

**Herausgeber**

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V., Humboldt-Universität zu Berlin
Geschäftsführer Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski (V.i.S.d.P.)

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Batts, Humboldt-Universität zu Berlin | Prof. Dr. Hartmut Bauer, Universität Potsdam | Prof. Dr. Carsten Becker, Direktor beim Bundeskartellamt | Prof. Dr.-Ing. Peter Birkner, House of Energy e.V. | Prof. Dr. Edmund Brandt, Technische Universität Braunschweig | Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer, Europa-Universität Viadrina | Ministerialdirigent Christian Dobler, Leiter der Unterabteilung Wettbewerbs- und Strukturpolitik im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie | Dr. Felix Engelsing, Bundeskartellamt, Leiter der 2. Beschlussabteilung | Prof. Dr. Jörg-Rafael Heim, Hochschule Weserbergland | Prof. Dr.-Ing. habil. Antonio Hurtado, Technische Universität Dresden | Prof. Dr. Lorenz Jarass, Hochschule RheinMain Wiesbaden | Prof. Dr. Siegfried Klaue, Freie Universität Berlin | Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Universität zu Köln | Prof. Dr. Knut Werner Lange, Universität Bayreuth | Wiegand Laubenstein, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf | Prof. Dr. Christoph Moench, Sammler-Usinger Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin | Prof. Dr. Holger Mühlenkamp, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer | Prof. Dr. Johann-Christian Pielow, Ruhr-Universität Bochum | Prof. Dr. Michael Rodi, Universität Greifswald | Prof. Dr. Michael Schäfer, Hochschule für nachhaltige Entwicklung Eberswalde (FH) | Prof. Dr. Thomas Schomerus, Leuphana Universität Lüneburg | Prof. Dr. Andreas Weitbrecht, Universität Trier | Prof. Dr. Gregor Zöttl, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Redaktion

Philipp Jakob Strauß (Schriftleitung)
Vicky Wagner, Dr. Mirko Sauer, Jost Hanno Meyer, Alexander Todorovic

Redaktionsanschrift

Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin
Telefon: +49 (0) 30 - 2093 - 3457 | Telefax: +49 (0) 30 - 2093 - 3412

Das Konzept der wettbewerbsanalogen Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens

Prof. Dr. Jörg-Rafael Heim, Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Dr. Mirko Sauer, Jost Hanno Meyer, Sven Vogel*

I. Problemstellung

Nicht zuletzt der öffentlichkeitswirksame¹ Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22.3.2018² betreffend die Aufhebung der Festlegung des EK I-Zinssatzes für die 3. Regulierungsperiode³ hat den Fokus der Kostenprüfung für diese Regulierungsperiode auf die den Netzbetreibern in § 7 Strom-/GasNEV zugestandene Eigenkapitalverzinsung gerichtet. Unklarheit herrscht allerdings nicht nur hinsichtlich des anzuwendenden Zinssatzes. Auch die Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Eigenkapitalzinses – das betriebsnotwendige Eigenkapital gem. § 7 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 Strom-/ GasNEV – beinhaltet Positionen, für deren Ermittlung sowie Handhabung seit dem Start der Anreizregulierung im Jahr 2009 grundlegend voneinander abweichende Ansätze auf Seiten der Regulierungsbehörden einerseits und auf Seiten der Netzbetreiber andererseits bestehen, ohne dass die Rechtsprechung Rechtssicherheit für eine materiell-rechtliche Variante der Ermittlung der jeweiligen Position geschaffen hätte.

Virulent ist der vorstehende Befund insbesondere für die zum (Brutto-)Geldvermögen⁴ zählenden Bestandteile des Umlaufvermögens: Forderungen und sonstige Vermögensgegen-

stände, liquide Mittel, Vorräte. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV sind diesbezüglich die „Bilanzwerte des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens“ in die Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals einzubeziehen. Dabei bezieht sich der Begriff „Bilanzwerte“ auf die Wertansätze dieser Vermögensgegenstände in der Tätigkeitsbilanz nach § 6b Abs. 3 Satz 6 EnWG.

* Prof. Dr. Heim ist Professor für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Controlling, Energiewirtschaft an der Hochschule Weserbergland (HSW); Prof. Dr. Schwintowski ist geschäftsführender Direktor am EWeRK; Dr. Sauer ist wissenschaftlicher Assistent am EWeRK; Jost Hanno Meyer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am EWeRK; Sven Vogel ist tätig im Bereich Regulierungsmanagement und Netzwirtschaft der Netze BW GmbH.

1 Vgl. Pressemitteilung des OLG Düsseldorf Nr.08/2018, http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20180322_PM_Bundesnetzagentur/index.php.

2 3 Kart 148/16, BeckRS 2018, 6913: ca. 1.100 Beschwerdeführer.

3 Festlegungen der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur [BNetzA] vom 5. Oktober 2016 (BK4-16-160; BK4-16-161): Neuanlagen 6,91% (2. Regulierungsperiode: 9,05%) sowie Altanlagen 5,12% (2. Regulierungsperiode: 7,14%), jeweils vor Steuern.

4 Zur betriebswirtschaftlichen Differenzierung zwischen Zahlungsmittelbestand, Brutto-/Nettogeldvermögen und Reinvermögen vgl. z.B. *Friedll Hofmannl Pedell*, Kostenrechnung, 2. Aufl. 2013, S. 36/37.

Die Bilanzwerte sind allerdings nur insoweit in die Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals zu übernehmen, als sie „betriebsnotwendig“ sind. Dieses Adjektiv ist erst nachträglich in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/ GasNEV eingefügt worden.⁵ Diese Klarstellung⁶ war aus Sicht des Bundesrates erforderlich geworden, nachdem in den ersten vor Inkrafttreten der ARegV durchgeführten rein kostenorientierten Entgeltgenehmigungsverfahren (§§ 23a Abs. 1 Satz 1 HS. 1, 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG)⁷ erheblicher Streit über die Rechtmäßigkeit der von den Regulierungsbehörden vorgenommenen Begrenzungen auf nur betriebsnotwendige Vermögensgegenstände bestand.⁸

Trotz zwischenzeitlich mehr als 10-jähriger Regulierungspraxis mit einer Vielzahl obergerichtlicher und höchstrichterlicher Entscheidungen zu der Frage, wie genau die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens – insbesondere des Geldvermögens – im Rahmen der Kostenprüfung für die Festlegung der Erlösobergrenzen der kommenden Regulierungsperiode zu bestimmen ist, besteht bis heute kein verwaltungs- oder rechtsprechungsseitig entwickeltes Konzept für die Vorgehensweise und die Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/ GasNEV. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zwar in seinem Beschluss vom 3.03.2009 – StW Ulm⁹ erste Überlegungen angestellt, dass es ein Konzept der wettbewerbsorientierten Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens in Anlehnung an § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG geben könnte, diesen Ansatz jedoch weder im Bezugsbeschluss noch in einer späteren Entscheidung weiterverfolgt. Die Zuweisung der Beweislast für die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens zu den Netzbetreibern unter dem Gesichtspunkt der das Amtsermittlungsprinzip der Regulierungsbehörden begrenzenden Mitwirkungspflicht des Netzbetreibers¹⁰ führte zu einer sowohl regional als auch im Zeitablauf erheblich divergierenden Kürzungspraxis der Regulierungsbehörden, die ebenfalls kein einheitliches Konzept erkennen lässt. Insbesondere die Entwicklung der Begrenzung des berücksichtigungsfähigen Geldvermögens im Umlaufvermögen durch die Bundesnetzagentur von 3/12 des Umsatzes im Basisjahr für Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie 1/12 desselben Umsatzes für liquide Mittel in der 1. Regulierungsperiode auf 1/24 der Erlösobergrenze des Basisjahres (Beschlusskammer Gas) bzw. 1/12 derselben Erlösobergrenze (Beschlusskammer Strom) für die Summe aus Forderungen und liquiden Mitteln in der 3. Regulierungsperiode dokumentiert den dringenden Bedarf eines solchen Konzepts.

Mit den folgenden Überlegungen wird auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH der Versuch unternommen, das Konzept einer wettbewerbsanalogen Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens zu entwickeln. Dabei wird es zunächst um die Darstellung der Grundannahmen der BNetzA gehen (II.). Im nächsten Schritt (III.) wird gezeigt, aus welchen Positionen der Begriff Umlaufvermögen besteht – Vorräte/Liquidität/Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände/Wertpapiere – sodass deutlich wird, dass diese Bestandteile des Begriffs Umlaufvermögen für die Netzbetreiber relevant ist. In einem weiteren Schritt (IV.) ist zu klären, was unter dem Begriff des **betriebsnotwendigen** Umlaufvermögens zu verstehen ist.

Es wird sich zeigen, dass der Begriff des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens, so wie vom BGH bereits im Jahre 2009 angedeutet, wettbewerbsanalog, also aus der Perspektive von Unternehmen, die einen wettbewerblichen Netzbetrieb realisieren, zu entwickeln ist. Letztlich wird ein **Vergleichsmarkt-konzept** entstehen, das den Grundgedanken der Wettbewerbsanalogie auch im natürlichen Monopol verwirklicht und damit dafür sorgt, dass Netzbetreiber nicht besser, aber auch nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Unternehmen im Wettbewerb.

II. Diskussionsstand – Argumentation der Bundesnetzagentur

Die Argumentationsstruktur der Bundesnetzagentur (BNetzA) zum Rechtsbegriff des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens lässt sich nur indirekt nachvollziehen, nämlich über die Kommentarliteratur und die zur Regulierungspraxis der Behörde ergangene Rechtsprechung. Ein Positionspapier oder einen Leitfaden – wie etwa zur Konzessionsvergabe erlassen¹¹ – hat die BNetzA zu dieser Thematik bislang nicht veröffentlicht.

Ausgangspunkt der BNetzA ist ausweislich des grundlegenden BGH-Beschlusses vom 3.03.2009 – StW Ulm¹² der Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV, wonach es für die Ermittlung des zu verzinsenden Eigenkapitals auf das betriebsnotwendige Umlaufvermögen ankommt. Der BGH verweist in diesem Beschluss auch auf die Entstehungsgeschichte der Netzentgeltverordnungen, in deren Entwurfsfassung zu § 7 das Merkmal der Betriebsnotwendigkeit zunächst nur im Obersatz des Satzes 2 in Absatz 1 genannt war. Mit der Novelle vom 29.10.2007¹³ wurde vor den Begriffen „Neuanlagen“, „Finanzanlagen“ und „Umlaufvermögen“ jeweils das Adjektiv „betriebsnotwendig“ eingefügt.¹⁴ Diese nach der Begründung des Bundesrates „Korrektur eines redaktionellen Versehens“, so die Formulierung des BGH, sollte klarstellen, dass nur Restwerte bzw. Bilanzwerte betriebsnotwendiger Vermö-

5 Beschluss des Bundesrates vom 21.9.2007, BR-Drs. 417/07 (Beschluss), S. 19.

6 Vgl. BR-Drs. 417/07 (Beschluss), S. 20: „Korrektur eines redaktionellen Versehens. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist klarzustellen, dass nur Restwerte bzw. Bilanzwerte betriebsnotwendiger Vermögensgegenstände verzinst werden können.“

7 Kritisch zu dieser Form der Netzentgeltregulierung wegen des sog. Averch-Johnson-Effekts siehe *Lismann*, NVwZ 2014, 691 [693] m.w.N. in Fußnote 24.

8 Vgl. *Schütz/Schütte*, in: Holzner/Schütz (Hrsg.), ARegV, 1. Aufl. 2013, § 7 StromNEV Rn. 60.

9 EnVR 79/07, NJOZ 2009, 3390, Rn. 29 ff.

10 St. Rspr., vgl. grundlegend BGH-Beschl.v. 3.03.2009 – EnVR 79/07, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 20 ff.; BGH v. 10.11.2015 – EnVR 26/14, juris; BGH v. 25.4.2017 – EnVR 57/15, RdE 2017, 340, BeckRS 2017, 114363 Rn. 16.

