



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-12-656A02

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV

hinsichtlich der Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten

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

durch

ihren Vorsitzenden Alexander Lütke-Handjery,

ihren Beisitzer Rainer Busch

und ihren Beisitzer Roman Smidrkal

am 15.12.2020

beschlossen:

Die mit Beschluss BK4-12-656 vom 02.05.2012, zuletzt geändert durch Beschluss vom 30.11.2016 (BK4-12-656A01), erfolgte Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid) wird gemäß § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 5a ARegV wie folgt geändert:

1. Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG sowie Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 6 EnWG sind verpflichtet, die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten hinsichtlich der Fremdkapitalverzinsung sowie der Gewerbesteuer nach Maßgabe dieser Festlegung vorzunehmen.

2. Die Vorgaben dieses Änderungsbeschlusses gelten für alle - auch bereits in der Vergangenheit - nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Wirkung ab dem 01.01.2021, solange keine andere Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV hinsichtlich der Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten getroffen wird.

3. Der Abschnitt 3. Fremdkapitalverzinsung bei tatsächlicher Aufnahme von Fremdkapital wird um die nachfolgende Maßgabe klargestellt: Der Zusatz „Liegt eine Konzernfinanzierung vor, erfolgt der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der Beschaffung von Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft. Erforderlich ist jedoch eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft.“ wird ersetzt durch: „Liegt eine Konzernfinanzierung vor, erfolgt der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der für den die Investitionsmaßnahmen abrechnenden Netzbetreiber beschafften Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft. Die auf Basis der Konzernebene für den Netzbetreiber stellvertretend beschafften Mittel sind transparent darzulegen und müssen den Investitionsmaßnahmen zugeordnet werden können. Erforderlich ist ferner eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft.“

4. Der Abschnitt 3. Fremdkapitalverzinsung bei tatsächlicher Aufnahme von Fremdkapital wird um die nachfolgende Maßgabe ergänzt: „Bei besonderen Fremdkapitalaufnahmen, die eine Hybridanleihe darstellen oder einen vergleichbaren Charakter aufweisen, ist nur der nicht als Eigenkapital geltende Anteil als Fremdkapital berücksichtigungsfähig. Die Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen echten Fremdkapitalanteils ist durch Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung zu ermitteln.“

5. Der Abschnitt 5. Gewerbesteuer wird um die nachfolgende Maßgabe ergänzt: „Die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer wird auf die im vorigen Abschnitt genannte fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzt.“

6. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.

7. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

G r ü n d e:

I.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK4-12-656 vom 02.05.2012 eine Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten gemäß § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV erlassen. Mit Beschluss vom 30.11.2016 (BK4-12-656A01) hat die Beschlusskammer den Ausgangsbeschluss im Hinblick auf Kapitel 4 (Eigenkapitalverzinsung) geändert. Sowohl der Ausgangsbeschluss als auch der Änderungsbeschluss sind in Bestandskraft erwachsen.

Die Beschlusskammer 4 hat am 01.09.2020 vor dem Hintergrund der ergangenen BGH-Rechtsprechung und den zuvor gemachten Erfahrungen aus der Ist-Kostenabrechnung der Jahre 2013 bis 2017 der Investitionsmaßnahmen von Amts wegen ein Verfahren nach § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV zur Änderung der Festlegung der Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 18/2020 als Mitteilung Nr. 260 eingeleitet. Zugleich hat die Beschlusskammer 4 den Entwurf der beabsichtigten Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen gemäß § 67 Abs. 1 EnWG bis zum 23.10.2020 gegeben. Im Rahmen der Konsultation sind insgesamt sieben Stellungnahmen von Netzbetreibern und Verbänden eingegangen. Die Stellungnahmen enthalten im Wesentlichen Anmerkungen zum Zeitpunkt der Umsetzung der neuen Regelungen, zum Anwendungsbereich, zur Rechtsprechung bezüglich der Ansetzbarkeit der Gewerbesteuer auf den Eigenkapitalzins des die Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitalanteils, zur Zuordenbarkeit von Fremdkapital auf Investitionsmaßnahmen und zur Behandlung und Berücksichtigung von sogenannten Hybridanleihen, also Anleihen, die sowohl der Eigen- als auch Fremdkapitalerhöhung eines Emittenten dienen.

