

HESSEN



Regulierungskammer Hessen

Beschluss

zur

Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze 2021

und

Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze 2022

aufgrund von Anträgen auf Kapitalkostenaufschläge

(GAS)

Inhalt

B E S C H L U S S	3
I. Sachverhalt	5
1. <i>Inhalt des Antrages</i>	5
2. <i>Datengrundlagen des Antrags und der Antragsprüfung</i>	5
3. <i>Anhörung</i>	6
II. Rechtliche Würdigung	7
1. <i>Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18</i>	7
2. <i>Zuständigkeit</i>	12
3. <i>Ermächtigungsgrundlage</i>	12
4. <i>Anspruch auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen</i>	12
4.1 <i>Frist- und formgerechte Antragstellung</i>	13
4.1.1 <i>Antragsberechtigung</i>	13
4.1.2 <i>Antragszeitpunkt</i>	13
4.1.3 <i>Antragsform</i>	13
4.1.4 <i>Antragszeitraum</i>	14
4.1.5 <i>Antragsgegenstand</i>	14
4.2 <i>Materielle Voraussetzungen</i>	14
4.2.1 <i>Kapitalkosten</i>	14
4.2.2 <i>Relevante Investitionen</i>	14
4.2.3 <i>Berücksichtigungsfähige Anlagegüter</i>	14
4.2.3.1 <i>Berücksichtigungsfähige Anlagen im Bau und Nachaktivierungen</i>	15
4.2.3.2 <i>Berücksichtigungsfähige Aktivierungen durch Dritte</i>	15
4.2.3.3 <i>Nicht berücksichtigungsfähige Aktivierungen durch Dienstleister</i>	15
4.2.3.4 <i>Nicht berücksichtigungsfähige Aufwendungen für Anlagenabgänge</i>	16
4.2.4 <i>Datengrundlagen, Aktivierungsgrundsätze</i>	16
4.2.5 <i>Abgleich mit dem Regulierungskonto</i>	16
4.2.6 <i>Netzübergänge</i>	17
5. <i>Höhe der Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze</i>	17
5.1 <i>Berechnung des Kapitalkostenaufschlags</i>	17
5.2 <i>Kalkulatorische Abschreibungen</i>	18
5.3 <i>Kalkulatorische Verzinsung</i>	18
5.3.1 <i>Verzinsungsbasis</i>	19
5.3.2 <i>Zinssatz</i>	20
5.4 <i>Kalkulatorische Gewerbesteuer</i>	20
6. <i>Rückwirkende Festlegung</i>	21
7. <i>Vorbehalt der Aufhebung (Rücknahme oder Widerruf)</i>	23
III. Entscheidung über die Kosten	24
Rechtsmittelbelehrung	25

1. Dem Antrag auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösbergrenze des Jahres 2021 wird zum Teil stattgegeben. Die Antragstellerin ist berechtigt, ihre kalenderjährliche Erlösbergrenze des Jahres 2021 um [REDACTED] zu erhöhen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
2. Dem Antrag auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösbergrenze des Jahres 2022 wird zum Teil stattgegeben. Die Antragstellerin ist berechtigt, ihre kalenderjährliche Erlösbergrenze des Jahres 2022 um [REDACTED] zu erhöhen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
3. Die RegKH behält sich die Aufhebung (Rücknahme, Widerruf) dieser Genehmigungen für den Fall vor, dass die Antragstellerin ihre Aktivierungspraxis nicht stetig angewendet hat oder die Anträge der Antragstellerin Anlagegüter beinhaltet, die aufgrund eines Netzübergangs auf einen anderen Netzbetreiber übergegangen sind.
4. Die Entscheidung über die Kosten ergeht durch einen gesonderten Beschluss.

I. Sachverhalt

1. Inhalt des Antrages

Die Antragstellerin hat

- mit Schreiben vom 30.06.2020, eingegangen bei der RegKH am 30.06.2020 einen Antrag auf Anpassung der festzulegenden kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2021 nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV i. H. v. [REDACTED] gestellt.
- mit Schreiben vom 28.06.2021, eingegangen bei der RegKH am 29.06.2021 einen Antrag auf Anpassung der festzulegenden kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2022 nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV i. H. v. [REDACTED] gestellt.

