden, vgl. Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Art. 59 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944. Diesem Gebot der ex ante-Regulierung wird in Deutschland gegenwärtig zu einem großen Teil über die Vorgaben der normativen Regulierung Rechnung getragen. Die normative Regulierung strukturiert die Methoden für die Berechnung der Tarife vor und legt ex ante die wesentlichen Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang fest. Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten für Netzbetreiber und andere Marktakteure und schafft auf diese Weise den von den Richtlinien geforderten transparenten und vorhersehbaren, verlässlichen Regulierungsrahmen. Bestehende Festlegungen und Genehmigungen der Bundesnetzagentur, die sie im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeiten erlassen hat, tragen zwar ebenfalls zu der erforderlichen ex ante-Regulierung bei, dies jedoch nur in Teilbereichen und in Ergänzung der normativen Regulierung und damit nicht in dem von der Richtlinie geforderten Umfang.

Ein faktisches Außerkrafttreten der Vorgaben der normativen Regulierung würde daher zu beträchtlichen Regelungslücken und damit einhergehend erheblichen Rechtsunsicherheiten für alle Marktbeteiligten führen. Auch dies wäre mit den genannten Richtlinienvorgaben und den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts schwerlich vereinbar. Beispielsweise dürfte eine derart unklare Rechtslage im Übergangszeitraum kaum Investitionsanreize setzen und Unsicherheiten für die unternehmerische Tätigkeit der regulierten Unternehmen und auch der sonstigen Marktteilnehmer auslösen. Für den Übergangszeitraum ist es daher sinnvoll und angebracht, stabile und berechenbare Verhältnisse zu gewährleisten.

B. Rechtmäßigkeit der Entscheidung unter Anwendung des nationalen Rechts

Die Anpassung der Erlösobergrenze der Antragstellerin für den Gasnetzzugang ergeht auf Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV. Dem Antrag war im tenorierten Umfang stattzugeben.

1. Zuständigkeit

Zuständige Regulierungsbehörde ist gemäß § 54 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 EnWG die Landesregulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

Die Bundesnetzagentur handelt in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Brandenburg gemäß dem „Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Brandenburg über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ vom 27.11./09.12.2013 (Bekanntmachung: Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg Teil I, Nr. 16 vom 17.03.2014, S. 2 ff.; in Kraft seit dem 18.03.2014).

2. Ermächtigungsgrundlage

Die beantragte Anpassung bedarf gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV der Festlegung durch die Regulierungsbehörde. Die Anpassung ist unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV zu genehmigen.

3. Anspruch auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze

Die Antragstellerin hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV. Sie hat die Anpassung frist- und formgerecht beantragt und es entstehen ihr aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter Kapitalkosten.

3.1. Frist- und formgerechte Antragstellung

Voraussetzung für die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund der Berücksichtigung eines Kapitalkostenaufschlags ist die inhaltlich bestimmte, form- und fristgerechte Antragstellung durch den antragsberechtigten Netzbetreiber.

3.1.1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind ausschließlich Verteilnetzbetreiber; gem. § 10a Abs. 10 ARegV gelten die Regelungen zum Kapitalkostenaufschlag nicht für Betreiber von Fernleitungsnetzen. Ohne Bedeutung ist, ob die Erlösobergrenze des Verteilernetzbetreibers im Regelverfahren oder im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV festgelegt wurde. Die Antragstellerin ist Verteilernetzbetreiber und somit gemäß § 10a ARegV antragsberechtigt.

3.1.2. Antragszeitpunkt

Der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10a ARegV kann gem. § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV zum 30.06. eines Kalenderjahres für das folgende Kalenderjahr gestellt werden.

3.1.3. Antragsform

Nach § 10a Abs. 9 ARegV muss der Antrag des Netzbetreibers sämtliche zur Berechnung des Kapitalkostenaufschlags nach den § 10a Abs. 1 bis 8 ARegV notwendigen Unterlagen enthalten.

Insbesondere sind die Anschaffungs- und Herstellungskosten für die nach dem Basisjahr in Betrieb genommenen und geplanten betriebsnotwendigen Anlagegüter, die jeweils in Anwendung gebrachte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer nach Anlage 1 der GasNEV sowie für die nach dem Basisjahr in Betrieb genommenen oder geplanten betriebsnotwendigen Anlagegüter von den Anschlussnehmern gezahlten oder zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse nach § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 der GasNEV anzugeben. Diese Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“). Daneben sind sämtliche weiteren, für die Prüfung erforderlichen oder zweckmäßigen Unterlagen und Informationen dem Antrag beizufügen.