11 Vgl. „Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“, 2. Aufl. vom 21. Mai 2015, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/EntflechtungKonzession/Konzessionsvertraege/LeitfadenKonzessionsrecht/Leitfaden_Konzessionsvertraege_2te_Auflage_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Aufruf am 3. Juni 2018.

12 Grundlegend BGH v. 3.3.2009 – EnVR 79/07, juris Rn. 8 StW Ulm.

13 BGBl. I S. 2529.

14 BGH a.a.O. Rn. 10.

gensgegenstände verzinst werden können.¹⁵ Von diesen Grundsätzen lässt sich auch die BNetzA ersichtlich leiten.

Das Gleiche gilt für die Erwägungen des BGH, wonach es dem Netzbetreiber obliegt, die Betriebsnotwendigkeit des von ihm in Ansatz gebrachten Umlaufvermögens nachvollziehbar darzulegen, da die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens tatbestandliche Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung sei.¹⁶ Hierzu, so der BGH, gehöre auch, dass der Netzbetreiber plausibel erläutere, warum etwa der angesetzte Forderungsbestand in dieser Höhe für den Netzbetrieb notwendig sei.¹⁷ Auch im Verwaltungsverfahren müsse die Verwaltungsbehörde, die grundsätzlich verpflichtet sei, den Sachverhalt in eigener Verantwortung aufzuklären (§ 24 VwVfG), jene entscheidungserheblichen Tatsachen nicht ermitteln, die der Betroffene (hier der Netzbetreiber) ihr nach § 26 Abs. 2 VwVfG zu unterbreiten habe.¹⁸

Gesteigerte Mitwirkungspflichten für die Netzbetreiber bei der Genehmigung der von ihnen beantragten Netzentgelte ergäben sich etwa aus § 23a Abs. 3 S. 4 EnWG.¹⁹ Danach habe der Netzbetreiber die von ihm geltend gemachten Entgelte auf der Grundlage einer Kalkulation darzustellen (Nr. 1) und die Änderung der Entgelte unter Berücksichtigung der Rechtsvorschriften der GasNEV zu begründen (Nr. 3). Schließlich dürfe die Regulierungsbehörde weitere Angaben des Antragsstellers anfordern, wenn sie dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen für erforderlich halte (§ 23a Abs. 3 S. 6 EnWG).

Daraus, so der BGH, ergebe sich, dass der Netzbetreiber die seinen Antrag rechtfertigenden Umstände – ggf. nach Aufforderung durch die Regulierungsbehörde – vortragen und erläutern müsse.²⁰ Zusammengefasst obliege dem Netzbetreiber die Darlegung, dass die im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV beantragten Wertansätze hinsichtlich des Finanz- und des Umlaufvermögens gerechtfertigt seien. Seine Darlegungslast erstreckte sich auch auf die Betriebsnotwendigkeit der geltend gemachten Wertansätze.²¹ Die Regulierungsbehörde könne auf eine nähere Darlegung durch den Netzbetreiber verzichten, soweit sie die Betriebsnotwendigkeit als ohne weiteres plausibel ansehe.²² Diese Grundsätze hat der BGH in seinen Folgeentscheidungen mehrfach bestätigt.²³

1. Erste Regulierungsperiode

Diese auch die BNetzA leitenden Erwägungen haben in der ersten Regulierungsperiode zu einer Plausibilitätsgrenze geführt, wonach höchstens 3/12 des Umsatzes des Basisjahres für *Forderungen* als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen akzeptiert wurden. Mit Blick auf die betriebsnotwendige *Liquidität* hat die BNetzA in dieser Periode maximal 1/12 des Umsatzes als verzinsungsfähiges Vermögen anerkannt.²⁴ Grundlage dieser Plausibilitätsgrenze waren von der Deutschen Bundesbank veröffentlichte Durchschnittswerte von Unternehmen verschiedener Branchen, denen die BNetzA in der ersten Regulierungsperiode Indizwirkung für die Bemessung der Betriebsnotwendigkeit zumaß.²⁵

2. Zweite Regulierungsperiode

Die vorbenannten Grundsätze zur Darlegungslast für die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens leiten auch das OLG Düsseldorf.²⁶ Das OLG Düsseldorf geht, wie der Verordnungswortlaut es verlangt, davon aus, dass das betriebsnotwendige Umlaufvermögen, soweit es vom Netzbetreiber dargelegt ist, auch anerkannt wird.²⁷ Allerdings müsse die Betriebsnotwendigkeit vom Netzbetreiber dargelegt werden.²⁸ Fehle es daran, so sei eine pauschale Kürzung des Umlaufvermögens seitens der BNetzA auch im Hinblick auf die in der zweiten Regulierungsperiode neu gewählte Obergrenze von 1/12 der anerkannten Netzkosten (zuvor: Umsatz des Basisjahres) für das Umlauf-Geldvermögen *insgesamt* nicht zu beanstanden.²⁹ Zwar habe die Bundesnetzagentur für die erste Regulierungsperiode hinsichtlich des Forderungsbestands eine Obergrenze von 3/12 (25%) des Jahresumsatzes und nur hinsichtlich der liquiden Mittel eine Obergrenze von 1/12 in Ansatz gebracht.³⁰ Diese Verwaltungspraxis sei auch vom BGH in mehreren Entscheidungen gebilligt worden.³¹

Von dieser Verwaltungspraxis sei die BNetzA für die zweite Regulierungsperiode aber abgewichen, indem sie das Umlaufvermögen (mit Ausnahme der Vorräte) insgesamt auf 1/12 der anerkennungsfähigen Netzkosten deckele.³² Die BNetzA, so das OLG Düsseldorf, habe dies damit begründet, dass der Netzbetreiber die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens im entschiedenen Fall nicht nachgewiesen habe. Folglich könne er durch die Zubilligung eines bestimmten Mindestbetrags in keinem Falle beschwert sein. Dies sei im Ergebnis nicht zu beanstanden.³³ Zugleich hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass es als Bezugsgröße für die Ermittlung des Umlaufvermögens nicht auf die anerkannten Netzkosten des Basisjahres

15 BGH a.a.O. Rn. 10 unter Hinweis auf BR-Drucks. 417/07 (Beschluss), S. 20.

16 BGH a.a.O. Rn. 20.

17 BGH a.a.O. Rn. 20.

18 BGH a.a.O. Rn. 21 unter Hinweis auf BVerfG v. 7.11.1986 – 5 C 27/85, NVwZ 1987, 404, 405.

19 BGH a.a.O. Rn. 22.

20 BGH a.a.O. Rn. 22.

21 BGH a.a.O. Rn. 21.

22 BGH a.a.O. Rn. 22.

23 BGH v. 7.4.2009 – EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 42 ff. *Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar*; v. 5.10.2010 – EnVR 49/09, RdE 2011, 263 Rn. 16; v. 10.11.2015 – EnVR 26/14, juris, Rn. 20 *Stadtwerke Freudenstadt II*; v. 25.4.2017 – EnVR 57/15, juris, Rn. 14, 16 *Verteilungsnetzgesellschaft mbH*.

24 *Holzengel/Schütz*, ARegV, Kommentar 2013, § 7 StromNEV Rn. 62; kritisch dazu *Füllbier* ET 2009, 150-154.

25 Vgl. BGH a.a.O. Rn. 30.

26 So mit vielen Nachweisen Beschluss v. 11.11.2015 – VI-3 Kart. 16/13 (V), BeckRS 2015, 19795 Rn. 43 ff.

27 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 57.

28 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 61.

29 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 62.

30 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 62.

31 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 63 unter Hinweis auf BGH v. 3.3.2009 – EnVR 79/07 Rn. 24 – SWU Netze; v. 7.4.2009 – EnVR 6/08 Rn. 38 ff. – *Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar*; v. 5.10.2010 – EnVR 49/09 Rn. 13 ff.

32 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 64.

33 OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 64 ff.

(in Gestalt der Erlösobergrenze), sondern auf den Umsatz ankomme.³⁴

Letzterem hat der BGH im anschließenden Rechtsbeschwerdeverfahren widersprochen³⁵ und den Bezugsbeschluss des OLG Düsseldorf insoweit aufgehoben. Der BGH hat dabei ausdrücklich offen gelassen, ob der von der BNetzA der in der 2. Regulierungsperiode weitergehenden Kürzung des Umlauf-Geldvermögens zugrunde gelegte Erfahrungssatz, „effiziente Netzbetreiber hielten regelmäßig ein Zwölftel des Jahresumsatzes zur Deckelung von Liquiditätsengpässen vor“, die erfolgte Begrenzung auf 1/12 der anerkannten Netzkosten zu rechtfertigen vermochte.³⁶ Komme der Netzbetreiber, so der BGH, seinen Mitwirkungspflichten in Form eines ausreichenden Nachweises der Betriebsnotwendigkeit nicht nach, sei er prinzipiell nicht beschwert, soweit er sich gegen den pauschalierten Ansatz der BNetzA – auch in Form einer Deckelung des Umlauf-Geldvermögens insgesamt auf 1/12 der *anerkannten Netzkosten* – wende.³⁷

Im Ergebnis ist Grundlage der Begrenzung des verzinsungsfähigen Umlaufvermögens für die Regulierungspraxis der BNetzA in der zweiten Regulierungsperiode nicht mehr der Durchschnittswert von Vergleichsunternehmen (Benchmark), sondern eine selbstgewählte Obergrenze, die als „Erfahrungssatz“ beschrieben wird – allerdings ohne Hinweis darauf, auf welchen empirischen Ergebnissen dieser Erfahrungssatz beruhen soll. Das Grundprinzip einer Bestimmung des Maßstabs der Betriebsnotwendigkeit anhand einer im Ansatz unternehmensvergleichenden Betrachtung hat die BNetzA mithin bereits in der zweiten Regulierungsperiode verlassen.

3. Dritte Regulierungsperiode

Wie in der Branche wahrzunehmen, setzt die BNetzA die Methodik einer quotalen Deckelung der Betriebsnotwendigkeit des Umlauf-Geldvermögens mittels einer selbstgewählten Obergrenze in der 3. Regulierungsperiode fort, senkt dabei diese Obergrenze für Gasnetzbetreiber im Vergleich zur zweiten Regulierungsperiode indes noch weiter herab.

Nach branchenöffentlichen Mitteilungen erkennt die Beschlusskammer Gas für Geld-Umlaufvermögen anstatt 1/12 der anerkannten Netzkosten (2. Regulierungsperiode) nunmehr nur noch 1/24 derselben Bemessungsgrundlage an, sofern der Netzbetreiber nicht einen höheren Betrag als betriebsnotwendig nachweist. Die Beschlusskammer Strom hingegen begrenzt die Verzinsung des Umlaufvermögens (ohne Vorräte) unverändert auf 1/12 der Netzkosten.

Zur Begründung verweisen beide Beschlusskammern auf die vorstehend dargelegte Rechtsprechung, wonach die Darlegungslast für einen höheren Anteil betriebsnotwendigen Umlaufvermögens als die von den Beschlusskammern jeweils pauschal anerkannten Quoten beim Netzbetreiber liege und es im Falle fehlenden Nachweises an einer Beschwer durch die Kürzung fehle.