Die Antragstellerin hat die Erhebungsbögen zu den Anträgen elektronisch an die RegKH übermittelt. Diese liegen, unter Berücksichtigung des im nachfolgenden Abschnitt 2. dargelegten Prüfungsvorgehens, der Entscheidung der RegKH zugrunde.

2. Datengrundlagen des Antrags und der Antragsprüfung

Im Rahmen der Antragsprüfung hat die RegKH die Antragswerte (Planwerte) der Antragstellerin mit ihren Angaben und Daten

- aus den Pflichtmitteilungen nach § 28 ARegV,
- aus den vorliegenden Anträgen zur Feststellung der Regulierungskontensalden,
- aus den vorliegenden Anträgen zur Genehmigung von Kapitalkostenaufschlägen und
- aus den vorliegenden Jahres- und Tätigkeitsabschlüssen,

soweit erforderlich und möglich, abgeglichen.

Die RegKH hat bei der Ermittlung des jeweiligen Aufschlags auf die Erlösobergrenze Planwerte der Antragstellerin nicht berücksichtigt, wenn sie stattdessen bereits über validierte Istwerte verfügte, aus denen ersichtlich wurde, dass die dem Antrag zugrundeliegende Kalkulation der Planwerte nicht mehr zutreffend war.

Soweit die Antragstellerin an dem von ihr mit dem Antrag eingereichten Erhebungsbogen Änderungen vorgenommen hat, die nicht dem vorgegebenen Format des Erhebungsbogens entsprechen, hat die RegKH diese Änderungen bei der Ermittlung des Aufschlags auf die Erlösobergrenze nicht berücksichtigt und, soweit für die korrekte Antragsbearbeitung erforderlich, durch eigene Berechnungen ersetzt. Dies schließt die Änderung von Nutzungsdauern mit ein. Ferner hat die RegKH bei der Ermittlung des jeweiligen Aufschlags auf die Erlösobergrenze

- von der Antragstellerin vorgenommene oder beantragte Änderungen der Höhe des Zinssatzes zur Verzinsung des kalkulatorischen Eigenkapitals nicht berücksichtigt;
- den sogenannten „im-Hundert-Satz“ bei der Ermittlung der kalkulatorischen Kapitalkosten nicht angewendet und die kalkulatorische Gewerbesteuer auf der Basis des anteiligen Eigenkapitals ermittelt;
- die Kapitalkosten des Dienstleisters nicht berücksichtigt.

Näheres zur Ermittlung des Kapitalkostenaufschlages ist der Verfahrensakte zu entnehmen.

3. Anhörung

Die RegKH hat der Antragstellerin am 26.07.2022 den Beschlussentwurf zur Anhörung übermittelt zu dem die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.08.2022 Stellung genommen hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II. Rechtliche Würdigung

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 und 3a, § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV. Dem Antrag war im tenorierten Umfang stattzugeben.

Der Beschluss ist rechtmäßig. Er beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18 (siehe unten 1.). Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor und der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig (siehe nachfolgende Abschnitte 2. bis 6.)

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

Die RegKH 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. Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV), Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (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 (NRB) 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 NRB zugewiesen habe.

(2) Der Europäische Gerichtshof hat 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 Europäische Gerichtshof 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 nach § 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 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/AEUV, 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:

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 und die Landesregulierungsbehörden haben 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 haben aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihnen 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).

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 oder die Landesregulierungsbehörden 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 oder den Landesregulierungsbehörden 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 Europäische Gerichtshof es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass

eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

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 RegKH 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 RegKH, 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.

2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der RegKH ist nach § 54 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Errichtung der RegKH vom 27.05.2013 gegeben, da es sich bei der Antragstellerin um ein Energieversorgungsunternehmen handelt, an deren Gasverteilnetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und das nicht über das Gebiet des Landes Hessen hinausreicht.

3. Ermächtigungsgrundlage

Die beantragte Anpassung bedarf nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 1 und 3a, § 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.

4. Anspruch auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen

Die Antragstellerin hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 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 Anlagegüter Kapitalkosten.

4.1 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.

4.1.1 Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind Verteilnetzbetreiber. Ohne Bedeutung ist, ob die Erlösobergrenze des Verteilnetzbetreibers im Regelverfahren oder im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV festgelegt wurde.

Die Antragstellerin ist Verteilnetzbetreiber und somit nach § 10a ARegV antragsberechtigt.