Der Antrag wurde von der Antragstellerin formgerecht, schriftlich und elektronisch bei der Bundesnetzagentur eingereicht. Der zum Antrag gehörende Erhebungsbogen wurde unter Nutzung der aktuellen Version der von der Bundesnetzagentur zum Download bereitgestellten XLSX-Datei übermittelt. Dem Antrag wurden die für die Prüfung des Antrages erforderlichen Unterlagen beigelegt.

3.1.4. Antragszeitraum

Eine Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags erfolgt gem. § 4 Abs. 4 S. 2 2. HS ARegV immer zum 01.01. des auf das Jahr der Antragstellung folgenden Kalenderjahres; gem. § 10a Abs. 1 S. 3 ARegV gilt eine Genehmigung stets bis zum 31.12. des auf den Antrag folgenden Kalenderjahres. Damit gilt die vorliegende Genehmigung vom 01.01. bis zum 31.12.2022.

3.1.5. Antragsgegenstand

Gegenstand des Antrages auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags ist die Erhöhung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze des auf das Jahr der Antragstellung folgenden Kalenderjahres. Die ursprünglich von der Antragstellerin beantragte Anpassung und die von ihr dargelegte Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags basierend auf den von ihr dargelegten Kapitalkosten ergibt sich aus Anlage A1 dieses Beschlusses.

3.2. Materielle Voraussetzungen

Materiell setzt die Genehmigung eines Antrags auf Kapitalkostenaufschlag voraus, dass dem Netzbetreiber Kapitalkosten aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter entstehen.

3.2.1. Kapitalkosten

Kapitalkosten sind in § 10a Abs. 1 S. 2 ARegV definiert. Kapitalkosten im Sinne des Kapitalkostenaufschlags nach § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV sind danach die Summe der kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und Fremdkapitalzinsen.

3.2.2. Relevante Investitionen

Im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags können gem. § 10a Abs. 1 S. 1 ARegV nur solche Kapitalkosten berücksichtigt werden, die aufgrund von nach dem Basisjahr getätigten Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagengüter entstehen. Erfasst sind grundsätzlich alle Neuinvestitionen ohne Unterscheidung zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen.

3.2.3. Berücksichtigungsfähige Anlagengüter

Berücksichtigungsfähige Anlagengüter sind gem. § 10a Abs. 2 S. 1 ARegV diejenigen betriebsnotwendigen Anlagengüter,

die ab dem 01.01. des Jahres, das auf das Basisjahr der jeweils anzupassenden Erlösobergrenze folgt, aktiviert werden

oder

deren Aktivierung bis zum 31.12. des Jahres, für das der Aufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist.

Berücksichtigungsfähige Anlagengüter sind dabei grundsätzlich solche Anlagengüter, die auch bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 ARegV Berücksichtigung gefunden haben. Damit sind auch Bestände des immateriellen Vermögens sowie Buchwerte der Grundstücke erfasst; sie werden im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags mit den jeweiligen handelsbilanziellen Werten berücksichtigt. Darüber hinaus sind Anlagen im Bau – für diese wird im Rahmen des Kapitalkostenabzugs gemäß § 6 Abs. 3 ARegV ein vollständiger Abgang im Folgejahr unterstellt – im Kapitalkostenaufschlag mit ihrem Buchwert im jeweiligen Jahr zu berücksichtigen. Somit wird beim Kapitalkostenaufschlag der gesamte Bestand der Anlagen im Bau im Genehmigungszeitraum, wie er vom Netzbetreiber angegeben wurde, als Zugang berücksichtigt und nicht nur die im maßgeblichen Jahr erstmalig aktivierten Anlagen im Bau. Zugleich bleiben die in Vorjahren angesetzten Anlagen im Bau unberücksichtigt, da

insoweit die in Betrieb genommenen Anlagen als Zugänge im Anlagevermögen berücksichtigt werden.