Die Landesregulierungsbehörden sind gem. § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens im Rahmen des Länderausschusses vom 17.09.2020 informiert worden. Das Bundeskartellamt wurde am 10.12.2020 über die Einleitung des Verfahrens informiert. Dem Länderausschuss wurde der Festlegungsentwurf am 17.09.2020 vorgestellt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden ist am 10.12.2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

II.

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 29 Abs. 1 EnWG und § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Den Beteiligten wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Bundeskartellamt sowie die Landesregulierungsbehörden wurden gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens benachrichtigt. Darüber hinaus wurde ihnen am 10.12.2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben. Dem Länderausschuss wurde in der Sitzung vom 17.09.2020 gemäß § 60a EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

2. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV liegen vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt Festlegungen zu ändern, die aufgrund von Rechtsverordnungen nach § 21a Abs. 6 EnWG von ihr getroffen wurden, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin die Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung erfüllen.

Bei dem Ausgangsbeschluss handelt es sich um eine Festlegung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV, einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG, getroffen wurde.

Die Änderung ist auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV weiterhin sicherzustellen. Die Änderung einer Entscheidung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist insbesondere möglich, wenn sich entweder die Sachlage aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen geändert hat, eine nachträgliche Änderung der Rechtslage erfolgt ist oder sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde etwa aufgrund neuer Erkenntnisse geändert hat¹. Vorliegend hat sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bzw. des Bundesgerichtshofs zur Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer und aufgrund der Erfahrungen bei der Abrechnung der Investitionsmaßnahmen im Hinblick auf die in Ansatz gebrachten Fremdkapitalkosten und deren Transparenz geändert.

Auch wenn der Ausgangsbeschluss in Bestandskraft erwachsen ist, sieht es die Beschlusskammer als sachgerecht und angemessen an, den Ausgangsbeschluss hinsichtlich der Anerkennung der Fremdkapitalverzinsung bei tatsächlicher Aufnahme von Fremdkapital und der Anerkennungsfähigkeit der Gewerbesteuer auf den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 5 StromNEV / GasNEV abzuändern. Hinsichtlich der Anerkennung der Fremdkapitalverzinsung ist eine Anpassung der Regelung notwendig geworden, da die Ausführungen des Ausgangsbeschlusses zur Fremdfinanzierung durch die Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt und des daraus resultierenden angepassten Beschaffungsverhaltens von Fremdkapital für Investitionsmaßnahmen durch die Netzbetreiber nicht mehr sachgerecht durch den Ausgangsbeschluss abgebildet werden kann. Dies resultiert insbesondere aus dem stark veränderten Zinsniveau und der daraus folgenden Zinsdifferenz zwischen alten und neuen Fremdkapitalbeschaffungen sowie aus der Nutzung bisher nicht in die Erwägungen einbezogenen Finanzierungsmöglichkeiten, wie beispielsweise sog. Hybridanleihen.

Bezüglich der Anerkennungsfähigkeit der Gewerbesteuer auf den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 5 StromNEV / GasNEV sieht es die Beschlusskammer als sachgerecht an, den

¹ BGH, Beschl. v. 12.07.2016, Az. EnVR 15/15, S. 10 f.; Britz in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG § 29 Rn. 2.

Ausgangsbeschluss unter Würdigung der einschlägigen Entscheidung des BGH vom 05.05.2020 (EnVR 26/19) anzupassen.

Gemäß Ziffer 2 des Tenors erfolgt die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund von nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen ab dem 01.01.2021 nach Maßgabe der geänderten Festlegung. Die geänderten Vorgaben finden ab diesem Zeitpunkt auf alle genehmigten Investitionsmaßnahmen Anwendung. Dies gilt unabhängig davon, wann sie genehmigt worden sind.