4. Ergebnis

Im Kern lässt sich die Argumentationsstruktur der BNetzA wie folgt auf einen Nenner bringen:

Es obliegt dem Netzbetreiber, die im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV beantragten Wertansätze hinsichtlich des Umlaufvermögens zu rechtfertigen.³⁸ Seine Darlegungslast erstreckt sich auch auf die Betriebsnotwendigkeit der geltend gemachten Wertansätze.³⁹ Hat der Netzbetreiber die Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens nicht nachgewiesen, so kann er durch die Zubilligung eines bestimmten Mindestbetrags durch die BNetzA in keinem Fall beschwert sein.⁴⁰ Bezugsgröße für die Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens sind die anerkannten Netzkosten des Basisjahres, nicht dessen Umsatz.⁴¹

5. Konsequenzen

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nun (III.) zu fragen, aus welchen Rechnungsposten das Umlaufvermögen bei einem Netzbetreiber typischerweise besteht – auch um zu klären, ob alle typischen Positionen, die zum Umlaufvermögen rechnen, bei Netzbetreibern, deren Netzentgelte reguliert sind, betriebsnotwendig vorkommen (können). Es geht um Vorräte, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, liquide Mittel sowie um Wertpapiere. In diesem Zusammenhang ist zugleich zu fragen, ob der Begriff des Umlaufvermögens, für den es eine gesetzliche Bestimmung – im Gegensatz zum Anlagevermögen (§ 247 Abs. 2 HGB) – nicht gibt, bilanzrechtlich oder betriebswirtschaftlich möglicherweise eine ganz bestimmte, typisierbare Höhe für Unternehmen, etwa einer bestimmten Branche, erreicht.

Dabei wird sich herausstellen, dass es einen solchen, das Umlaufvermögen der Höhe nach bestimmenden Maßstab weder im Bilanzrecht noch in der Betriebswirtschaftslehre gibt. In Ermangelung eines solchen typisierbaren Maßstabs ist es folglich auch nicht möglich, aus der Sicht des Bilanzrechts oder der Betriebswirtschaftslehre eine unumstößliche quantifizierbare Aussage für das typischerweise betriebsnotwendige Umlaufvermögen eines Unternehmens zu treffen. Das gilt für alle Unternehmen, gleichgültig, ob sie im Wettbewerb stehen oder reguliert sind. Das heißt, diese Aussage gilt auch für alle Netzbetreiber. Die Konsequenz aus dieser Erkenntnis wird sein, dass es das eine, immer richtige und der Höhe nach zutreffende *betriebsnotwendige Umlaufvermögen* als sozusagen feststehender Rechtsbegriff nicht gibt und auch nicht geben kann, einfach deshalb, weil die Funktionsanforderungen an die Rechnungsposten des Umlaufvermögens in der Zeit variieren und von den Kräften der Märkte mitbestimmt werden.

34 OLG Düsseldorf a.a.O. ab Rn. 67.

35 BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – EnVR 57/15, BeckRS 2017, 114363, Rn. 15 f.

36 BGH, Beschl. v. 25.4.2017, a.a.O., Rn. 16.

37 BGH, Beschl. v. 25.4.2017, a.a.O., ebenda.

38 So BGH, Beschl. v. 3.3.2009 – EnVR 79/07, Rn. 23 – SWU Netze.

39 BGH a.a.O., Rn. 23.

40 OLG Düsseldorf v. 11.11.2015 – VI-3 Kart. 16/13 (V), BeckRS 2015, 19795 Rn. 64-66.

41 Bestätigt durch BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – EnVR 57/15, BeckRS 2017, 114363, Rn. 15.

Ausgehend von dieser Grunderkenntnis ist es erforderlich, einen rechtssicheren, den Grundsätzen der Bestimmbarkeit einer Norm entsprechenden Ermittlungsansatz für das betriebsnotwendige Umlaufvermögen von Netzbetreibern so zu entwickeln, wie es der BGH in seinem Beschluss vom 3.3.2009⁴² bereits angedeutet hat. Entscheidend wird eine wettbewerbsanaloge Betrachtung mit Blick auf Unternehmen sein, die einem Netzbetreiber vergleichbar sind. Idealerweise handelt es sich insoweit um Netzbetreiber (etwa aus dem TK-Bereich), die zueinander im Wettbewerb stehen, sodass sich deren betriebsnotwendiges Umlaufvermögen Jahr für Jahr im Wettbewerb bildet.

Diese im Beschluss des BGH v. 3.3.2009 angelegten Grundgedanken, die im Folgenden (IV.) vertieft entwickelt werden, gehen von einer – zutreffenden – Grundannahme aus, wonach es notwendig ist, das betriebsnotwendige Umlaufvermögen für Netzbetreiber aus der Perspektive vergleichbarer Unternehmen im Wettbewerb zu ermitteln, damit Netzbetreiber weder besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als Unternehmen, die sich im Wettbewerb bewähren müssen. Orientiert sich die Verzinsung an einem betriebsnotwendigen Umlaufvermögen, das auch im Wettbewerb gebildet werden muss, so werden die Netznutzer *wettbewerbsanalog* behandelt und damit sachgerecht, transparent und diskriminierungsfrei.

III. Der Rechtsbegriff des Umlaufvermögens

1. Die Definition des Umlaufvermögens für die Ermittlung des betriebsnotwendigen Vermögens/Eigenkapitals

Eine Legaldefinition des Umlaufvermögens enthalten die Vorschriften der StromNEV und der GasNEV nicht. Der Verordnungsgeber verwendet bei der Aufzählung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Strom-/GasNEV, welche Positionen der Tätigkeitsbilanz Strom-/Gasverteilung zur Ermittlung des betriebsnotwendigen Vermögens zu addieren sind, die Begriffe „Sachanlagevermögen“,⁴³ „Finanzanlagen“⁴⁴ und „Umlaufvermögen“,⁴⁵ ohne diese zu definieren. Auch die Verordnungsbegründung äußert sich zur Definition der vorbenannten Begriffe nicht, sondern bezeichnet die Absätze 1 und 2 des § 7 Strom-/GasNEV vielmehr selbst als Definition des betriebsnotwendigen Eigenkapitals.⁴⁶ Aus dem Umstand, dass diese Begriffe dem handelsrechtlichen Bilanzrecht entstammen⁴⁷ und § 7 Abs. 1 Satz 2 Strom-/GasNEV auch für einzelne Wertansätze auf die „Bilanzwerte“ zurückgreift,⁴⁸ ist abzuleiten, dass sich der Verordnungsgeber mit der Verwendung dieser Begriffe zugleich der dazugehörigen Definitionen des Bilanzrechts bedient hat. Im Rahmen der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Strom-/GasNEV ist daher das Anlagevermögen ebenso wie das Umlaufvermögen nach den Definitionen des (Handels-)Bilanzrechts zu bestimmen.

Diese Sichtweise entspricht der Rechtsprechung des BGH. Danach folge zwar die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung einem eigenständigen, in den Netzentgeltverordnungen näher bestimmten System, in dessen Rahmen die Regelungen über die Handelsbilanz – ebenso wie diejenigen über die Steuerbilanz – grundsätzlich nicht, auch nicht ergänzend angewandt werden

könnten.⁴⁹ Der Verordnungsgeber ordne es, so der BGH, ausdrücklich an, wenn – wie etwa in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV – im Rahmen der regulatorischen Kostenrechnung auf handelsbilanzielle Ansätze zurückgegriffen werden dürfe.⁵⁰

Die insoweit vom BGH entschiedene Unanwendbarkeit der Normen des (Handels-) Bilanzrechts bezieht sich indes allein auf die Vorschriften über die Bilanzierungsentscheidung [Aktivierung] sowie Wertzumessung [Bewertung] des jeweils betrachteten Vermögensgegenstandes in der Handelsbilanz, nicht auf dessen *begriffliche* Einordnung als Sachanlage, Finanzanlage oder Umlaufvermögen. Denn die Handelsbilanz, so der BGH weiter, diene als *Datenquelle* für die Regulierungsentscheidung.⁵¹ Dieser Funktion vermag die Handelsbilanz allerdings nur zu genügen, wenn die betrachtete Position der Eigenkapitalermittlung nach § 7 Strom-/GasNEV und die jeweils korrespondierende Position der Handelsbilanz als deren Datenquelle einheitlich definiert werden.

Nach § 247 Abs. 1 HGB ist das auf der Aktivseite der Handelsbilanz auszuweisende Vermögen in *Anlage-* und *Umlaufvermögen* zu unterteilen. Die ebenfalls auf der Aktivseite zu bilanzierenden aktiven Rechnungsabgrenzungsposten scheiden von vorneherein aus der Betrachtung aus, da es sich nicht um Vermögensgegenstände handelt.⁵² Eine Definition enthält das HGB allein für Anlagevermögen, dem gemäß § 247 Abs. 2 HGB die Gegenstände zuzuweisen sind, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Es entspricht einhelliger Meinung in Literatur und Rechtsprechung, dass das Umlaufvermögen im Umkehrschluss aus § 247 Abs. 2 HGB diejenigen Vermögensgegenstände umfasst, „die nicht dazu bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen“.⁵³

§ 247 Abs. 2 HGB behält neben dem Gliederungsschema des § 266 Abs. 2 A. und B. HGB (Positionen des Anlage- und Umlaufvermögens der Kapitalgesellschaft) auch für Kapitalgesellschaften eigenständige Bedeutung und geht hinsichtlich der Abgrenzung des Anlagevermögens vom Umlaufvermögen im Einzelfall der Regelung in § 266 Abs. 2 HGB vor.⁵⁴ Gleichwohl

42 EnVR 79/07 – *SWU Netze*.

43 § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 Strom-/GasNEV.

44 § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV.

45 § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV.

46 Vgl. BR-Drs. 245/05, S. 35 zu § 7 Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung: „Die Absätze 1 und 2 definieren im Einzelnen das zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital“.

47 Vgl. etwa die Verwendung dieser Begriffe in der Bilanzgliederungsvorschrift § 266 HGB; zum auf die Darstellung innerhalb der Bilanz begrenzten Regelungsgehalt des § 266 HGB vgl. z.B. *Suchanin*: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2013, § 266 HGB Rn. 1.

48 Z.B. in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Strom-/GasNEV.

49 Vgl. grundlegend BGH, Beschl.v. 14.8.2008 – KVR 39/07, BeckRS 2008, 20436, Rn. 36/37; Beschl.v. 10.11.2015 – EnVR 26/14, BeckRS 2015, 20929, Rn. 25/26.

50 BGH, Beschl.v. 10.11.2015 – EnVR 26/14, a.a.O., Rn. 25.

51 BGH, Beschl.v. 14.8.2008 – KVR 39/07, a.a.O., Rn. 36.

52 Vgl. *Ballwieser* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 250 Rn. 1.

53 Für viele: *Schubert/Huber* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 11. Aufl. 2018, § 247 HGB Rn. 51; *Hennrichs* in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2013, § 247 HGB Rn. 13 m.w.N. in Fn. 24.

54 Vgl. *Hennrichs* in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, a.a.O., § 247 HGB Rn. 15.

lassen sich dem Gliederungsschema des § 266 Abs. 2 B. HGB für die Bilanz der Kapitalgesellschaft die typischen Positionen des Umlaufvermögens entnehmen, denn die Vorschrift bestimmt mit ihrer Auflistung der Posten Regelbeispiele.⁵⁵ Zu den typischen Posten des Umlaufvermögens gehören somit:

- Vorräte (insbesondere Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie fertige/unfertige Erzeugnisse),
- Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände (insbesondere Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie Forderungen aus anderem Rechtsgrund gegen verbundene Unternehmen oder gegen Dritte),
- Wertpapiere
- sowie liquide Mittel wie Kassenbestand und Guthaben bei Kreditinstituten.

Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Anlage- und Umlaufvermögen ergeben sich hinsichtlich der vorgenannten Vermögensgegenstände allein für die Wertpapiere bzw. die Beteiligungen, die § 266 Abs. 2 A. sowie B. HGB unter verschiedenen Bezeichnungen mit jeweils gesonderten Voraussetzungen teilweise sowohl dem Anlagevermögen als auch dem Umlaufvermögen zuweist. Entscheidend ist insoweit jeweils die Zweckbestimmung und der Begriff des „dauernden Dienens“.⁵⁶ Entsprechendes gilt für die Abgrenzung der Ausleihungen (§ 266 Abs. 2 A. III. Nr. 2, 4, 6 HGB) von den Forderungen und sonstigen Vermögensgegenständen (§ 266 Abs. 2 B. II. HGB). Auch hier kommt es wegen der Bedeutung des Zeitelements auf eine vereinbarte Mindestlaufzeit an; beträgt diese nicht mehr als ein Jahr, liegt stets Umlaufvermögen vor.⁵⁷

Unter Anwendung dieser Maßstäbe besteht das Umlaufvermögen eines Strom- oder Gasverteilerbetreibers regelmäßig aus folgenden Vermögensgegenständen:

- Vorräte (insbesondere Ersatzteile für ausfallgefährdete Netzbestandteile),
- Forderungen aus Netznutzungsentgelten gegen Strom-/Gaslieferanten, gegen den Übertragungsnetzbetreiber aus verauslagten EEG-Vergütungen oder –Marktprämien, gegen den Fiskus oder Sozialversicherungsträger/Berufsgenossenschaft aus Steuer-/Beitragsüberzahlungen, gegen verbundene oder Beteiligungsunternehmen aus sonstigem Rechtsgrund, jeweils mit einer Fälligkeit innerhalb des Folgejahres,
- Wertpapiere, die nur weniger als ein Jahr dem Geschäftsbetrieb dienen sollen (im Wesentlichen zu Spekulationszwecken erworbene Aktien),
- Liquide Mittel aus Kassenbestand und Kontoguthaben bei Kreditinstituten.

2. Die Bestimmung der Betriebsnotwendigkeit anhand des Bilanzrechts oder der tradierten Methoden der Betriebswirtschaftslehre

Das *Bilanzrecht* kennt den Begriff der Betriebsnotwendigkeit als einen ansatzbezogenen (Aktivierungsentscheidung) oder bewertungsbezogenen (Wertzumessungsentscheidung) Begrenzungsmaßstab der Bilanzierung nicht. Mit der Verpflichtung des Kaufmanns zur Aufstellung einer Bilanz als eines

das Verhältnis seines Vermögens und seiner Schulden darstellenden Abschlusses (§ 242 Abs. 1 Satz 1 HGB) erfasst der Gesetzgeber ausschließlich das *Betriebsvermögen* des Kaufmanns, abzugrenzen von dessen Privatvermögen bzw. – bei der Personen- oder Kapitalgesellschaft – vom (Privat-)Vermögen seiner Gesellschafter.⁵⁸ Für die Abgrenzung des Betriebs- vom Privatvermögen existieren keine expliziten handelsrechtlichen Regelungen.⁵⁹ Entscheidend ist in erster Linie die tatsächliche Nutzung des jeweiligen Vermögensgegenstands zu betrieblichen oder zu privaten Zwecken.⁶⁰ Unproblematisch ist insoweit die Kapitalgesellschaft, deren gesamtes im (ggfs. wirtschaftlichen) Eigentum befindliches Vermögen Betriebsvermögen darstellt.⁶¹ Findet eine ausschließliche oder ganz überwiegende betriebliche Nutzung des jeweiligen Vermögensgegenstandes statt, so ist dieser aufgrund des Vollständigkeitsgebots des § 246 Abs. 1 Satz 1 HGB zu bilanzieren, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen – wie etwa eine „Betriebsnotwendigkeit“ – ankäme. Auch die Bewertungsmaßstäbe des § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB kennen keine Beschränkung auf einen „betriebsnotwendigen“ Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten bzw. deren Fortführungswerte.

Entsprechendes gilt für die Zuordnung eines in der Gesamtunternehmensbilanz aktivierten Vermögensgegenstandes zur *Tätigkeitsbilanz* Strom- oder Gasverteilerbetriebs (§ 6b Abs. 3 Satz 6 EnWG). Primärmaßstab dieser Zuordnung ist ebenfalls die tatsächliche Nutzung des Vermögensgegenstandes im betrachteten Strom- oder Gasverteilerbetriebs, die nur hilfswise dann im Wege sachgerechter Schlüsselung erfolgt, wenn eine direkte Zuordnung nicht möglich ist (§ 6b Abs. 3 Satz 5 EnWG).⁶² Eine Begrenzung dieser Zuordnung dem Grunde oder der Höhe nach unter dem Gesichtspunkt einer „Betriebsnotwendigkeit“ sieht der Gesetzgeber nicht vor.

Demgegenüber wird der Begriff der Betriebsnotwendigkeit in der *betriebswirtschaftlichen* Literatur verwendet, ohne diesen allerdings wertmäßig zu definieren. Insbesondere beim internen Rechnungswesen, welches im Gegensatz zum externen

55 So ausdrücklich *Hennrichs* in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, a.a.O., § 247 HGB Rn. 20: Regelbeispiele als widerlegbare Voraussetzung für Anlage- oder Umlaufvermögen.

56 Vgl. *Schubert/Huber* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, a.a.O., § 247 HGB Rn. 356; BFH, Urt.v. 18.12.1986 – I R 293/82, BStBl. II 1987, 446, BFHE 149, 64 unter 2.a.

57 Vgl. *Schubert/Huber* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, a.a.O., § 247 HGB Rn. 357.

58 Vgl. für viele *Ballwieser* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 242 Rdn. 7; umfassend für die Personengesellschaft *Sangen-Emden* in: Münchener Hdb. des GesR, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 62 Rdn. 47.

59 Vgl. *Ballwieser* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 242 Rdn. 8.

60 Vgl. §§ 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG sowie §§ 95, 97 BewG, vgl. grundlegend *Loschelder* in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 4 Rdn. 100 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

61 Vgl. *Schmidt/Ries* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 11. Aufl. 2018, § 246 Rdn. 66, auch zu der teilweise differenzierenden Behandlung in der Steuerbilanz durch Finanzverwaltung und Rechtsprechung.

62 Detaillierte Ausführungen zur Direktzuordnung und Schlüsselung enthält die Festlegung der Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg vom 2. Juni 2015 – 4-4455.7/45: Festlegung Prüfungsschwerpunkt „Schlüsselung und ergänzende Angaben (Strom)“ https://www.versorger-bw.de/fileadmin/BENUTZERDATEN/BekanntmachungenStrom/Festlegungsverfahren/Festlegung_nach___6_b_EnWG_-_2015__Strom_.pdf, Aufruf am 11. Juli 2018.

Rechnungswesen keinen gesetzlichen Vorschriften unterworfen ist, wird oftmals der Begriff der Betriebsnotwendigkeit genannt, vor allem bei der Bestimmung sogenannter „angepasster“ oder „adjusted“ Ergebniskenngrößen, die aus handelsrechtlichen Kenngrößen abgeleitet werden.⁶³ Bei diesen Größen werden außerordentliche, im Wesentlichen also nicht betriebsnotwendige oder periodenfremde Effekte ausgeklammert. Auch bei der Bestimmung wertorientierter Steuerungskennzahlen wie beispielsweise dem Return on Capital Employed⁶⁴ werden nicht nur bei der verwendeten Ergebniskenngröße, sondern auch beim Capital Employed außerordentliche und nicht betriebsnotwendige Größen eliminiert. Dieses Vorgehen entspricht der in § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV beschriebenen Einschränkung, lediglich betriebsnotwendige Vermögenswerte bei der Bestimmung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung in Ansatz bringen zu können.

Hinsichtlich des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens erfolgt die Abgrenzung zum bilanziellen Umlaufvermögen durch den *Abzug* jener Vermögensgegenstände, die nicht unmittelbar zur Erbringung der unternehmensindividuellen Leistung erforderlich ist.⁶⁵ Gängige Beispiele aus der betriebswirtschaftlichen Literatur für derartige Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens sind Wertpapiere, die ausschließlich zu Spekulationszwecken gehalten werden oder auch überhöhte Liquiditätsreserven.

Neben dieser ausschließenden Definition kennt die betriebswirtschaftliche Theorie zusätzlich eine *einschließende* Definition des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens. Demnach erfüllen betriebsnotwendige Vermögenswerte die nachfolgend aufgeführten Bedingungen:⁶⁶

1. die Vermögensgegenstände dienen zur Leistungserbringung des Unternehmens,
2. die Vermögensgegenstände übertreffen in ihrer Höhe nicht den Zweck der Leistungserbringung und
3. die Höhe der Vermögensgegenstände steht in Verhältnis zu vergleichbaren Betrieben.

Selbstverständlich bietet die betriebswirtschaftliche Theorie weitere, detailliertere Ansätze zur Beantwortung der Frage, welche Vermögensgegenstände überhaupt betriebsnotwendig sind. Allerdings beschränken sich diese Ansätze ebenfalls auf eine *qualitative* Bewertung und münden nicht in einer quantitativen Festsetzung der Höhe des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens. Bei dieser detaillierten Betrachtung ist eine Unterteilung des Umlaufvermögens in dessen unterschiedlichen Bestandteile – im Wesentlichen liquide Mittel, Vorräte, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände – sinnvoll:

*Liquide Mittel*⁶⁷ sind grundsätzlich aufgrund dreier unterschiedlicher Motive als betriebsnotwendig zu betrachten. Zunächst primär – aus einem Transaktionsmotiv – zur Abdeckung laufender finanzieller Verpflichtungen. Weiterhin sind liquide Mittel, die aufgrund des Vorsichtsprinzips gehalten werden, als betriebsnotwendig zu erachten. Bei Verteilnetzbetreibern könnte sich dieses Vorsichtsprinzip beispielsweise aufgrund der unvorhersehbaren konjunkturellen oder witterungs-

bedingten Schwankungen der durchzuleitenden Energiemengen ergeben. Zwar werden die Auswirkungen dieser Schwankungen im Ergebnis über das Regulierungskonto ausgeglichen, innerhalb eines Jahres können diese Schwankungen aber durchaus zu einem erhöhten Liquiditätsbedarf führen. Darüber hinaus erkennt die betriebswirtschaftliche Theorie auch aufgrund des Spekulationsmotivs vorgehaltene liquide Mittel als betriebsnotwendig an, im Energieverteilernetz z.B. typischerweise die (Einmal-)Kosten der Beteiligung des Verteilernetzbetreibers an einem Konzessionswettbewerb einer Kommune gem. § 46 EnWG mit dem Ziel des Erwerbs einer weiteren Konzession und damit einer Vergrößerung der Marktanteile im Netzgeschäft. Auch wenn die Cashflow-Rechnung in der betriebswirtschaftlichen Literatur als ein möglicher Ansatz zur Bestimmung der betriebsnotwendigen Liquidität angesehen wird,⁶⁸ so werden dabei insbesondere die Motive der Vorsicht und der Spekulation außen vorgelassen. Außerdem handelt es sich bei der Cashflow-Rechnung in der Regel um eine Betrachtung der Vergangenheit, die die künftigen Gegebenheiten meist nur unzureichend abbildet.

Ein Lagerbestand an unfertigen und fertigen Erzeugnissen, welche in der handelsrechtlichen Bilanz unter dem Begriff *Vorratsvermögen*⁶⁹ zusammengefasst werden, ist aufgrund betrieblicher Anforderung meist unerlässlich. Auch ein Netzbetreiber benötigt ein gewisses Maß an Vorräten, um auftretende Störungen im Netz schnellstmöglich beheben zu können. Sind notwendige Ersatzteile nicht vorrätig, ergeben sich durch die Abhängigkeit von Vorlieferanten zeitliche Verzögerungen. Das betriebsnotwendige Vorratsvermögen ist demnach auf diejenigen Teile beschränkt, die notwendig sind, um die Funktionsfähigkeit des Netzes aufrechterhalten zu können, also insbesondere Ersatzteile zur schnellen Störungsbehebung. Zur Bestimmung des optimalen Vorratsbestandes gibt es zwar einige theoretische Modelle, die allerdings in der Regel lediglich Schwierigkeiten und Herausforderungen bei der Ermittlung des optimalen Umfangs der Vorratshaltung aufzeigen.⁷⁰ Eine wertmäßige optimale Höhe des vorzuhaltenden Vorrats-

63 Zur Ableitung der Positionen der EK-Bilanz des internen Rechnungswesens aus der (Handels-)Bilanz des externen Rechnungswesen sowie zur Parallelität der Ableitung der EK-Bilanz nach § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV aus dem Tätigkeitsabschluss nach § 6b Abs. 3 Satz 6 EnWG vgl. grundlegend Heim in: EWeRK 2018, 49 [51].