Soweit möglich ist hinsichtlich der Anlagengüter auf Ist-Daten abzustellen, im Übrigen sind Planwerte heranzuziehen. Dies bestimmt § 10a Abs. 2 S. 2 ARegV: Bis einschließlich des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres ist auf den tatsächlichen Bestand an betriebsnotwendigen Anlagengütern abzustellen und im Übrigen bis einschließlich des Jahres, für das die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund des Kapitalkostenaufschlags erfolgt, auf den zu erwartenden Bestand. Damit sind vorliegend Anlagengüter erfasst, die zwischen dem 01.01.2016 und dem 31.12.2022 aktiviert wurden oder voraussichtlich aktiviert werden. Für die Jahre 2016 bis 2020 ist auf Ist- und für die Jahre 2021 und 2022 auf Planwerte abzustellen. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Antragstellerin nur solche Anlagengüter ihrem Antrag zugrunde gelegt hat, die sie tatsächlich in 2016 bis 2020 aktiviert hat bzw. tatsächlich plant, in 2021/ 2022 zu aktivieren. Die Beschlusskammer behält sich eine Rücknahme oder einen Widerruf für den Fall vor, dass sich herausstellen sollte, dass dies nicht der Fall ist.

Aufgrund der Systematik der Anreizregulierungsverordnung ist es möglich, dass sich die im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags geltend gemachten Istwerte aufgrund von Netzübergängen (vgl. Gliederungspunkt 3.2.4) im Zeitablauf variieren können. Insoweit erfolgt eine abschließende Prüfung der vom Antragssteller angegebenen Ist-Kosten erst mit Genehmigung des Regulierungskontos.

Dies gebietet sich auch mit Blick auf den Sinn und Zweck, eine zeitnahe Berücksichtigung der Kapitalkosten aus Neuinvestitionen in der Erlösobergrenze „ohne Zeitverzug“ zu ermöglichen [vgl. BR-Drs. 296/16, Zweite Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung vom 02.06.2016, Begründung B) Zu Artikel 1) Zu Nummer 7, § (10a)]. Der Gesetzgeber wollte mit dem neuen Instrument des Kapitalkostenaufschlags einen solchen Verzug, wie er beispielsweise bei der Berechnung des Erweiterungsfaktors auftrat, beseitigen (vgl. BR-Drs. 296/16 Gliederungspunkt B, Lösung). Den Interessen des Antragsstellers an einer zeitnahen Bescheidung ist mit der abschließenden Prüfung der Ist-Kosten erst im Regulierungskonto ebenfalls gedient.

Überdies ermittelt der Netzbetreiber gemäß § 5 Abs. 1a ARegV bis zum 30.06. des Jahres, das dem Kalenderjahr folgt, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wurde, die Differenz aus dem genehmigten Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV und dem Kapitalkostenaufschlag, wie er bei Berücksichtigung der tatsächlich entstandenen Kapitalkosten ergibt. Die Differenz ist auf dem Regulierungskonto des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wurde, zu verbuchen. Die Beschlusskammer hat den vom Netzbetreiber ermittelten Regulierungskontosaldo nach § 5 Abs. 3 ARegV zu genehmigen und wird hierbei die tatsächlich in den Jahren 2016 bis 2022 aktivierten Anlagengüter zugrunde legen.

Berücksichtigungsfähig sind auch solche Anlagengüter, die nicht vom Netzbetreiber selbst, sondern im Falle von gepachteten Vermögensgegenständen von Dritten aktiviert wurden oder voraussichtlich aktiviert werden. Nicht berücksichtigungsfähig sind Anlagengüter, die nicht vom Netzbetreiber, sondern von einem Dienstleister aktiviert wurden oder voraussichtlich aktiviert werden. Die Erhöhung von Kapitalkosten eines Dienstleisters wird über das Dienstleistungsentgelt vollumfänglich abgegolten. Dies gilt umso mehr, als dass Dienstleistungen im Wettbewerb beschafft werden können. Diese Rechtsauffassung wurde vom BGH bestätigt (vgl. BGH, EnVR 59/19, S. 18 ff.).

Ein Kapitalkostenaufschlag kann nur für Maßnahmen beantragt werden, die nach ihrer Art und ihrem Volumen den vom Netzbetreiber praktizierten Aktivierungsgrundsätzen zufolge auch im Basisjahr aktiviert worden sind bzw. wären. Die Aktivierungsgrundsätze sind stetig anzuwenden. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Antragstellerin ihre Aktivierungspraxis stetig angewendet hat. Sie behält sich eine Rücknahme oder einen Widerruf für den Fall vor, dass sich herausstellen sollte, dass die Aktivierungspraxis verändert wurde.