4.1.2 Antragszeitpunkt

Der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10a ARegV kann nach § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV einmal jährlich zum 30. Juni eines Kalenderjahres gestellt werden. Die Antragstellerin hat ihre Anträge auf Anpassung ihrer Erlösobergrenze fristgerecht gestellt.

4.1.3 Antragsform

Nach § 10a Abs. 9 ARegV muss der Antrag des Netzbetreibers sämtliche zur Berechnung des Kapitalkostenaufschlags nach § 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 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 Satz 2 Nr. 4 GasNEV anzugeben. Diese Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“). Daneben sind sämtliche weitere für die Prüfung erforderliche oder zweckmäßige Unterlagen und Informationen dem Antrag beizufügen.

Der Antrag wurde von der Antragstellerin formgerecht, schriftlich und elektronisch bei der RegKH eingereicht. Dem Antrag wurden die für die Prüfung des Antrages erforderlichen Unterlagen beigelegt. Insbesondere wurde dem Antrag ein ausgefüllter Erhebungsbogen beigelegt. Der Erhebungsbogen wurde ursprünglich von der Bundesnetzagentur erstellt und wurde von der RegKH durch in ihrem Zuständigkeitsbereich unverändert übernommen.

4.1.4 Antragszeitraum

Eine Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Kapitalkostenaufschlags erfolgt nach § 4 Abs. 4 Satz 2 2. HS ARegV immer zum 01. Januar des auf das Jahr der Antragstellung folgenden Kalenderjahres; nach § 10a Abs. 1 Satz 3 ARegV gilt eine Genehmigung stets bis zum 31. Dezember des auf den Antrag folgenden Kalenderjahres. Damit gilt die vorliegende Genehmigung für den in 2020 gestellten Antrag vom 01. Januar bis zum 31. Dezember 2021 und für den in 2021 gestellten Antrag vom 01. Januar bis zum 31. Dezember 2022.

4.1.5 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.

4.2 Materielle Voraussetzungen

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

4.2.1 Kapitalkosten

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

4.2.2 Relevante Investitionen

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

4.2.3 Berücksichtigungsfähige Anlagegüter

Berücksichtigungsfähige Anlagegüter sind nach § 10a Abs. 2 Satz 1 ARegV diejenigen betriebsnotwendigen Anlagegüter,

- die ab dem 01. Januar des Jahres, das auf das Basisjahr der jeweils anzupassenden Erlösobergrenze folgt, aktiviert wurden

oder

- deren Aktivierung bis zum 31. Dezember des Jahres, für das der Aufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist.

Berücksichtigungsfähige Anlagegüter sind dabei grundsätzlich solche Anlagegüter, die auch bei der Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nach § 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 gelten folgende spezifische Vorgaben:

4.2.3.1 Berücksichtigungsfähige Anlagen im Bau und Nachaktivierungen

Anlagen im Bau - für diese wird im Rahmen des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV ein vollständiger Abgang im Folgejahr unterstellt - sind 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.

Nachaktivierungen sind berücksichtigungsfähig. Diese werden der Berechnungsmethodik des Kapitalkostenaufschlags folgend als eigenständiges Wirtschaftsgut betrachtet und im Jahr der Nachaktivierung berücksichtigt.

4.2.3.2 Berücksichtigungsfähige Aktivierungen durch Dritte

Berücksichtigungsfähig sind auch solche betriebsnotwendigen Anlagegüter, die nicht vom Netzbetreiber selbst, sondern im Falle von gepachteten Vermögensgegenständen von Dritten aktiviert wurden oder voraussichtlich aktiviert werden.

4.2.3.3 Nicht berücksichtigungsfähige Aktivierungen durch Dienstleister

Nicht berücksichtigungsfähig sind Anlagegüter, 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 OLG Düsseldorf bestätigt (vgl. u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.06.2019, Az.: VI 3 Kart 165/17 [V], S. 38 ff.).