Im Rahmen der Konsultation wurde vorgebracht, dass eine erstmalige Umsetzung nicht zum konsultierten 01.01.2020, sondern erst ab dem Abrechnungsjahr 2021 erfolgen sollte. Dem kommt die Beschlusskammer entgegen. Um eventuell auftretenden Unsicherheiten im Markt entgegenzuwirken und die Planbarkeit der Maßnahmen zu erhöhen, soll die Anwendung ab dem 01.01.2021 erfolgen.

Eine Anwendung auf alle Investitionsmaßnahmen ist dadurch begründet, dass es keinen ersichtlichen Grund gibt, den Anwendungsbereich einzuschränken. Auch das in der Konsultation vorgebrachte Argument der notwendigen Investitionssicherheit, welche eine Anwendung nur auf Neuansträge begründe, verfängt hier nicht. Sowohl bei bereits genehmigten als auch bei neu zu beantragenden Investitionsmaßnahmen bestehen identische Möglichkeiten der Ansetzbarkeit von Fremdkapital. Die in diesem Änderungsbeschluss beabsichtigten Regelungen werden weder das Fremdkapitalbeschaffungsverhalten beeinflussen, noch die Nutzung von Projektfinanzierungen vorgeben. Vielmehr ist der Netzbetreiber bei sämtlichen Investitionsmaßnahmen frei, seine vorgenommene Fremdkapitalzuordnung, wie bisher auch, jährlich anzupassen. Auch ist eine Begrenzung der beabsichtigten Regelung auf Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber nicht geboten, da ein besonderer Vertrauensschutz aufgrund des Wahlrechts für Verteilnetzbetreiber gem. § 34 Abs. 7 ARegV nicht gegeben ist. § 34 Abs. 7 ARegV gab den Verteilnetzbetreibern für die dritte Regulierungsperiode ein Wahlrecht zwischen der Anwendung des Kapitalkostenaufschlags gem. § 10a ARegV und dem Verbleib in den Regelungen gem. § 23 ARegV. Dadurch wurde zwar ein Wahlrecht zwischen zwei System zur regulatorischen Berücksichtigung von Investitionen ermöglicht, nicht jedoch die Regelungen innerhalb dieser Systeme fixiert.

Da die vorliegende Festlegung in dieser Form zum Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenze und der Kalkulation der Netzentgelte des Jahres 2021 (vor dem 15.10.2020) noch keinen Bestand hatte, konnte zum 01.01.2021 noch keine Anpassung der Erlösobergrenze nach dieser Festlegung auf Plankostenbasis erfolgen. Da die Netzbetreiber zunächst nur eine Anpassung auf Basis von Planwerten vornehmen, erfolgt zwar anhand der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Folgejahr eine sog. Istabrechnung, bei der die Beschlusskammer zugleich die Einhaltung der vorliegenden Festlegung kontrolliert. Bei der Istabrechnung auftretende Differenzen zur Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund von Planwerten werden über das Regulierungskonto verrechnet. Diese Verrechnung bedeutet, dass der Ausgleich zwischen dem Betrag um den die Erlösobergrenze zum 01.01.2021 für genehmigte Investitionsmaßnahmen noch auf Basis des Ausgangsbeschlusses angepasst wurde und nach der vorliegenden Festlegung auf Istkostenbasis hätte angepasst werden müssen, über das Regulierungskonto stattfindet. Der Netzbetreiber hat der Beschlusskammer die zur Prüfung der zulässigen Erlösobergrenzenanpassung auf Istkostenbasis im Rahmen der Istabrechnung

erforderlichen Unterlagen zum 01.04. des Folgejahres einzureichen. Die Unterlagen für das hier erstmalig relevante Jahr 2021 werden somit von den Netzbetreibern zum 01.04.2022 vorgelegt. Die bei der genannten Istabrechnung auftretende Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und mit dem dort geltenden Zinssatz verzinst.