Sofern eine Investitionsmaßnahme eines Verteilernetzbetreibers über die zweite Regulierungsperiode hinaus genehmigt worden ist, darf gemäß § 34 Abs. 7 S. 4 ARegV kein weiterer Kapitalkostenaufschlag genehmigt werden. Jedoch hatten Verteilernetzbetreiber, denen eine Investitionsmaßnahme über die zweite Regulierungsperiode hinaus genehmigt wurde, gemäß § 34 Abs. 7 S. 5 ARegV die Möglichkeit, zum 30.06.2017 einen Antrag auf Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV zu stellen. In diesem Fall endete die genehmigte Investitionsmaßnahme mit Ablauf der zweiten Regulierungsperiode.

Die berücksichtigungsfähigen Anlagengüter sind der Anlage A2 zu entnehmen.

3.2.4. Netzübergänge

Der Kapitalkostenaufschlag kann nur für Investitionen genehmigt werden, die nach dem Basisjahr getätigt wurden. Investitionen, die bis oder im Basisjahr getätigt wurden, sind Bestandteil der festgelegten Erlösobergrenze nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. §§ 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ARegV. In Zusammenhang mit nach dem Basisjahr stattfindenden Netzübergängen bedeutet dies, dass die bis oder im Basisjahr getätigten Investitionen bzw. die daraus resultierenden Kapitalkosten, die den übergehenden Netzteil betreffen, gemäß den Vorschriften des § 26 ARegV auf den aufnehmenden Netzbetreiber übertragen werden.

Alle Investitionen bzw. die daraus resultierenden Kapitalkosten, die nach dem Basisjahr getätigt wurden, sind nicht Bestandteil der festgelegten Erlösobergrenze. Für diese Investitionen kann der aufnehmende Netzbetreiber einen Antrag auf Kapitalkostenaufschlag stellen.

Findet beispielsweise ein Teilnetzübergang zum 01.01.2022 statt, kann der aufnehmende Netzbetreiber auch für eine Investition auf diesen übergehenden Netzteil einen Kapitalkostenaufschlag beantragen, der die durch den abgebenden Netzbetreiber aktivierten Anlagengüter der Jahre 2016 bis 2021 (z.T. Planwerte) umfasst. Sind in diesem Beispiel bleibend die Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der Antragstellung zum 30.06.2021 noch nicht bekannt, kann der aufnehmende Netzbetreiber seinem Antrag entsprechende Plan- bzw. Schätzwerte zu Grunde legen. Differenzen, die sich aufgrund möglicher Abweichungen zu den tatsächlich aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten ergeben, werden auf dem Regulierungskonto verbucht.

Umgekehrt bedeutet dies für den abgebenden Netzbetreiber, dass sein Antrag auf Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2022 die abgehenden Anlagengüter, die in den Jahren 2016 bis 2021 aktiviert wurden, nicht beinhalten darf.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Antragstellerin in ihrem Antrag keinerlei Anlagengüter geltend gemacht hat, die aufgrund eines Netzübergangs auf einen anderen Netzbetreiber übergegangen sind. Sie behält sich eine Rücknahme oder einen Widerruf für den Fall vor, dass sich herausstellen sollte, dass derartige Anlagengüter in den Kapitalkostenaufschlag eingeflossen sind.

4. Höhe der Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze

Die Höhe der Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2022 ergibt sich aus Anlage A1.

Die Berechnung des Kapitalkostenaufschlags ist in § 10a Abs. 3 bis 8 ARegV geregelt. Die Formel zur Berechnung ergibt sich explizit aus § 10a Abs. 3 ARegV:

Kapitalkostenaufschlag =

kalkulatorische Abschreibungen nach § 6 Abs. 4 GasNEV

+ kalkulatorische Verzinsung nach § 10a Abs. 4 bis 7 ARegV

+ kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 10a Abs. 8 ARegV und § 8 GasNEV

Hierbei sind Grundlage für die Ermittlung der einzelnen Berechnungsbestandteile stets die Anschaffungs- und Herstellungskosten der berücksichtigungsfähigen Anlagengüter. Hierbei können nur die Kapitalkosten des Jahres in den Aufschlag einbezogen werden, für das der Kapitalkostenaufschlag beantragt wird.