4.2.3.4 Nicht berücksichtigungsfähige Aufwendungen für Anlagenabgänge

Nicht berücksichtigungsfähig sind Aufwendungen für Anlagenabgänge. § 10a Abs. 2 Satz 1 ARegV listet abschließend auf, welche Investitionen im Rahmen des Aufschlags zu berücksichtigen sind. Aufwendungen aus Anlagenabgängen sind gerade keine Kapitalkosten aus Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter, die ab dem 01. Januar des Jahres, das auf das Basisjahr der jeweils anzupassenden Erlösobergrenze folgt, aktiviert werden oder deren Aktivierung bis zum 31. Dezember des Jahres, für das der Aufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist. Eine Berücksichtigung im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags ist somit ausgeschlossen.

4.2.4 Datengrundlagen, Aktivierungsgrundsätze

Die Antragstellerin hat für den Antrag Anlagegüter erfasst, die aktiviert wurden oder die zum Antragszeitpunkt voraussichtlich bis zum 31. Dezember 2021 bzw. 31. Dezember 2022 aktiviert werden sollten. Die RegKH geht davon aus, dass die Antragstellerin nur solche Anlagegüter ihrem Antrag zugrunde gelegt hat, die sie tatsächlich aktiviert hat bzw. deren Aktivierung sie in 2021 und 2022 zum Zeitpunkt des Antrags geplant hatte.

Ein Kapitalkostenaufschlag kann nur für Investitionen beantragt werden, die nach ihrer Art und ihrem Volumen nach den von der Antragstellerin praktizierten Aktivierungsgrundsätzen auch im Basisjahr aktiviert worden wären. Die Aktivierungsgrundsätze sind stetig anzuwenden. Die RegKH geht davon aus, dass die Antragstellerin ihre Aktivierungspraxis stetig angewendet hat. Sie behält sich eine Aufhebung der Entscheidung für den Fall vor, dass sich herausstellen sollte, dass die Aktivierungspraxis verändert wurde (vgl. Tenorziffer 3.).

4.2.5 Abgleich mit dem Regulierungskonto

Die Antragstellerin ermittelt nach § 5 Abs. 1a ARegV bis zum 30. Juni 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 RegKH hat den vom Netzbetreiber ermittelten Regulierungskontosaldo nach § 5 Abs. 3 ARegV zu genehmigen und wird hierbei die tatsächlich aktivierten Anlagegüter zugrunde legen.

4.2.6 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, nach 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. Januar 2021 statt, kann der aufnehmende Netzbetreiber auch für eine Investition auf diesen übergehenden Netzteil einen Kapitalkostenaufschlag beantragen, der die durch den abgebenden Netzbetreiber aktivierten Anlagegüter der Jahre 2017 bis 2020 (z. T. Planwerte) umfasst. Sind in diesem Beispiel bleibend die Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der Antragstellung zum 30. Juni 2020 noch nicht bekannt, kann der aufnehmende Netzbetreiber seinem Antrag entsprechende Plan- bzw. Schätzwerte zugrunde 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 2021 die abgehenden Anlagegüter, die in den Jahren 2017 bis 2020 aktiviert wurden, nicht beinhalten darf.

Die RegKH geht davon aus, dass die Antragstellerin in ihrem Antrag keinerlei Anlagegüter geltend gemacht hat, die aufgrund eines Netzübergangs auf einen anderen Netzbetreiber übergegangen sind. Sie behält sich eine Aufhebung der Entscheidung für den Fall vor, dass sich herausstellen sollte, dass derartige Anlagegüter in den Kapitalkostenaufschlag eingeflossen sind (vgl. Tenorziffer 2.).

5. Höhe der Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze

5.1 Berechnung des Kapitalkostenaufschlags

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 Anlagegüter. Hierbei können nur die Kapitalkosten des Jahres in den Aufschlag einbezogen werden, für das der Kapitalkostenaufschlag beantragt wird.

Eine Berücksichtigung von Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 ist ausgeschlossen. Ausweislich § 34 Abs. 7 S. 5 ARegV konnte ein Antrag nach § 10a ARegV erstmals bis zum 30. Juni 2017 gestellt werden; die Anpassung erfolgte sodann gemäß § 4 Abs. 4 S. 3 ARegV zum 01. Januar 2018. Die Übergangsregelung des § 34 ARegV sieht kein Nachholen der Kapitalkosten der Jahre 2016 und 2017 vor (vgl. BGH, Beschl. v. 05.05.2020, Az. EnVR 59/19).

5.2 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 Anlagegüter 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 Satz 1 GasNEV gewählten Nutzungsdauer.