Die Abschnitte 3 (Fremdkapitalverzinsung bei tatsächlicher Aufnahme von Fremdkapital) und 5 (Gewerbesteuer) des Ausgangsbeschlusses werden jeweils durch die folgenden Abschnitte ersetzt, beziehungsweise ergänzt:

Nach Ziffer 3 des Tenors wird der in Abschnitt 3 des Ausgangsbeschlusses enthaltene Zusatz „Liegt eine Konzernfinanzierung vor, erfolgt der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der Beschaffung von Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft. Erforderlich ist jedoch eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft.“ ersetzt durch: „Liegt eine Konzernfinanzierung vor, erfolgt der Nachweis der Marktüblichkeit auf Basis der für den die Investitionsmaßnahmen abrechnenden Netzbetreiber beschafften Finanzierungen der finanzierenden Konzerngesellschaft. Die auf Basis der Konzernebene für den Netzbetreiber stellvertretend beschafften Mittel sind transparent darzulegen und müssen den Investitionsmaßnahmen zugeordnet werden können. Erforderlich ist ferner eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von Fremdkapital durch die finanzierende Konzerngesellschaft.“

Die Änderungsnotwendigkeit resultiert aus der Erkenntnis, dass Durchschnittszinsen der Konzernmutter üblicherweise 1:1 an Netzbetreibertöchter weiterbelastet werden. Dabei ist aber nicht sichergestellt, dass die diese Weiterbelastungen erzeugenden Kreditaufnahmen nicht für die Eigenkapitalausstattung, andere Geschäftsbereiche oder gänzlich andere Zwecke als dem Netzausbau aufgenommen werden. Insbesondere die Unternehmensfinanzierung in Verbindung mit der Konzernfinanzierung könnte begünstigen, dass vermehrt Darlehen und Anleihen, welche historisch bedingt hoch verzinst werden, den IMA-Abrechnungen zugeordnet werden. Unternehmen mit Unternehmensfinanzierung und Konzernfinanzierung dürfen aber gegenüber Unternehmen mit Unternehmensfinanzierung ohne Konzernfinanzierung nicht systematisch bessergestellt werden. Für die Fremdkapitalzinsersetzung dürfen in beiden Ansätzen nur tatsächliche Kapitalaufnahmen Berücksichtigung finden, die für das Netzgeschäft aufgenommen wurden. Daher ist der jahresscharfe Kapital- beziehungsweise Liquiditätsbedarf im Netzgeschäft, der entscheidend durch den Netzausbau begründet wird, ein wesentlicher Faktor zur Ermittlung der anererkennungsfähigen Fremdkapitalkosten. Im Hinblick auf das Gesamtverschuldungsvolumen und im Hinblick auf die Aufnahmezeitpunkte des Fremdkapitals soll daher mehr Transparenz geschaffen werden. Beiden Problemen soll insoweit dadurch entgegengewirkt werden, indem

- zukünftig eine direktere summarische Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf sämtliche Investitionsmaßnahmen erfolgen soll und
- größere Transparenz zusammen mit einer besseren Nachvollziehbarkeit und Sachgerechtigkeit von zugeordneten Darlehen sichergestellt wird.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens wurde vorgebracht, dass eine direkte Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf die jeweiligen Investitionsmaßnahmen, einen zu großen administrativen Aufwand verursachen würde, ohne einen Nutzen zu generieren. Dem ist jedoch zu widersprechen. Gerade

die Erkenntnis, dass Fremdkapitalzinssätze aus netzfremden Aktivitäten dem Netz zugeordnet wurden, zeigt die Notwendigkeit einer Regelung. Um jedoch dem in der Konsultation genannten hohen Aufwand entgegenzuwirken, den eine Zuordnung auf einzelne Investitionsmaßnahmen mitbrächte, ist nunmehr lediglich eine summarische Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf sämtliche Investitionsmaßnahmen jährlich vorzunehmen. Mit diesem Ansatz lässt sich das beabsichtigte Transparenzziel adäquat erreichen, bei einer gleichzeitigen Reduzierung des administrativen Aufwandes.