4.1. Kalkulatorische Abschreibungen

Für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen gilt die Vorgabe des § 6 Abs. 4 GasNEV für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen für Neuanlagen: Danach sind auch im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags die berücksichtigungsfähigen Anlagengüter ausgehend von den jeweiligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nach der linearen Abschreibungsmethode zu ermitteln. Die kalkulatorische Jahresabschreibung ergibt sich demnach aus dem Quotienten der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und der nach Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 GasNEV gewählten Nutzungsdauer. Gemäß § 6 Abs. 5 S. 2 GasNEV ist die jeweils für eine Anlage in Anwendung gebrachte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer unverändert zu lassen.

Nutzungsdauerwechsel in der Anlagengruppe „Messeinrichtungen“:

Die Antragstellerin hat Aktivierungen in der Anlagengruppe „Messeinrichtungen“ in dem Jahr 2020 angegeben. Hierbei hat sie innerhalb der Anlagengruppe eine Nutzungsdauer gewählt, welche außerhalb der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern gemäß § 6 Absatz 5 der GasNEV liegt. Die Berücksichtigung einer Nutzungsdauer außerhalb der Vorgaben der Anlage 1 der GasNEV ist nicht zulässig. Daher hat die Beschlusskammer zur Berechnung der anerkenungsfähigen Abschreibungen und Restwerte der Anlagengruppe „Messeinrichtungen“ des Jahres 2020 eine Nutzungsdauer von 45 Jahren zu Grunde gelegt, welche sich innerhalb der gem. Anlage 1 zur GasNEV vorgesehenen Bandbreite befindet. Die Berücksichtigung einer abweichend von Anlage 1 zur GasNEV kürzeren Nutzungsdauern ist gemäß der Festlegung BK9-22/624 („KANU“) lediglich für Anlagegüter, welche ab dem Jahr 2023 als Fertiganlagen aktiviert werden, möglich.

Nutzungsdauerwechsel in der Anlagengruppe „Regeleinrichtungen“:

Die Antragstellerin hat Aktivierungen in der Anlagengruppe „Regeleinrichtungen“ in dem Jahr 2016 angegeben. Hierbei hat sie innerhalb der Anlagengruppe eine Nutzungsdauer gewählt, welche außerhalb der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern gemäß § 6 Absatz 5 der GasNEV liegen. Die Berücksichtigung einer Nutzungsdauer außerhalb der Vorgaben der Anlage 1 der GasNEV ist nicht zulässig. Daher hat die Beschlusskammer zur Berechnung der anerkenungsfähigen Abschreibungen und Restwerte der Anlagengruppe „Regeleinrichtungen“ des Jahres 2016 die Nutzungsdauer zu Grunde gelegt, die bei der erstmaligen Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags für das Jahr 2018 in Ansatz gebracht wurde und welche sich innerhalb der gem. Anlage 1 zur GasNEV vorgesehenen Bandbreite befindet. Die Berücksichtigung einer abweichend von Anlage 1 zur GasNEV kürzeren Nutzungsdauern ist gemäß der Festlegung BK9-22/624 („KANU“) lediglich für Anlagegüter, welche ab dem Jahr 2023 als Fertiganlagen aktiviert werden, möglich.

Nutzungsdauerwechsel in der Anlagengruppe „Rohrleitungen/HAL Polyethylen (PE-HD)“:

Die Antragstellerin hat Aktivierungen in der Anlagengruppe „Rohrleitungen/HAL Polyethylen (PE-HD)“ in den Jahren 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 sowie 2022 angegeben. Hierbei hat sie innerhalb der Anlagengruppe Nutzungsdauern gewählt, welche außerhalb der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern gemäß § 6 Absatz 5 der GasNEV liegen. Die Berücksichtigung einer Nutzungsdauer außerhalb der Vorgaben der Anlage 1 der GasNEV ist nicht zulässig. Daher hat die Beschlusskammer zur Berechnung der anerkennungsfähigen Abschreibungen und Restwerte der Anlagengruppe „Rohrleitungen/HAL Polyethylen (PE-HD)“ der Jahre 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 sowie 2022 die Nutzungsdauer zu Grunde gelegt, die bei der erstmaligen Genehmigung des Kapitalkostenaufschlags für das Jahr 2018 in Ansatz gebracht wurden und welche sich innerhalb der gem. Anlage 1 zur GasNEV vorgesehenen Bandbreite befinden. Die Berücksichtigung einer abweichend von Anlage 1 zur GasNEV kürzeren Nutzungsdauern ist gemäß der Festlegung BK9-22/624 („KANU“) lediglich für Anlagegüter, welche ab dem Jahr 2023 als Fertiganlagen aktiviert werden, möglich.