Nach § 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV ist die jeweils für eine Anlage in Anwendung gebrachte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer unverändert zu lassen.

5.3 Kalkulatorische Verzinsung

Nach § 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.

5.3.1 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.

Gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wurden die Anschaffungs- und Herstellungskosten im Zugangsjahr im Jahresanfangsbestand berücksichtigt (Vgl. BGH, Beschluss v. 10.11.2015, EnVR 42/14.). 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. 45 ff.).

Von den ermittelten Restbuchwerten in Abzug gebracht werden die Mittelwerte des Jahresanfangs- und Jahresendbestands der Restwerte der Netzanschlusskosten-beiträge (NAK) und der Baukostenzuschüsse (BKZ) nach § 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 Bundesgerichtshof hat diese Vorgehensweise bestätigt (vgl. BGH, Beschl. v. 05.05.2020, Az. EnVR 59/19).

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:

- Kalk. Verzinsungsbasis =
Restbuchwerte_Anlagen – (Restwerte_NAK + Restwerte_BKZ + Restwerte SoPo¹)

¹ Sonderposten für Investitionszuschüsse (SoPo)

5.3.2 Zinssatz

Die Berechnung des kalkulatorischen Zinssatzes folgt aus § 10a Abs. 7 ARegV. Der Zinssatz bestimmt sich als gewichteter Mittelwert aus kalkulatorischem Eigenkapitalzinssatz und kalkulatorischem Fremdkapitalzinssatz. Dabei ist nach § 10a Abs. 7 Satz 1 ARegV

- der Eigenkapitalzinssatz mit 40 % und
- der Fremdkapitalzinssatz 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 nach § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV der nach § 7 Abs. 6 GasNEV für die jeweilige Regulierungsperiode geltende Zinssatz für Neuanlagen anzusetzen. Die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 05. Oktober 2016, unter dem Aktenzeichen BK4 16/161, für die Dauer der hier maßgeblichen 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 Fremdkapitalzinssatzes bestimmt sich nach § 10a Abs. 7 Satz 2 ARegV nach § 7 Abs. 7 GasNEV. Es ist auch insoweit der für die jeweilige 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 %.

5.4 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 Verzinsungsbasis und dem kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz zu bilden.
- Daneben sind die Gewerbesteuermesszahl und der Gewerbesteuerhebesatz aus dem Basisjahr zu verwenden.

- Es ist der Hebesatz zu verwenden, der im Basisjahr für den Eigentümer des jeweiligen Anlagegutes galt; hierbei ist auf den Netzeigentümer abzustellen, der zum 31. Dezember des auf den Antrag folgenden Jahres Eigentümer der Anlage ist.

Ein Abzug der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst erfolgt nicht. § 8 Satz 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, Az.: 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, Az.: KVR 81/07, S. 10). Eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer ("Im-Hundert-Rechnung") kommt nicht in Betracht (BGH, Az.: 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 Eigenkapitalanteil. Der die 40 % übersteigende Anteil des EK fließt nach dem expliziten Wortlaut der Verordnung nicht in die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ein. Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 07. März 2019 bestätigt, dass das die Eigenkapitalquote von 40 % übersteigende Eigenkapital bei der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer unberücksichtigt bleibt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2019, Az.: VI 3 Kart 166/17 [V], S. 39 ff.).

6. Rückwirkende Festlegung

Die rückwirkende Festlegung des Kapitalkostenaufschlags nach dem 01. Januar 2021 bzw. 01. Januar 2022 ist zulässig. Der sachliche Grund für das Absehen von einer Festlegung bereits im Jahr 2020/2021 liegt u. a. darin begründet, dass die Bestimmung der Ist-Kosten des Jahres 2020 im Rahmen der Prüfung des Regulierungskontosaldos 2020 in zahlreichen Fällen aufgrund klärungsbedürftiger Einzelfragen noch nicht abgeschlossen werden konnte. Diese Kosten sind auch relevant für den Kapitalkostenaufschlag 2021/2022.

Die rückwirkende Festlegung in Bezug auf die Erlösobergrenze 2021/2022 verstößt insbesondere nicht gegen § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG. Durch den stets vor dem 30. Juni eines Kalenderjahres der Regulierungsperiode veröffentlichten Erhebungsbogen war der Netzbetreiber rechtzeitig zur Preisbildung (01. Januar des Folgejahres) in der Lage, die preisbildenden Bestandteile aus dem Kapitalkostenaufschlag für sich zu bestimmen und konnte diese somit seiner Entgeltbildung des Jahres 2021/2022 zu Grunde legen.