Dabei soll, bezugnehmend auf die in den Stellungnahmen eingegangenen Bedenken, keine Projektfinanzierung innerhalb eines Konzerns vorgegeben werden. Die hier genannte Regelung beschreibt vielmehr die jährliche Zuordnung des in einem Konzern aufgenommenen Fremdkapitals ohne dabei Vorgaben für die Kapitalbeschaffung eines Konzerns zu determinieren. Es soll somit durch die aus der Zuordnung hervorgehenden höheren Transparenz verhindert werden, dass Fremdkapitalzinsen für netzfremdes Fremdkapital, also Kapital, das nicht zur Fremdfinanzierung regulierter nationaler Netze aufgenommen wurde, durch Netznutzer getragen werden. Auch ergibt sich aus der Zuordnung keine langfristige und starre Bindung des Fremdkapitals, wie dies bei einer Projektfinanzierung der Fall wäre. Es steht dem Netzbetreiber frei, die vorgenommene Zuordnung des Fremdkapitals in den darauffolgenden Abrechnungsjahren jährlich anzupassen. Aus den genannten Gründen sind auch die in den Stellungnahmen genannten Bedenken, die Regelungen, insbesondere die Vorgabe einer Projektfinanzierung für Investitionsmaßnahmen, würden den Vorgaben der §§ 10 ff EnWG entgegenstehen, unbegründet.

Ziffer 4 des Tenors ergänzt den Abschnitt 3 des Ausgangsbeschlusses um die folgende Regelung: „Bei besonderen Fremdkapitalaufnahmen, die eine Hybridanleihe darstellen oder einen vergleichbaren Charakter aufweisen, ist nur der nicht als Eigenkapital geltende Anteil berücksichtigungsfähig. Die Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen echten Fremdkapitalanteils ist durch Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung zu ermitteln.“

Grund dieser Ergänzung ist die zunehmende Nutzung von Finanzinstrumenten, die nicht vollständig einen Fremdkapitalcharakter aufweisen, insbesondere sog. Hybridanleihen. Die bisherigen Regelungen zur Anerkennung von Fremdkapitalkosten umfassten lediglich Finanzierungsinstrumente, die ausschließlich aus verzinslichem Fremdkapital bestanden. Folglich ergibt sich aus Sicht der Beschlusskammer zusätzlicher Regelungsbedarf, da eine Hybridanleihe eine nachrangige Anleihe ist, die sowohl Eigen- als auch Fremdkapital enthält. Sie hat also sowohl Eigenschaften von Aktien als auch von Anleihen. Ihr Zins liegt meist über dem Zins normaler Anleihen, dafür bergen sie aber auch höhere Risiken. Sie haben oft sehr lange Laufzeiten, teilweise laufen sie bis zu 100 Jahre lang oder sind sogar unbegrenzt. Ein Vorteil für Unternehmen: Weil ihnen das Geld so lang zur Verfügung steht, hat es Eigenkapitalcharakter. In der Finanzierungslogik der Investitionsmaßnahmen wäre es jedoch nicht sachgerecht, diese Anleihen in Gänze dem Fremdkapital zuzurechnen und den Zinssatz einer durchschnittlichen Unternehmensfinanzierung nach oben treiben.

Nutzt ein Netzbetreiber Finanzierungsarten, die sowohl einen Fremd- als auch einen Eigenkapitalanteil beinhalten, so hat er diese und die darin vereinbarte Verzinsung, getrennt nach dem Fremd- und Eigenkapitalanteil, darzulegen. Dabei ist für den anererkennungsfähigen Fremdkapitalanteil der anererkennungsfähige Zins anhand einer

im Ausgabezeitpunkt vergleichbaren Anleihe des Netzbetreibers, die keinen Eigenkapitalanteil enthält, anzusetzen. Der Eigenkapitalanteil einer Hybridanleihe ist hingegen dem Eigenkapital der die Hybridanleihe emittierenden Konzerneinheit zuzuordnen. Eine vollständige Anerkennung des Zinssatzes der Hybridanleihe hätte nämlich die Konsequenz, dass ein Erfüllungsgehilfe im Rahmen der stellvertretenden Kreditaufnahme dafür vergütet würde, dass dieser einen überhöhten Fremdkapitalzins generiert hat. Der Fremdkapitalzins ist in der Regel ggü. einer reinen Fremdkapitalbeschaffung höher, da sich der Erfüllungsgehilfe bei einer Hybridanleihe nicht nur mit Fremd-, sondern auch mit Eigenkapital ausstattet. Im Rahmen der Konsultation wurde vorgebracht, dass mit dem Referenzzinssatz des Ausgangsbeschlusses bereits ein etabliertes Prüfinstrument vorläge. Dies ist grundsätzlich richtig. Die Anwendung des genannten Referenzzinssatzes findet weiterhin statt, er ist jedoch aufgrund der Nichtanerkennung der Kosten des Eigenkapitalanteils dann auf den Fremdkapitalanteil der Hybridanleihe zu begrenzen, wenn dessen Zinssatz über dem Referenzzinssatz liegt. Denn es ist zu berücksichtigen, dass die Referenzzinssätze erst Anwendung finden, wenn eine Anleihe ohne Eigenkapitalanteil eine über dem Referenzzinssatz liegende Verzinsung aufweist. Folglich ist es allein schon aus Gleichbehandlungsgründen geboten, vor der Anwendung eines Referenzzinssatzes einen adäquaten Zinssatz für den Fremdkapitalanteil einer Hybridanleihe zu bestimmen, der anschließend mit dem Referenzzinssatz zu vergleichen ist.