64 Return on Capital Employed = Verzinsung des eingesetzten Kapitals = (operatives Ergebnis)/(Anlagevermögen + Betriebskapital).

65 Vgl. *Wöhel Bilsteinl Ernstl Häcker*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 10. Aufl. 2009, S. 25; *Perridonl Steinerl Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl. 2012, S. 5; vgl. auch die Definition des „betriebsnotwendigen Vermögens“ von *J. Weber*, in *Gabler Wirtschaftslexikon* (abrufbar unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/betriebsnotwendiges-vermoegen-31663>, zuletzt abgerufen am 18.09.2018).

66 Vgl. im Einzelnen *Vogell Woll* in: *Energiewirtschaft 2017*, 225 [229] m.w.N.

67 Vgl. grundlegend *Perridonl Steinerl Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl. 2012, S. 159ff.

68 Vgl. *Perridonl Steinerl Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl. 2012, S. 615.

69 Vgl. grundlegend *Ernstl Schneiderl Thielen*, Unternehmensbewertungen erstellen und verstehen, Ein Praxisleitfaden, 4. Aufl. 2010, S. 18f.

70 Vgl. z.B. *Perridonl Steinerl Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl. 2012, S. 167f.

vermögens im Verhältnis zu anderen Kenngrößen wie beispielsweise dem Umsatz des Unternehmens liefert die betriebswirtschaftliche Theorie nicht. Grundsätzlich kann als betriebswirtschaftliche Kausalität festgehalten werden, dass ein zu hoher Lagerbestand durch die Bindung finanzieller Mittel zu überhöhten Finanzierungskosten führt, aufgrund größerer Bestellmengen und dadurch möglicherweise höherer Preisnachlässe andererseits die Einkaufskosten reduzieren kann. Ein zu geringer Lagerbestand erhöht hingegen das Risiko von Produktionsausfällen oder Lieferschwierigkeiten.

Betriebsnotwendig dem Grunde nach sind auch die *Forderungen aus Lieferungen und Leistungen*,⁷¹ da sich diese im Unternehmen durch den gewöhnlichen Absatzprozess ergeben. Bei Verteilnetzbetreibern liegen den offenen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in der Regel Forderungen aus Entgelten für die Durchleitung von Strom oder Gas zugrunde, die vom Kunden (meist einem Energielieferanten) noch nicht bezahlt wurden. Auch hier wird in der betriebswirtschaftlichen Theorie und in der Praxis eine Diskussion über die optimale und betriebsnotwendige Höhe dieser Position geführt. Einfluss auf die Höhe der Position haben auf der einen Seite die angewendeten Zahlungskonditionen, beispielsweise Zahlungsziele und Skontobeträge. Werden den Kunden des Unternehmens lange Zahlungsziele gewährt, erhöht sich in der Regel auch der Bestand an offenen Forderungen. Werden hingegen sehr kurze Zahlungsziele gewährt und hohe Skontobeträge vereinbart, sind in aller Regel geringere Forderungsbestände die Folge. Abgesehen von diesen Überlegungen gibt es einige nachvollziehbare Gründe, den Forderungsbestand so gering wie möglich zu halten. Zunächst erfordert die Verwaltung der fälligen Posten einen entsprechenden Aufwand. Außerdem halten offene Forderungen stets das Risiko eines Kapitalverlustes bereit, sofern der Schuldner seinen Zahlungen nicht nachkommen kann. Grundsätzlich gibt es aber auch hier keine exakte wertmäßige Bestimmung der betriebsnotwendigen Höhe, sondern lediglich Vor- und Nachteile bei höheren bzw. geringeren Forderungsbeständen, wobei die Vorteile geringerer Forderungsbestände deutlich überwiegen.

Weitere Positionen des Umlaufvermögens sind *Sonstige Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände*. Unter diese Sammelposition fallen Forderungen aus den unterschiedlichsten Rechtsgründen wie geleistete Anzahlungen für begonnene, jedoch noch nicht fertiggestellte Bauprojekte, Forderungen gegenüber dem Fiskus oder auch Forderungen aus zu überzahlten Konzessionsabgaben. Auch wenn diese Sammelposition die unterschiedlichsten Positionen enthalten kann, sind diese dennoch regelmäßig betriebsnotwendig, da sie unmittelbar aus der operativen Tätigkeit eines Unternehmens resultieren. Auch die Höhe der jeweiligen Position ist oftmals nicht vom Unternehmen selbst beeinflussbar, sondern ergibt sich aus exogenen Faktoren. Anders verhält es sich naturgemäß bei finanziellen Vermögenswerten wie beispielsweise kurzfristig gehaltenen Wertpapieren. Werden diese Mittel kurzfristig nicht zwingend zu Leistungserbringung benötigt, ist die Betriebsnotwendigkeit nicht gegeben.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die betriebswirtschaftliche Theorie für keine Position des Umlaufvermögens einen wertmäßig definierten Ansatz zur Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens liefert. Das ist regelmäßig darauf zurück zu führen, dass diese Bestimmung stets ein prognostisches Element enthält; wie z.B. bei der Vorkhaltung liquider Mittel, die die jederzeitige Zahlungsfähigkeit und Finanzierbarkeit unerwarteter künftiger Ereignisse sicherstellen soll.⁷² Eine derartige Prognose ist unternehmensindividuell zu erstellen, so dass die tradierten Methoden der Betriebswirtschaftslehre bereits naturgemäß keine Formel zur Ermittlung eines konkreten, einzig richtigen Betrages einer betriebsnotwendigen Position des Umlaufvermögens bereitzustellen vermögen. Folgerichtig hat auch der Gesetzgeber in Regelungsbereichen, in denen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens eine Wertgrenze bildet, der jeweiligen Unternehmensleitung für die Bestimmung dessen, was als wirtschaftlich zumutbar zu verstehen ist, eine (unternehmensindividuelle) Einschätzungsprärogative eingeräumt.⁷³

Allerdings gibt die betriebswirtschaftliche Theorie und Praxis in der Regel Anreize, das vorzuhaltende Umlaufvermögen so gering wie möglich zu halten. Zudem gibt die betriebswirtschaftliche Literatur verbreitet die Empfehlung, bei der wertmäßigen Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens vergleichbare Unternehmen einzubeziehen.

IV. Das Konzept der wettbewerbsanalogen Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens

Die vorstehenden Überlegungen haben zwei wesentliche Ergebnisse zu Tage gefördert:

1. Der Begriff des Umlaufvermögens, wie er in § 7 Strom-/GasNEV verwendet wird, stimmt mit dem bilanzrechtlichen Begriffs des Umlaufvermögens (§ 266 Abs. 2 HGB) überein. Auch Netzbetreiber benötigen ein Umlaufvermögen, das aus Vorräten (§ 266 Abs. 2 B I HGB), aus Forderungen und sonstigen Vermögensgegenständen (§ 266 Abs. 2 B II HGB) aus Wertpapieren (§ 266 Abs. 2 B III HGB) und aus dem Kassenbestand sowie anderen liquiden Mitteln (§ 266 Abs. 2 B VI HGB) besteht. Alle Funktionen, die Netzbetreiber im Rahmen ihrer vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllen müssen, erfordern die Bildung eines Umlaufvermögens ganz genauso, als wären die Netzbetreiber im Wettbewerb tätig.
2. Die Übereinstimmung des Begriffs Umlaufvermögen in § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV mit den Anforderungen des § 266 HGB darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es den Begriff des *betriebsnotwendigen* Umlaufvermögens in § 266 HGB nicht gibt. Es gibt auch außerhalb des Handelsrechts keine Festlegung, die einen Rückschluss auf das

71 Vgl. detailliert *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl. 2012, S. 165f.

72 Vgl. z.B. *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 24. Aufl. 2016, S. 1022.

73 Vgl. beispielsweise zur „wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Sozialplans“ nach § 112 Abs. 5 BetrVG ausführlich *Deininge-Stierand* in: NZA 2017, 420 [422] m.w.N.

von § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV geforderte betriebsnotwendige Umlaufvermögen zulassen würde. Im Gegenteil: die Höhe des jeweils erforderlichen Umlaufvermögens im werbenden Unternehmen variiert von Jahr zu Jahr und von Branche zu Branche. Anhaltspunkte für das eine, typische, für alle Zeiten richtige Umlaufvermögen gibt es weder im Bilanzrecht, noch in der Betriebswirtschaftslehre oder in anderen ökonomisch-rechtlichen Zusammenhängen. Der Begriff der Betriebsnotwendigkeit ist zwar ein Rechtsbegriff, wie § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV zeigt. Aber auch der Gesetzgeber hat in der gesetzlichen Begründung zu beiden (gleichlautenden) Verordnungen, keinerlei Hinweis darauf gegeben, mit welchem Konzept die Rechtspraxis den Begriff der Betriebsnotwendigkeit des Umlaufvermögens ausfüllen solle.

Das ist allerdings, wie ein Blick ins Gesetz zeigt, auch nicht erforderlich gewesen. Denn die Grundregelungen für die Bedingungen und die Entgelte für den Netzzugang, auf die § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV Bezug nimmt, enthält § 21 Abs. 2 EnWG. Werden, so heißt es dort, die Entgelte kostenorientiert (wie nach § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV) gebildet, so dürfen Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden (§ 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Positiv formuliert heißt dies, dass Kosten und Kostenbestandteile berücksichtigt werden müssen, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb einstellen würden.

Das ist die Grundaussage von § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG, die dem Verordnungsgeber bekannt und vor Augen war, als er § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV konzipierte. Da das betriebsnotwendige Eigenkapital nach § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV kostenorientiert gebildet wird, bedurfte es einer weiteren Definition des Begriffs betriebsnotwendig nicht mehr, da sich bereits aus § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG ergibt, dass diese Kosten und Kostenbestandteile ihrem Umfang nach berücksichtigt werden müssen, wenn und soweit sie sich im Wettbewerb einstellen würden.

1. Der Beschluss des BGH vom 3.3.2009

Dieses Konzept der wettbewerbsanalogen Bestimmung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals ist bereits für den BGH in seinem Beschluss vom 3.3.2009⁷⁴ leitend gewesen. Der BGH verweist zunächst einmal darauf, dass die begriffliche Bestimmung des Umlaufvermögens im Entgeltgenehmigungsverfahren zu berücksichtigen ist. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb eine solche Prüfung wohlmöglich einem späteren Missbrauchsverfahren nach § 30 EnWG vorbehalten bleiben solle.

Entscheidend sei nämlich, dass die grundlegende Vorschrift des § 21 Abs. 2 EnWG für die Entgeltbildung abstelle, dass das Unternehmen darauf so zu behandeln sei, als ob es im Wettbewerb stünde.⁷⁵ Dies ergebe sich bereits aus § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG, wonach der Verordnungsgeber verpflichtet sei, Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netzzugänge gemäß §§ 21-23 EnWG festzulegen.⁷⁶ Deshalb finde auch die Entgeltgenehmigung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 und auch Satz 2 EnWG gleichermaßen Anwendung.⁷⁷ Im Übrigen bedingten

sich beide Sätze und stünden in einem untrennbaren Zusammenhang. Aus ihnen ergäbe sich der Grundsatz der **Wettbewerbsanalogie**.⁷⁸

Nach § 21 Abs. 2 EnWG, so der BGH, sei in zweifacher Hinsicht eine Grenze für die Ansatzfähigkeit der wirtschaftlichen Kennziffern des Netzbetreibers zu beachten. Eine Grenze gelte für die Kostenseite, die nur die Berücksichtigung solcher Kosten oder Kostenbestandteile erlaube, die sich ihrem Umfang nach bei (fiktiver) Zugrundelegung wettbewerblicher Bedingungen einstellen würden (§ 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG).