Durch die Veröffentlichung der Hinweise zur Beantragung des Kapitalkostenaufschlags waren dem Netzbetreiber dabei auch die wesentlichen Rechtspositionen der RegKH im Hinblick auf die Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung bestimmter Positionen bekannt. Die Systematik der ARegV sieht einen festlegungsfreien Zeitraum nicht vor. Die Festlegung des Kapitalkostenaufschlags für das 2021/2022 hätte danach grundsätzlich im Jahr 2020/2021 erfolgen sollen. Gleichwohl ist eine rückwirkende Festlegung zulässig. Nach Art. 37 Abs. 10 der Richtlinie 2009/73/EG sind die Regulierungsbehörden befugt, vorläufig geltende Übertragungs- und Verteilungstarife festzulegen oder zu genehmigen und über geeignete Ausgleichsmaßnahmen zu entscheiden, falls sich die Festlegung der Tarife verzögert. Wenn aber vorläufige Regelungen im Zusammenhang mit der Festlegung der Erlösobergrenze für ein Kalenderjahr zulässig sind, muss auch eine rückwirkende endgültige Festlegung von Erlösobergrenzen zulässig sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.09.2016, VI-3 Kart 175/14 [V], Rn. 118 ff., juris).

Angesichts der dargestellten Umstände erachtet die RegKH die rückwirkende Festlegung als vom Ermessen gedeckt. Vorliegend überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an der (rückwirkenden) Festlegung des Kapitalkostenaufschlags. Die gegen die rückwirkende Festlegung sprechenden Prinzipien des Vertrauensschutzes hat die RegKH demgegenüber im konkreten Fall als nachrangig bewertet.

Der Antragstellerin war zudem vorab bekannt, dass eine Festlegung der RegKH zur Festlegung des Kapitalkostenaufschlags erfolgen wird und insoweit eine nachträgliche Korrektur der selbständig angepassten Erlösobergrenzen des Jahres 2021/2022 erfolgen kann. Bereits mit den Hinweisen für die Festlegung der Erlösobergrenzen für das Jahr 2021/2022 hat die RegKH darauf hingewiesen, dass, sofern noch keine Bescheidung des gestellten Antrags erfolgt ist, der Antragswert bzw. der Wert nach der vorläufigen Anordnung für die Anpassung anzusetzen ist. Zudem werden mögliche Abweichungen sachgerecht über die Methodik des Regulierungskontos ausgeglichen. Dies betrifft die künftigen Genehmigungsverfahren zu den Regulierungskonten des Jahres 2021/2022, dessen Bestandteil der Ist-Abgleich des Kapitalkostenaufschlags ist.

Die Entscheidung ist auch verhältnismäßig. Die Entscheidung dient dem Zweck, entsprechend den Vorgaben des EnWG, der ARegV und der GasNEV für das Jahr 2022 den Kapitalkostenaufschlag festzulegen. Die rückwirkende Festlegung ist hierzu geeignet, insbesondere werden dadurch folgerichtige Saldierungen mit Bezug auf das Jahr 2021/2022 ermöglicht. Die rückwirkende Festlegung ist auch erforderlich, da ein gleich geeignetes, milderer Mittel nicht zur Verfügung steht. Die Entscheidung ist schließlich auch angemessen. Hierbei ist zu beachten, dass der Kapitalkostenaufschlag erhöhend auf die Erlösobergrenze der Antragstellerin wirkt. Ohne rückwirkende Festlegung bestünde somit für die Antragstellerin keine Möglichkeit, den Kapitalkostenaufschlag für das Jahr 2022 im Rahmen des Abgleichs nach § 5 ARegV anzusetzen. Es bestünde kein Rechtsgrund für einen Kapitalkostenaufschlag. Somit liegt die Rückwirkung stets im Interesse der Antragstellerin.

7. Vorbehalt der Aufhebung (Rücknahme oder Widerruf)

Der Vorbehalt der Aufhebung (Rücknahme oder Widerruf) in Tenorziffer 2 stellt sicher, dass in den erfassten Fallgruppen die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.

III. Entscheidung über die Kosten

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