Ziffer 5 des Tenors wird um die nachfolgende Maßgabe ergänzt: „Die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer wird auf die im vorigen Abschnitt genannte fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzt.“ Somit erfolgt die Ermittlung der Gewerbesteuer gemäß der nachstehenden Formel:

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

Der BGH hat mit Beschluss vom 05.05.2020 (EnVR 26/19) entschieden, dass die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % mit höherrangigem Recht, namentlich § 21a Abs. 4 Satz 5 i.V.m. § 21 Abs. 2 EnWG, vereinbar ist. Die Beschlusskammer verkennt nicht, dass sich die genannte Entscheidung nicht unmittelbar auf die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten bezieht, sondern die Regelung des § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags zum Gegenstand hatte. Die vom Senat in dem Beschluss getroffenen Aussagen zur Begrenzung der Bemessungsgrundlage auf die fiktive Eigenkapitalquote von 40 % sind jedoch grundsätzlicher Natur und lassen sich vom ihrem Sinn- und Zweckgehalt her auch auf die Festlegung der Beschlusskammer zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten übertragen.

Der BGH hat bereits mehrfach – nicht nur für den Kapitalkostenabgleich – entschieden, dass eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % nicht schützenswert ist, weil sie bei Betreibern von Strom- und Gasnetzen Indiz für einen unzureichenden Wettbewerb ist (BGH, Beschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 39 ff., insb. 41 Rhein Hessische Energie I; WuW/E DE-R 2701 Rn. 15 SWU Netze; vom 18. Februar 2014 EnVR 71/12, EnWZ 2014, 317 Rn. 24 Rhein Hessische Energie II; vom 8. Oktober 2019 EnVR 58/18, juris Rn. 35 Normativer Regulierungsrahmen). Eine dieser Entscheidungen ist auch die in den Stellungnahmen angeführte Entscheidung

vom 14.08.2008 (KVR 42/07). In diesem Beschluss hat der BGH – für die Genehmigung von Höchstpreisen nach altem Regime – entschieden, dass die Gewerbesteuer eine rein kalkulatorische Kostenposition sein soll, die auf der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung fußt und ansonsten – bis auf die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst – keinen Rückgriff auf handels- oder gewerbesteuerrechtliche Vorgaben erlaubt. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibe, sei zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität sei hingegen nicht herzustellen. Entgegen der in den Stellungnahmen vertretenen Auffassung steht die Entscheidung vom 14.08.2008 (KVR 42/07) daher nicht im Widerspruch zu der vorliegend getroffenen Regelung zur Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer, sondern stützt diese vielmehr. Netzbetreiber haben keinen Anspruch auf eine auskömmliche Verzinsung auch jenseits einer Eigenkapitalquote von 40 % (BGH, Beschl. v. 05.05.2020 – EnVR 26/19, juris Rn. 42). Diese Wertung darf bei zu treffenden Regelungen berücksichtigt werden (BGH, Beschl. v. 05.05.2020 – EnVR 26/19, juris Rn. 43).