Das Korrektiv wettbewerbskonformer Verhältnisse gelte aber auch für die anzusetzenden Vermögenswerte, die die Grundlage für die Eigenkapitalverzinsung bildeten. Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG sei „eine angemessene wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung zu gewährleisten“. Dies beziehe sich nicht nur auf die Zinshöhe, sondern auch auf den Ansatz des verzinslichen Eigenkapitals selbst.⁷⁹ § 21 Abs. 2 S. 1, der im Jahre 2005 sprachlich gestrafft wurde, dient der Klarstellung, „dass sich die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals an den Marktgegebenheiten unter Berücksichtigung der Langfristigkeit der Kapitalanlage orientieren muss.“⁸⁰ Der Zinssatz müsse so gestaltet sein, dass Kapitalgeber auch im Vergleich mit sonstigen Anlagemöglichkeiten auf dem internationalen Kapitalmarkt ein Interesse an der Investition in die Energieversorgungsnetze hätten.⁸¹ Diese Grundkonzeption des Gesetzes, die der BGH am 3.3.2009 seinen Überlegungen zugrunde legte, impliziert das folgende (wettbewerbsanaloge) Prüfkonzept:

1. Welches Umlaufvermögen würde sich seinem Umfang nach bei (fiktiver) Zugrundelegung wettbewerblicher Bedingung einstellen, so dass
2. auf diese Weise der Umfang des verzinslichen Eigenkapitals ermittelt wird. Dies wiederum gewährleistet eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG.

Zur Beantwortung der ersten Frage, also der Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens bei (fiktiver) Zugrundelegung wettbewerblicher Bedingungen, gibt der BGH in seinem Beschluss vom 3.3.2009 weitere wichtige Hinweise. Das Berufungsgericht⁸² hatte zur Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens auf Kennzahlen der Deutschen Bundesbank über die Ertrags- und Finanzierungsverhältnisse im Wettbewerb stehender deutscher Unternehmen abgestellt. Das Gericht hatte auch einen Vergleich mit dem nationalen Netzbetreiber in Großbritannien durchgeführt. Dabei habe die

74 EnVR 79/07 juris Rn. 17, bestätigt von BGH v. 5.10.2010 – EnVR 49/09.

75 BGH a.a.O. Rn. 17.

76 BGH a.a.O. Rn. 13.

77 BGH a.a.O. Rn. 13.

78 BGH a.a.O. Rn. 14 und der Hinweis auf die gleichlautenden Auffassung der damaligen Literatur *Salje*, § 21 EnWG Rn 3, *Groebe/in: Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG § 21 Rn. 11, vgl. *Missling*, in Danner Theobald, *Energierecht*, § 21 Rn. 83 (2017).

79 BGH a.a.O. Rn. 14.

80 Beschlussempfehlung und -bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit v. 13.4.2005, BT-Drucks. 15/5268, S. 119.

81 BT-Drucks. 15/6268, S. 119.

82 OLG Düsseldorf v. 24.10.2007-VI – 3 Kart 8/07 V.

BNetzA zurecht auf den Umsatz abgestellt, weil dieser die Zahlungseingänge abbilde, die er Schaffung von Liquidität zur Finanzierung des operativen Geschäfts und damit dem Umlaufvermögen dienen.

Demgegenüber, so das OLG Düsseldorf, habe der Netzbetreiber nicht aufgezeigt, dass sich bei funktionierendem Wettbewerb verzinsbare Forderungen im von ihm geltend Umfang eingestellt hätten. Ob die angesetzten Werte *wettbewerbsanalog* gebildet worden seien, könne jedenfalls nur aufgrund eines Vergleichsverfahrens nach § 21 EnWG festgestellt werden.⁸³ Der BGH hat dem OLG weitgehend zugestimmt.

Er hat lediglich die Frage gestellt, ob den Durchschnittswerten der Deutschen Bundesbank für die Feststellung für das betriebsnotwendigen Umlaufvermögens der ihnen vom OLG Düsseldorf beigelegte Indizwert zukommen könne.⁸⁴ Grundsätzlich, so der BGH ausdrücklich, seien solche Vergleichsbeurteilungen ein geeignetes Instrument, um nicht wettbewerbskonforme Strukturen aufzudecken.⁸⁵ Die vom OLG Düsseldorf zugrunde gelegten Bundesbankdaten bezögen sich auf eine Gesamtbetrachtung über alle Branchen und ließen vor allem die Schwankungsbreite und die Verteilungshäufigkeit von Abweichungen von den statistischen Mittelwerten nicht erkennen. Um die Aussagekraft der Durchschnittswerte zu erhöhen, wären ergänzende Erhebungen dazu sinnvoll, welche strukturellen Rahmendaten ein höheres Umlaufvermögen bedingen könnten und in welchem Umfang diese Faktoren branchentypisch auf einen Netzbetrieb zuträfe.⁸⁶ Konzeptionell folgt hieraus, dass das betriebsnotwendige Umlaufvermögen im Sinne des § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV dem Umfang nach, unter Zugrundelegung (fiktiver) wettbewerblicher Bedingungen zu ermitteln ist. Für die Frage, auf welche Vergleichsunternehmen im Wettbewerb abzustellen ist, gibt der BGH folgende Antwort:

- Ausgegangen werden kann von einer Gesamtbetrachtung über alle Branchen hinweg.
- Um die Aussagekraft dieser Durchschnittswerte zu erhöhen, wären ergänzende Erhebungen dazu sinnvoll, welchen strukturellen Rahmendaten ein **höheres** Umlaufvermögen bedingen könnten
- und in welchem Umfang diese Faktoren branchentypisch auf einen Netzbetrieb zuträfen.

Dem BGH geht es also ersichtlich darum herauszufinden, ob die Bundesbankdaten, die sich über alle Branchen erstrecken, für branchentypische Netzbetreiber möglicherweise *zu niedrig* sind. Um das herauszufinden sei es sinnvoll (empirisch) zu betrachten, in welchem Umfang diese Faktoren (zur Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens) branchentypisch auf einen *Netzbetrieb* zutreffen.⁸⁷ Daraus ergibt sich ein *zweistufiges* Ermittlungsverfahren des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens:

1. Auf Stufe 1 wird das branchentypische auf einen wettbewerblichen Netzbetrieb zutreffende Umlaufvermögen ermittelt.
2. Sollte das durchschnittliche im Wettbewerb gebildete Umlaufvermögen über *alle Branchen hinweg* wohlmöglich

niedriger ausfallen, so ist auf den branchentypischen Netzbetrieb abzustellen.

Entscheidend ist somit, in welchem Umfang ein durchschnittliches Umlaufvermögen bei vergleichbaren branchentypischen Unternehmen mit einem Netzbetrieb gebildet wird. Diese Vergleichsunternehmen bilden die *Benchmark* für die Ermittlung des *betriebsnotwendigen* Umlaufvermögens im Sinne des § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV.

2. Das Vergleichsmarktkonzept

Mit diesem (wettbewerbsanalog) Konzept der Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens bei einem Netzbetreiber adaptiert der BGH das *Vergleichsmarktkonzept*, das im Kartellrecht etabliert ist. Das ist auch sachlogisch, denn in § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV geht es um die Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und zwar auf der Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals. Das betriebsnotwendige Eigenkapital ergibt sich aus der Summe der Positionen, die unter anderem auch das betriebsnotwendige Umlaufvermögen umfassen. Das bedeutet, das betriebsnotwendige Eigenkapital ist die *Benchmark* für die Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung, der Begriff der „Betriebsnotwendigkeit“ wird durch eine wettbewerbsanaloge Betrachtung konkretisiert.

Dieses Konzept entspricht § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und Art. 102 AEUV.⁸⁸ Entscheidend ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, ob das Unternehmen Konditionen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich wirksam im Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen *auf vergleichbaren Märkten* mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen. Sehr ähnliche Grundsetze leiten die Vergleichsmarktmethode die Kommission und EuGH aus Art. 102 AEUV entwickelt haben und ihrer ständigen Praxis zugrunde legen.⁸⁹

Das Konzept der Ermittlung des (hypothetischen) wettbewerbsanalogen Preises ist in der Rechtsprechung des BGH seit dem Valium-Beschluss vom 16.12.1976 fest verankert.⁹⁰ Das Kammergericht hat als Berufungsinstanz den wettbewerbsanalogen Preis eines niederländischen Arzneierstellers ermittelt. Das Gericht hatte prozentuale Zuschläge auf die Selbstkosten wegen der unterschiedlichen Kostenstrukturen in den Niederlanden und der Bundesrepublik Deutschland und ferner einen Forschungskostenzuschlag von 25% und einen weiteren

83 So das OLG Düsseldorf zitiert vom BGH a.a.O. in Rn. 6.

84 BGH a.a.O. Rn. 29.

85 BGH a.a.O. Rn. 30 und der Hinweis auf BGH v. 28.6.2005 – KVR 17/04, BGHZ 1063, 282, 287 *Stadtwerke Mainz*; BGH v. 19.6.2007 – KRB 12/07 – BGHSt 52,1 Rn. 13, 19 *Papiergroßhandel*.

86 BGH a.a.O. Rn. 30.

87 BGH a.a.O. Rn. 30.

88 *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, kom. 5. Aufl. § 19 ab Rn 246; *Westermann/Wolf* in: Müko – Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. § 19 ab Rn. 83; *Bechtold/Bosch*, GWB, Kom. 8. Aufl. § 19 ab Rn. 55; *Deselaers* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, das Recht der Europäischen Union 63. EL 12.2017 ab Rn. 399.

89 *Deselaers* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Das Recht der Europäischen Union 63. EL 12/2017 Rn. 399 n.W.N.

90 BGH v. 16.12.1976 – KVR 276, BGHZ 68, 23, Rn. 38.

Zuschlag von 10% für allgemeine Nebenleistungen bejaht. Den so gewonnenen Vergleichspreis hatte das Kammergericht den Preisen des deutschen Unternehmens gegenübergestellt und daraus eine Grenze (72% des geltenden Preises) festgesetzt.⁹¹ Zur Kontrolle, hatte sich das Kammergericht noch mit den Preisen eines britischen Unternehmens befasst.⁹²

Der BGH entschied, dass dieses Konzept *keinen rechtlichen Bedenken unterliege*.⁹³ Das vom Kammergericht zugrundegelegte Vergleichsmarktkonzept beruhe auf der Überlegung, den Preis, der sich auf dem relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würde, dadurch zu ermitteln, dass die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, wobei den Preis beeinflussende Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur, mitberücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden.⁹⁴ Je geringer die Unterschiede in der Marktstruktur seien, je näher also der Vergleichsmarkt dem relevanten Markt komme, umso geringer seien naturgemäß Unsicherheitsfaktoren für die, mit jedem Vergleichsmarkt notwendig verbundenen Schätzungen. Es unterliege jedenfalls keinen rechtlichen Bedenken, dass sich das Kammergericht letztlich allein auf die Preise der niederländischen Arzneimittelfirma beschränkt habe.⁹⁵

Ausgehend von diesem Beschluss des BGH wurde das Vergleichsmarktkonzept mit der 4. GWB-Novelle⁹⁶ in das Gesetz eingefügt und mit der 6. GWB-Novelle⁹⁷ in das allgemeine Verbot des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB überführt. Seitdem gibt es eine Vielzahl von Entscheidungen des BGH, die auf dem Vergleichsmarktkonzept beruhen.⁹⁸