Die Höhe der anerkennungsfähigen Abschreibungen ist der Anlage A2 zu entnehmen.

4.2. Kalkulatorische Verzinsung

Gemäß § 10a Abs. 4 ARegV ist die kalkulatorischen Verzinsung wie folgt zu ermitteln:

Kalk. Verzinsung = kalkulatorische Verzinsungsbasis x kalkulatorischem Zinssatz

In § 10a Abs. 4 ARegV ist daneben auch geregelt, nach welchen Vorgaben die beiden Faktoren Verzinsungsbasis und Zinssatz zu ermitteln sind.

4.2.1. Verzinsungsbasis

Die Verzinsungsbasis ergibt sich nach § 10a Abs. 5 ARegV aus den kalkulatorischen Restbuchwerten der berücksichtigungsfähigen Anlagen bewertet zu historischen AK/HK nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GasNEV. Anzusetzen ist dabei der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand. Ausgenommen hiervon sind Grundstücke und Anlagen im Bau, da diese – anders als die vom Bundesgerichtshof adressierten Anlagen – nicht abgeschrieben werden. Diese Vorgehensweise steht nach Auffassung des OLG Düsseldorf in Einklang mit den Vorgaben des § 10a ARegV i.V.m. § 7 GasNEV; der Ansatz eines Jahresanfangsbestands von Null im Rahmen der Mittelwertbildung begegnete keinen richterlichen Bedenken (Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2019, VI-3 Kart 166/17 [V], S. 45ff.).

Von den ermittelten Restbuchwerten in Abzug gebracht werden die Mittelwerte des Jahresanfangs- und Jahresendbestands der Restwerte der Netzanschlusskostenbeiträge (NAK) und der Baukostenzuschüsse (BKZ) gem. § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GasNEV, die die Antragstellerin im relevanten Zeitraum hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Anlagegüter erhalten hat oder

voraussichtlich erhalten wird. Der BGH hat diese Vorgehensweise bestätigt (vgl. BGH Beschl. V. 05.05.2020, AZ EnVR 59/19 S. 24 ff.). Auch bei den Netzanschlusskostenbeiträgen und den Baukostenzuschüssen ist soweit möglich – d. h. bis einschließlich des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres – auf Ist-Daten und im Übrigen auf Planwerte abzustellen (§ 10a Abs. 6 S. 3 ARegV).

Hieraus ergibt sich für die Ermittlung der kalkulatorischen Verzinsungsbasis folgende Formel:

$$\text{Kalk. Verzinsungsbasis} = \text{Restbuchwerte_Anlagen} - (\text{Restwerte_NAK} + \text{Restwerte_BKZ})$$

Die zugrunde gelegten Restwerte sind der Anlage A2 zu entnehmen.

4.2.2. Zinssatz

Die Berechnung des Zinssatzes folgt aus § 10a Abs. 7 ARegV. Der Zinssatz bestimmt sich als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem EK-Zins und kalkulatorischem FK-Zins. Dabei ist gem. § 10a Abs. 7 S. 1 ARegV der EK-Zins mit 40 % und der FK-Zins mit 60 % zu gewichten; auf Grundlage der ARegV zu unterstellen ist also eine Gewichtung von 40 % Eigenkapital und 60 % Fremdkapital.

Für den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz ist gemäß § 10a Abs. 7 S. 2 ARegV der nach § 7 Abs. 6 GasNEV im Basisjahr und damit der für die jeweilige Regulierungsperiode geltende Zinssatz für Neuanlagen anzusetzen (vgl. BGH Beschlüsse vom 05.05.2020, ENVR 26/19, S. 16 ff. und EnVR 59/19, S. 15 ff.)

Die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 05.10.2016, unter dem Aktenzeichen BK4-16/161, für die Dauer der dritten Regulierungsperiode den Eigenkapitalzinssatz für den Anteil des Eigenkapitals, der die zugelassene Eigenkapitalquote nicht übersteigt, für Neuanlagen auf 6,91 % nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftsteuer festgelegt.

Die Höhe des FK-Zinses bestimmt sich gem. § 10a Abs. 7 S. 3 ARegV nach § 7 Abs. 7 GasNEV. Es ist auch insoweit der im Basisjahr für die Berechnung der Erlösbergrenzen der nächsten Regulierungsperiode geltende Zinssatz anzuwenden. Dieser beträgt in der dritten Regulierungsperiode 3,03 %.