Diese Erwägungen macht sich die Beschlusskammer auch im vorliegenden Beschluss zu eigen und regelt die Berücksichtigungsfähigkeit der Gewerbesteuer bei der Abrechnung genehmigter Investitionsmaßnahmen im Rahmen ihrer Festlegungskompetenz nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV neu. Wie im Rahmen der Stellungnahmen richtig erkannt wurde, fehlt eine dem § 10a Abs. 8 S. 1 ARegV vergleichbare Regelung für die Investitionsmaßnahme. § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV regelt insoweit lediglich, dass als Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme Betriebs- und Kapitalkosten geltend gemacht werden können. Die Festlegung der Methoden zur Berechnung der ansetzbaren Kosten hat der Verordnungsgeber nicht selbst vorgenommen, sondern mit der in § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV normierten Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur überlassen. Basierend auf der vom BGH festgestellten fehlenden Schutzwürdigkeit einer Eigenkapitalquote von 40 % hält die Beschlusskammer es hierbei für sachgerecht, die Bemessungsgrundlage für die Bestimmung der ansetzbaren Gewerbesteuer bei der Abrechnung genehmigter Investitionsmaßnahmen auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % zu begrenzen.

Die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % ist angemessen und geboten. Die Regelung führt nicht dazu, dass Netzbetreiber, die über eine höhere Eigenkapitalquote verfügen, insoweit keine Verzinsung erhalten. Für das über 40 % hinausgehende Eigenkapital bestimmt sich der Zinssatz vielmehr nach den Regelungen des Ausgangsbescheids. Zwar ist der effektiv erzielbare Zinssatz deshalb geschmälert, weil der Gewerbeertrag aus Eigenkapital insgesamt, also auch soweit dieses eine Quote von 40 % übersteigt, zwar der Gewerbesteuer unterliegt, für den übersteigenden, als Fremdkapital behandelten Betrag aber keine (kalkulatorische) Gewerbesteuer angesetzt wird. Es besteht allerdings aus den genannten Gründen keine Verpflichtung, eine höhere Gewerbesteuerbelastung zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v. 05.05.2020 – EnVR 26/19, juris Rn. 44). Die Berechnung der ansetzbaren Kosten einer genehmigten Investitionsmaßnahme erfolgt – ähnlich wie beim Kapitalkostenabgleich – nach einem pauschalen System, das sich von den spezifischen Umständen des betroffenen Netzbetreibers löst. Die Anwendung eines solchen pauschalen Systems begegnet keinen rechtlichen Bedenken, zumal zugunsten der Netzbetreiber die höchste noch aner kennenswerte Eigenkapitalquote unterstellt wird (BGH, Beschl. v. 05.05.2020 – EnVR 26/19, juris Rn. 44). In diesem System ist es folgerichtig, hinsichtlich der

Fremdkapitalquote keine (kalkulatorische) Gewerbesteuer anzusetzen. Erreichen in einem solchen Fall Netzbetreiber, die einen höheren Eigenkapitalanteil aufweisen, nicht die volle Verzinsung, ist dies Ausfluss des unbedenklichen, pauschalierenden kalkulatorischen Systems (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2395 Rn. 72, 75 - Rhein Hessische Energie I; vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 83, 86 - Stadtwerke Trier; vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 Rn. 44, 46 - Stadtwerke Freudenstadt II; vom 25. April 2017 - EnVR 57/15, RdE 2017, 340 Rn. 60 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH).

Da zudem die Investitionsmaßnahmenabrechnung die Ausgestaltung des Kapitalkostenaufschlags prägte, ist davon auszugehen, dass Übertragungsnetzbetreiber und Fernleitungsnetzbetreiber nicht gegenüber Verteilnetzbetreibern bessergestellt werden sollten.

3. Änderungsermessen

Die vorliegende Änderung erfolgt im Rahmen des der Regulierungsbehörde gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG eingeräumten Ermessens und dabei insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Regulierungsbehörde hat nach § 29 Abs. 2 S. 1, 2 EnWG die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Die Änderung steht im Ermessen der Behörde, ein Anspruch besteht grundsätzlich nicht².