Mit Blick auf Energienetzbetreiber hat der BGH die Länge des Leitungsnetzes im Mittel – und Niederspannungsbereich als wesentlichen Faktor für die Ermittlung für die entstehenden Kosten ausgemacht.⁹⁹ Bei der Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises für Netznutzungsentgelte dürfe das BKartA auch einen Vergleich der Erlöse je Kilometer Leitungslänge anstellen.¹⁰⁰ Das in den Vergleich einbezogene Unternehmen müsse nach seiner Größe oder der Struktur seines Netzgebietes *nicht auf derselben Stufe*, wie das kontrollierte Unternehmen stehen.¹⁰¹ Ferner sei es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das BKartA seiner Prüfung den Vergleich mit nur **einem einzigen Unternehmen** zugrunde gelegt habe.¹⁰² Ein solches Vorgehen, habe der Senat bereits früher unter der Voraussetzung gebilligt, dass trotz der schmalen Basis die Vergleichbarkeit der Preise gewährleistet sei.¹⁰³ Bei einer derart schmalen Vergleichsbasis müssten dann allerdings die Unsicherheiten zum wettbewerbsanalogen Preis durch Sicherheitszuschläge ausgeglichen werden.¹⁰⁴ Für die Zu- und Abschläge komme es auf die unterschiedlich strukturierten Gebiete je Kilometer Leitungslänge an.¹⁰⁵ Dabei seien in begrenztem Umfang auch Schätzungen zulässig; diese dürften aber nicht zu einem wettbewerbsanalogen Preis führen, der überwiegend auf geschätzten Zu- und Abschlägen beruhe.¹⁰⁶ Individuelle, allein auf eine unternehmerische Entschließung zurückgehende, Umstände hätten außer Betracht zu bleiben. Strukturelle Gegebenheiten, die jeden Anbieter trafen und von ihm bei seiner Entgeltgestal-

tung beachtet werden müssten, könnten den Ansatz von Zu- und Abschlägen rechtfertigen.¹⁰⁷

Zu den nicht berücksichtigungsfähigen unternehmensindividuellen Besonderheiten gehören¹⁰⁸ insbesondere die **Größe**, samt der mit ihr einhergehenden **Finanzkraft** und **Ressourcen**, ferner der **Umsatz** des Vergleichsunternehmens. Diese Umstände, so der BGH, hätten für die Bestimmung der Entgelte keine Bedeutung, sofern davon ausgegangen werde, dass das Vergleichsunternehmen die Preise nach Wettbewerbsbedingungen kostenorientiert festsetze.

Diese Grundsätze hat der BGH im Beschluss vom 2.2.2010 erneut bekräftigt.¹⁰⁹ Dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit komme die Funktion einer groben Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu.¹¹⁰ Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterschieden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verböte, sei es den betroffenen Unternehmen nicht zumutbar nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt seien.¹¹¹

Danach seien zwei Unternehmen zwar dann gleichartig, wenn zwischen ihnen, hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestünden, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigten.¹¹² Insbesondere, komme es nicht auf eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten an.¹¹³ Beim Vergleich seien nur solche Kostenfaktoren zu berücksichtigen, die auch jedes einzelne Unternehmen in der Situation des

91 BGH a.a.O. Rn. 38.

92 BGH a.a.O. Rn. 42.

93 BGH a.a.O. Rn. 43.

94 BGH a.a.O. Rn. 44 und der Hinweis auf den Beschluss des BGH v. 31.5.1972 – Az. KVR 2/71 – BGHZ 59, 42, 46 *Stromtarif*.

95 BGH a.a.O. Rn. 44.

96 Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.4.1980 (BGBl. I 458); Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft v. 21.2.1980 (Drs. 8/3690, S. 25).

97 Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.8.1998 (BGBl. I 2521).

98 Beginnend mit BGH v. 12.2.1980 – KVR 3/79 – BGHZ 76, 142, 50 *Valium II*.

99 BGH vom 28.6.2005-KVR 17/04, BGHZ 163, 282 – 296 juris Rn. 23.

100 BGH a.a.O. LS 2; Rn. 23.

101 BGH a.a.O. LS 2; Rn. 23.

102 BGH a.a.O. LS 2, Rn. 24.

103 BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76 – BGHZ 68, 23, 33 *Valium I*; BGH v. 12.2.1980 – KVR 3/79 – BGHZ 76, 142, 150/ *Valium II*; BGH v. 21.10.1986 – KVR 7/85, WuW/E 2309, 2311 *Glockenheide*.

104 BGH a.a.O. Rn. 24.

105 BGH a.a.O. Rn. 26.

106 BGH a.a.O. Rn. 26 und der Hinweis auf BGH v. 12.2.1980 – KVR 3/79 – BGHZ 76, 142, 150 *Valium II*.

107 BGH a.a.O. Rn. 27.

108 BGH a.a.O. Rn. 29.

109 BGH 2.2.2010-KVR 66/08; BGHZ 184, 168 – 189 *Wasserpreise Wetzlar*.

110 BGH a.a.O. Rn. 29 und der Hinweis BGH v. 21.2.1995 – KVR 4/94 – BGHZ 129, 37, 46 f *Weiterverteiler*.

111 BGH a.a.O. Rn. 29.

112 BGH a.a.O. Rn. 30.

113 BGH a.a.O. Rn. 30.

Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte.¹¹⁴ Individuelle, allein auf einer unternehmerischen Entschließung oder auf die Struktur des betroffenen Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände hätten außer Betracht zu bleiben.¹¹⁵

Das Vergleichsmarktkonzept kann, so der BGH, ergänzt werden, indem die Preisbildungsfaktoren daraufhin überprüft werden, ob und inwieweit sie darauf schließen lassen, dass ein wirksam dem Wettbewerb ausgesetztes Unternehmen zur bestmöglichen Ausnutzung seines Preissetzungsspielraums abweichend kalkulieren würde.¹¹⁶ Für die Ermittlung des Entgelts, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäbe, kann auch ein von der BNetzA auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetztes Entgelt, als vergleichbare Leistung herangezogen werden.¹¹⁷

3. Zusammenfassende Betrachtung

Alles in Allem ist festzuhalten:

1. An das Merkmal der Gleichartigkeit dürfen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden; es hat nur die Funktion eine grobe Sichtung unter den Vergleichsunternehmen zu ermöglichen.¹¹⁸
2. Zu berücksichtigen sind nur Kostenfaktoren, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte.¹¹⁹
3. Zu den nicht berücksichtigungsfähigen (unternehmensindividuellen Besonderheiten) gehören:
 - Größe und Finanzkraft
 - Ressourcen
 - Umsatz des Vergleichsunternehmens¹²⁰
4. Auf der Grundlage der festgestellten unbeeinflussbaren Umstände erfolgt schließlich die Festlegung der Zu- und Abschläge.¹²¹

4. Beweislastverteilung

Nach allgemeiner Meinung, kann der Tatbestand von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB durch einen *sachlich gerechtfertigten Grund* ausgeschlossen werden.¹²² Daraus folgt mit Blick auf die **Beweislastverteilung**, dass es zunächst einmal der Kartellbehörde obliegt, Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen. Dem Unternehmen obliegt es sodann, seine als missbräuchlich überhöht erscheinenden Preise sachlich zu rechtfertigen und im Falle des *non liquit* dafür die materielle Beweislast zu tragen.¹²³

Überträgt man diese Grundsätze auf die Anforderungen des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG, so müsste in Zukunft das betriebsnotwendige Eigenkapital und damit ebenso das betriebsnotwendige Umlaufvermögen *wettbewerbsanalog* ermittelt werden. Entscheidend wäre, ob und in welchem Umfang sich das Umlaufvermögen bei einem Unternehmen im Wettbewerb einstellen würde. Wenn und soweit dies der Fall ist, würde es sich um das *betriebsnotwendige Umlaufvermögen* handeln, da es wettbewerbsanalog gebildet wurde. Ebenso wie im Kartell-

recht lautet der Grundgedanke im Rahmen von § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG: Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb einstellen würden, sind betriebsnotwendig. Da sie betriebsnotwendig sind, bilden sie zugleich den Umfang des verzinslichen Eigenkapitals im Sinne einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG ab.¹²⁴ Auf diese Weise wird der untrennbare Zusammenhang zwischen Satz 1 und 2, auf den der BGH am 3.3.2009 zu Recht hingewiesen hat, in ein praktikables und justitierbares Konzept überführt.¹²⁵

Daraus folgt, dass die BNetzA im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, jene Unternehmen auf Vergleichsmärkten zu bestimmen hätte, die ähnlich einem Netzbetreiber das betriebsnotwendige Umlaufvermögen im Wettbewerb bilden. Das im Wettbewerb gebildete betriebsnotwendige Umlaufvermögen ist demnach die Benchmark für das betriebsnotwendige Umlaufvermögen des Netzbetreibers. Sollte der Durchschnitt aller Unternehmen im Wettbewerb ein höheres Umlaufvermögen bilden, als dies bei den herangezogenen Vergleichsunternehmen der Fall ist, so müsste über Zuschläge nachgedacht werden. Sollte der Branchendurchschnitt aller Unternehmen auf ein niedrigeres betriebsnotwendiges Umlaufvermögen verweisen, so wäre zu diskutieren, ob mit Blick auf die tatsächliche wettbewerbsanaloge Situation der Vergleichsunternehmen dennoch Abschläge gerechtfertigt sein könnten.

Beansprucht der betroffene Netzbetreiber ein betriebsnotwendiges Umlaufvermögen, das oberhalb des durchschnittlichen Umlaufvermögens **vergleichbarer** Unternehmen liegt, so obliegt es, wie bisher, ihm zu beweisen, aus welchen allgemeinen, von ihm nicht beeinflussbaren strukturellen Umständen sich die Notwendigkeit eines höheren durchschnittlichen betriebsnotwendigen Umlaufvermögens ergibt.¹²⁶

Auf der Grundlage dieser Grundsätze soll nun anhand von Vergleichsmärkten gezeigt werden, wie sich dort das durchschnittliche Umlaufvermögen von vergleichbaren Unternehmen im Wettbewerb darstellt – hiervon ausgehend kann dann der Vergleich zu den Betreibern von Energienetzen gezogen werden.

114 BGH a.a.O. LS 3 ab Rn. 42.

115 BGH a.a.O. LS 3 Rn. 43 ff.

116 BGH vom 15.5.2012-KVR 51/11, *Wasserpreise Calw*; BGH vom 24.1.2017-KZR 2/15, *Kabelkanalanlagen* Rn. 27.

117 BGH v. 24.2.20177 – KZR 2/15, *Kabelkanalanlagen* Rn. 27.

118 BGH v. 2.2.2010 – KVR 66/08, *Wasserpreise Wetzlar* LS 2 /R 29/30.

119 BGH v. 2.2.2010 – KVR 66/08, *Wasserpreise Wetzlar* LS 3.

120 BGH v. 28.6.2005 – KVR 17/04, *Stadtwerke Mainz* Rn. 29.

121 BGH v. 28.6.2005 – KVR 17/04, *Stadtwerke Mainz* LS 3.

122 BGH v. 9.11.1982 – KVR 9/81 – BGH WuW/E 1965, *Gemeinsamer Anzeigenteil*; BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76 – BGHZ 68, 23, 33 *Valium I* – BGH WuW/E 1454 *Valium*; *Bechtold/Bosch* GWB 8. Aufl. § 19 Rn. 56; *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker GWB 5. Aufl. § 19 Rn. 280.

123 *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker GWB 5. Aufl. § 19 Rn 280; OLG Hamburg v. 4.6.2009 – 3 U 203/08 – WuW/E DE-R 2831, 2837, *CRS-Betreiber/Lufthansa*; OLG Frankfurt a. M. v. 21.12.2010 – 11 U 37/09 – WuW/E DE-R 3163, 3168, *Arzneimittelpreise*.