Der anzuwendende Mischzinssatz berechnet sich wie folgt: $6,91 \% \times 0,4 + 3,03 \% \times 0,6 = 4,582 \%$. Der sich aus den Vorgaben der ARegV ergebende und im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags anzuwendende gewichtete Mischzins beträgt damit 4,582 %.

4.3. Kalkulatorische Gewerbesteuer

Die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist in § 10a Abs. 8 ARegV i. V. m. § 8 GasNEV geregelt. Für die Ermittlung ist das Produkt aus der mit 40 % gewichteten kalkulatorischen

rischen Verzinsungsbasis und dem kalkulatorischem EK-Zins zu bilden; daneben sind die Gewerbesteuermesszahl und der Gewerbesteuerhebesatz aus dem Basisjahr zu verwenden. Es ist der Hebesatz anzugeben, der im Basisjahr für den Eigentümer des jeweiligen Anlagengutes galt; hierbei ist auf den Netzeigentümer abzustellen, der zum 31.12. des auf den Antrag folgenden Jahres Eigentümer der Anlage sein wird.

Gemäß § 8 GasNEV kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Bei der Genehmigung der Netzentgelte wird daher ein kalkulatorischer Gewerbesteueransatz auf der Grundlage der anerkannten kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt. Bei dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssatz handelt es sich um einen Zinssatz nach Gewerbesteuer und vor Körperschaftsteuer (BR-Drs. 247/05 S.30). Ein Abzug der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst erfolgt nicht. § 8 S. 2 GasNEV ist entfallen. Die nach § 8 GasNEV anerkennungsfähige Gewerbesteuer ist allein nach den kalkulatorischen Maßstäben der GasNEV zu ermitteln. Die in der netzspezifischen Gewinn- und Verlustrechnung als zusätzlicher Gewinn erscheinende Differenz zwischen den kalkulatorischen Abschreibungen und den bilanziellen Abschreibungen (sog. Scheingewinn bzw. -verlust) ist somit nicht Teil der Bemessungsgrundlage für den kalkulatorischen Gewerbesteueransatz. Dies ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt worden (siehe etwa BGH vom 14.08.2008, KVR 34/07 SW Speyer, Rn. 86 ff.). Entsprechend einem rein kalkulatorischen Ansatz wird auf die zusätzliche Berücksichtigung von weiteren Zurechnungen und Kürzungen bei der Bemessungsgrundlage verzichtet (BGH, KVR 81/07, S. 10). Eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer ("Im-Hundert-Rechnung") kommt nicht in Betracht (BGH, EnVR 26/14 SW Freudenstadt, Rn. 46).

Dementsprechend ergibt sich folgende Formel:

$$\text{Kalk. GewSt} = \text{Verzinsungsbasis} \times 0,4 \times 0,0691 \times 0,035 \times \text{Hebesatz}$$

Die kalkulatorische Bemessungsgrundlage ist damit der 40%ige EK-Anteil. Der die 40 % übersteigende Anteil des EK fließt nach dem expliziten Wortlaut der Verordnung nicht in die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ein. Der BGH hat bestätigt, dass das die Eigenkapitalquote von 40 % übersteigende Eigenkapital bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer unberücksichtigt bleibt (vgl. BGH, EnVR 26/19, S. 19 ff.).

III.

Zur Frage der Kostentragung nach § 91 EnWG ergeht ein gesonderter Bescheid.

IV.

Die Anlagen A1 und A2 sind Bestandteil dieses Beschlusses.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Brandenburgischen Oberlandesgericht (Hausanschrift: Gertrud-Piter-Platz 11, 14770 Brandenburg an der Havel) eingeht.

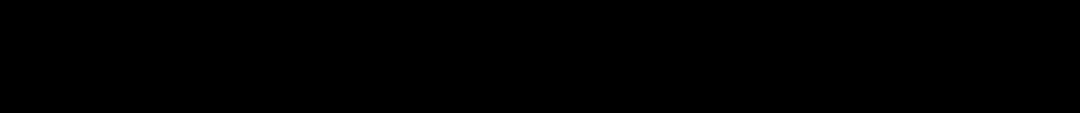
Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Bonn, den 23.01.2023

Beisitzerin als Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer



Dr. Ulrike Schimmel

Stefan Kappe

Roland Naas