Die Beschlusskammer sieht es als angemessen und verhältnismäßig an, den Ausgangsbeschluss in dem genannten Umfang ab dem 01.01.2021 anzupassen. Dabei waren insbesondere die materielle Gerechtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und die Bestandskraft des Ausgangsbeschlusses andererseits zu berücksichtigen. Durch die zwischenzeitliche neue Rechtsprechung zur Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie durch die Entwicklungen bei den Fremdkapitalkosten bedurfte es entsprechender Anpassungen der Festlegung, die diesen neu eingetretenen Umständen Rechnung tragen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 05.05.2020 hervorgehoben, dass eine Eigenkapitalquote von mehr als 40 % nicht schützenswert ist, weil sie bei Betreibern von Strom- und Gasnetzen Indiz für einen unzureichenden Wettbewerb sei (BGH, Beschlüsse vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 39 ff., insb. 41 Rhein Hessische Energie I; WuW/E DE-R 2701 Rn. 15 SWU Netze; vom 18. Februar 2014 EnVR 71/12, EnWZ 2014, 317 Rn. 24 Rhein Hessische Energie II; vom 8. Oktober 2019 EnVR 58/18, juris Rn. 35 Normativer Regulierungsrahmen). Eine Begrenzung der Quote auf 40 % des berücksichtigungsfähigen Eigenkapitals im Hinblick auf die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist daher auch auf die sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapitalkosten geboten.

Die Erfahrungen der vergangenen Jahre in Bezug auf die Anerkennung der tatsächlichen Fremdkapitalkosten haben gezeigt, dass insbesondere im Hinblick auf die derzeitige Zinsentwicklung mögliche Fehlanreize gesetzt werden könnten. Diese

² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.05.2016, Az. VI – 3 Kart 174/14 (V), S. 28.

möglichen Fehlanreize sind im Interesse eines möglichst kostengünstigen Netzausbaus zu vermeiden. Im Hinblick auf die Zielsetzung der ausschließlichen Gewährung der tatsächlichen Fremdkapitalkosten ist es notwendig, dass die aufgenommenen Fremdmittel den Investitionsmaßnahmen jährlich zugeordnet werden. Hiermit wird die Transparenz erhöht und eine sachgerechte Prüfung der von den Netzbetreibern geltend gemachten Kosten, die nicht über den tatsächlichen Fremdkapitalkosten liegen sollen, ermöglicht. Die dargestellte Fortentwicklung der bisherigen Verwaltungspraxis ist verhältnismäßig und geboten. Werden Entwicklungen erkannt, die dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen, ist darauf zu reagieren, um die gesetzlichen Vorgaben weiterhin umzusetzen und insbesondere dem Ziel der preisgünstigen Versorgung Geltung zu verschaffen, zumal die betroffenen Netzbetreiber dadurch auch nicht schlechter gestellt werden als in der regulären Refinanzierung über die Erlösbergrenze vorgesehen.

Da die betroffenen Investitionsmaßnahmen erst mit Eintritt der Änderung entsprechend abzurechnen sind, entsteht den Netzbetreibern aus der Änderung auch kein in einem rechtlichen Sinne relevanter Nachteil, da die zukünftige Berechnung der Kapital- und Betriebskosten wirtschaftlich auskömmlich bleibt. Im Hinblick auf die miteinander in Einklang zu bringenden Regulierungsziele des § 1 Abs. 1 EnWG, zu deren Verwirklichung die Festlegungs- und Änderungskompetenzen der Beschlusskammer gerade dienen (vgl. § 32 Abs. 1 ARegV), entspricht es pflichtgemäßem regulatorischem Ermessen, bestehende Festlegungen ggf. zu überprüfen und anzupassen, wenn ihre Anwendung ansonsten zu einem einseitigen, „überauskömmlichen“ wirtschaftlichen Vorteil auf Seiten der Netzbetreiber führt. Gegenüber der gesetzlich vorgegebenen Überprüfung bestehender Festlegungen anhand § 1 Abs. 1 EnWG tritt deren Bestandskraft bezogen auf die Zukunft zurück.

III. Kosten

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

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

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).



Alexander Lüdtke-Handjery

Vorsitzender



Rainer Busch

Beisitzer



Roman Smidrkal

Beisitzer