124 BGH v. 3.3.2009 – EnVR 79/07 *SWU Netze*.

125 BGH v. 3.3.2009 – EnVR 79/07, juris, Rn. 14 *SWU Netze*.

126 Zuletzt BGH v. 25.4.2017 – EnVR 57/15, juris, Rn. 14, 16 mwN *Verteilungsnetzgesellschaft mbH*.

Tabelle X: durchschnittlicher Anteil Umlaufvermögen am Umsatz vergleichbarer Unternehmen in den Jahren 2013 bis 2017

Nr.	Unternehmen	Branche	= Umlaufvermögen/Umsatz
1	Fraport	Flughafen	42,0 %
2	Atlantia	Flughafen/Mautstraßen	110,1 %
3	Aéroports de Paris (ADP)	Flughafen	78,3 %
4	National Grid	Energienetze	74,3 %
5	Abertis	Mautstraßen	53,1 %
6	Canadian Pacific Railway	Eisenbahn	22,0 %
7	American Water	Wassernetze	20,8 %
8	Hutchinson Ports	Binnen- und Hochseehäfen	85,7 %

V. Vergleichsmärkte

Vergleichbare Unternehmen sind in erster Linie Unternehmen derselben Branche. Problematisch ist insoweit, dass auch die Vergleichsunternehmen – vorliegend also ebenfalls Betreiber von Energieverteilnetzen – natürliche Monopolisten sind. Gleichwohl fallen diese nach der Rechtsprechung des BVerwG zur Regulierung der Telekommunikationsnetzbetreiber ebenfalls unter die Vergleichsmarktdefinition des § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG.¹²⁷ Vor diesem Hintergrund erscheinen international agierende Energieversorgungsnetzbetreiber als die geeigneten Vergleichsunternehmen, um die relative Höhe des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens zu bestimmen.

Insbesondere börsennotierte Energieversorgungsnetzbetreiber sind dabei von besonderem Interesse. Denn ein börsennotiertes Unternehmen ist in der Regel bestrebt, seinen Kapitalgebern – den Aktionären – eine angemessene Verzinsung ihres Kapitals zu gewährleisten. Das kann auf der einen Seite durch die Maximierung des Gewinns erfolgen, auf der anderen Seite aber auch durch die Reduktion des dafür notwendigen Kapitaleinsatzes. Das Verhältnis von Gewinn und Kapitaleinsatz wird als „Kapitalrendite“ bezeichnet, wobei unterschiedliche Fallgruppen unterschieden werden. So kann beispielsweise zwischen Eigenkapitalrendite, Gesamtkapitalrendite oder auch der Rendite auf das sogenannte Working Capital unterschieden werden. Grundsätzlich streben börsennotierte Energieverteilnetz- und Telekommunikationsnetzbetreiber daher danach, den Kapitaleinsatz zu reduzieren und dabei auch das vorzuhaltende Umlaufvermögen zu reduzieren. Ein sinnvolles Vergleichsunternehmen wäre daher sicherlich das Unternehmen *National Grid* als Strom- und Gasverteilnetzbetreiber in Nordamerika und Großbritannien.

Fasst man den Begriff der Vergleichsmärkte entsprechend dem kartellrechtlichen Vergleichsmarkt-konzept des BGH¹²⁸ weiter, so kann man jegliche Eigentümer und zugleich Betreiber von Infrastrukturen als mögliche Vergleichsunternehmen betrachten. Denn obwohl der konkrete Unternehmensgegenstand jeweils ein anderer ist, entsprechen die Geschäftsmodelle im Wesentlichen denen eines Energienetzbetreibers. Hierzu zählen beispielsweise Betreiber von Eisenbahnen, Flughäfen, Mautstraßen, Binnen- oder Hochseehäfen oder eben Energie- und Wassernetzen, da es bei all diesen Unternehmen darum geht, kapitalintensive Infrastrukturen zu finanzieren, zu bauen und im weiteren Verlauf mit dem Ergebnis bestmöglicher Kapi-

talverzinsung zu betreiben. Sie sind damit im Sinne der Vergleichsmarktrechtsprechung des BGH „vergleichbar“ mit Energienetzbetreibern.

Die nachfolgende Tabelle zeigt zufällig ausgewählte, börsennotierte Vergleichsunternehmen der benannten Branchen und die jeweilige Höhe der einzelnen Positionen des Umlaufvermögens im Verhältnis zum entsprechenden Jahresumsatz. Da jeweils Bilanzpositionen (Umlaufvermögen – ganz oder teilweise) zu einer GuV-Position (Umsatzerlöse) ins Verhältnis gesetzt wird, sind rechnerisch auch Verhältniswerte von > 100% möglich:

Die Betrachtung der ausgewählten Unternehmen aus vergleichbaren Märkten zeigen schon bei einem ersten Blick auf jedes einzelne Unternehmens deutlich höhere Werte für das Verhältnis des Umlaufvermögens zum Umsatz als die von der BNetzA für die 3. Regulierungsperiode als betriebsnotwendig anerkannten Quoten ($1/24 = 4,2\%$ [Beschlusskammer Gas] bzw. $1/12 = 8,3\%$ [Beschlusskammer Strom]).¹²⁹ Hinzu kommt, dass seit der 2. Regulierungsperiode das anzuerkennende Umlaufvermögen nicht (mehr) am Umsatz des Basisjahres gemessen wird, sondern die regelmäßig den Umsatz unterschreitende *Erlösbergrenze* des Basisjahres die Bemessungsgrundlage für die Quoten der Bundesnetzagentur bildet.¹³⁰

Bei Anwendung des vorstehend unter IV. dargelegten Vergleichsmarkt-konzepts ergibt sich der maßgebliche Vergleichswert für das Umlaufvermögen als *Obergrenze* der Anerkennung in der Kostenprüfung in Höhe des *arithmetischen Mittels* der Werte in Spalte 3. Für eine unterschiedliche Gewichtung der Quoten einzelner Vergleichsunternehmen besteht kein Raum, da sämtliche ausgewählten Vergleichsunternehmen sich in einer mit den Energienetzbetreibern vergleichbaren Kostensituation befinden und demzufolge auch nach dem Vergleichsmarkt-konzept des BGH keine Zu- oder Abschläge vorgenommen werden müssten.¹³¹

So wären beispielsweise für die Festlegung der Obergrenze des anzuerkennenden Umlaufvermögens der 3. Regulierungsperiode Gas das arithmetische Mittel der Quoten der untersuchten Vergleichsunternehmen des Basisjahres 2015 zu ermitteln

127 St. Rspr., vgl. zuletzt BVerwG v. 29.11.2017 – 6 C 58.16, BeckRS 2017, 13980.

128 Siehe oben unter IV.2.

129 Siehe oben unter II.3.Regulierungsperiode.

130 Siehe oben unter II.2. Regulierungsperiode.

131 Siehe oben unter IV.3.

bzw. – wegen der von den Regulierungsbehörden durchgeführten Mittelwertbildung mit den Zwischenbasisjahren – der Jahre 2011-2015. Dabei könnte alternativ entweder die Gesamtquote des Umlaufvermögens zum Umsatz oder die Quote des um die Vorräte gekürzten Umlaufvermögens zum Umsatz die Grundlage der Berechnung bilden, wobei im letzten Fall zu der Obergrenze das stets zu 100% betriebsnotwendige Vorratsvermögen zu addieren wäre.

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die Methodik zur Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens, die die Bundesnetzagentur und ihr folgend die Landesregulierungsbehörden seit der 2. Regulierungsperiode anwenden, steht mit der Begrenzung des Umlaufvermögens der Energienetzbetreiber auf behördenseitig selbstgewählte Quoten des Umlaufvermögens an der Erlösobergrenze nicht im Einklang mit der in § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorgeschriebenen Orientierung der anzuerkennenden Kosten an den sich im Wettbewerb einstellenden Kosten.

Dieser Vorgabe wird dagegen das Vergleichsmarktkonzept der kartellrechtlichen Rechtsprechung des BGH gerecht, dessen Anwendbarkeit auch im Rahmen der Bestimmung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens der BGH in seinem Grundsatzbeschluss vom 3.03.2009 – *SWU Netze*¹³² bejaht hat. Dies hat zur Folge, dass die Obergrenzen für die Anerkennung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens aus dem arithmetischen Mittel der Umlaufvermögen/Umsatz-Quoten des jeweiligen Basisjahres von strukturell vergleichbaren Unternehmen zu bilden sind.

Strukturell vergleichbar in diesem Sinne sind nicht nur Energieverteilernetzbetreiber anderer Staaten, sondern auch Unternehmen anderer Branchen, die in ihrem Eigentum befindliche Infrastruktur Dritten gegen Entgelt zur Nutzung überlassen wie Betreiber von Wassernetzen, Mautstraßen oder Häfen. Maßstab für die strukturelle Vergleichbarkeit sind ausschließlich die Kostenfaktoren, die das jeweilige Unternehmen vorfin-

det, nicht dagegen Größe, Finanzkraft, Ressourcen und Umsatz. Zuständig für die Ermittlung dieser Vergleichswerte sind nach der Vergleichsmarktrechtsprechung des BGH die (Regulierungs-)Behörden.

Das vorstehende Konzept der wettbewerbsanalogen Ermittlung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens nach § 7 Abs. 1 Strom-/GasNEV wird nicht nur der Vorgabe des § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG einer steten Orientierung der regulierten Kosten am Wettbewerb gerecht. Es erfüllt auch den Primärzweck der Entgeltregulierung: die *Wettbewerbssimulation*.¹³³ Daneben vermag es das *Gebot gleichheitsgemäßer Belastung*¹³⁴ durch den staatlichen Eingriff der Regulierung von Netznutzungsentgelten dadurch zu verwirklichen, dass es mit den Durchschnittsquoten der Vergleichsunternehmen für das jeweilige Basisjahr eine für alle bundesdeutschen Regulierungsbehörden verbindliche *einheitliche* Obergrenze des als betriebsnotwendig anzuerkennenden Umlaufvermögens festlegt. Dabei wird die Durchschnittsquote – anders als z.B. pauschale Beträge – wiederum der Individualität jedes einzelnen Netzbetreibers gerecht, da die bundesweit einheitliche Quote, angewendet auf den individuellen Umsatz des jeweiligen Unternehmens¹³⁵, für jeden Netzbetreiber eine betragsmäßig andere Obergrenze des zu verzinsenden Umlaufvermögens ergibt, die seinen individuellen Verhältnissen entspricht.

¹³² BGH vom 3.03.2009 – EnVR 79/07, a.a.O., juris, Rdn. 30.

¹³³ Vgl. grundlegend bereits *Salje* in: *Salje*, EnWG, 1. Aufl. 2006, § 1 Rdn. 84: „die Regulierung dient gerade dem Ziel, „wettbewerbsanaloge“ Betriebsergebnisse und Verhaltensweisen der Betreiber einzufordern und sicherzustellen“.

¹³⁴ Zur gleichheitswidrigen Belastung von EVU durch die Abnahme- und Vergütungspflicht von EEG-Strom vgl. BGH vom 11.6.2003 – VIII ZR 160/02, NVwZ 2003, 1143.

¹³⁵ Dass (wie auf Wettbewerbsmärkten üblich) als Bezugsgröße der individuellen Umsatz und nicht etwa die anerkannten Netzkosten oder die Erlösobergrenze herangezogen wird, widerspricht auch nicht den Entscheidungen des BGH (Fn. 35, 38). Der BGH hat sich zu dieser Frage nicht verhalten müssen.

EuGH (Große Kammer), Urteil vom 25.7.2018, C-135/16: Georgsmarienhütte u.a.

Dr. Johannes Riewe, LL.M. (King's College London)*

I. Leitsätze des Verfassers

1. Ist ein Beihilfenempfänger ohne jeden Zweifel zu einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV gegen einen Beschluss der Europäischen Kommission befugt und macht er von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so kann er denselben Beschluss nicht mehr im Wege des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 267 AEUV angreifen.

2. Das Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts ist in diesem Falle bereits unzulässig, da der Kommissionsbeschluss bestandskräftig geworden ist.

II. Wesentlicher Sachverhalt

(1) Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Gültigkeit des Beschlusses (EU) 2015/1585 der Kommission vom

* Der Autor ist zurzeit Rechtsreferendar beim Kammergericht Berlin.