

Analyse & Hintergrund

Rechtsfragen rund um die Netzentgeltgenehmigung – Teil 2

Dr. Boris Scholtka und Guido Brucker, KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte, Berlin

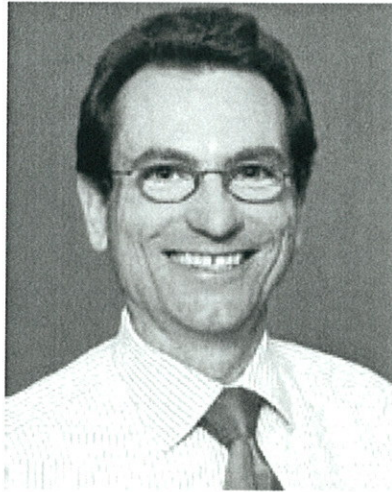
Das Verfahren der Netzentgeltgenehmigung und die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidungen der Regulierungsbehörden wurden im ersten Teil des Beitrages (Dow Jones Energy Weekly Nr. 23, 9. Juni 2006) skizziert. Im zweiten Teil werden Einzelfragen im Rahmen der Entgeltkalkulation nach der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) vorgestellt. Außerdem wird die Zulässigkeit der von Regulierungsbehörden praktizierten Vorgehensweise erörtert, im Rahmen der Entgeltgenehmigung dem jeweiligen Netzbetreiber aufzuerlegen, die nach der erfolgten Antragsprüfung vermuteten Mehrerlöse seit Stellung der Entgeltanträge in der künftigen Kalkulationsperiode Kosten mindernd zu berücksichtigen.

In ihrem Positionspapier vom März haben die Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder offenbar bewusst von der Möglichkeit einer verbindlichen Festlegung gemäß § 30 StromNEV abgesehen, um die Genehmigung nicht durch gerichtliche Auseinandersetzungen über den Inhalt der Festlegungen zu verzögern.

Bislang wurden allerdings erst wenige Entgeltanträge beschieden. Große Aufmerksamkeit erlangte die Genehmigung, die die Bundesnetzagentur (BNetzA) dem Übertragungsnetzbetreiber Vattenfall Europe Transmission erteilt hat. Nicht nur der Umstand, dass erstmals einer der vier großen Übertragungsnetzbetreiber eine Genehmigung seiner Entgelte erhielt, sondern auch die Höhe der genehmigten Entgelte, die ca. 18% geringer als beantragt ausfiel, stand im Mittelpunkt des Interesses.

Deutliche Kürzungen angekündigt

Auch gegenüber anderen Netzbetreibern haben die Regulierungsbehörden bereits deutliche Kürzungen angekündigt. Hierbei stehen sich **unterschiedliche Auffassungen zu den kalkulatorischen Abschreibungen**, zu der Berücksichtigung historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten, zur Verzinsung des eingesetzten



Scholtka: „Bisherige Nutzungsdauer ist bei der Netzentgeltkalkulation zu berücksichtigen.“

Kapitals, zu der Berücksichtigung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie zu Fragen einer „rückwirkenden Erlösabschöpfung“ gegenüber.

Nach § 6 StromNEV bilden die kalkulatorischen **Abschreibungen auf Anlagegüter** einen Teil der berücksichtigungsfähigen Netzkosten zur Sicherung eines leistungsfähigen und zuverlässigen Netzbetriebes. Die Nutzungsdauer bei Abschreibungen für bestimmte Anlagegüter wird künf-

tig nach den in Anlage 1 zur StromNEV enthaltenen Nutzungsspannen bestimmt. Es sind aber auch die bisher bereits bei der Netzentgeltkalkulation zugrunde gelegten Nutzungsdauern zu berücksichtigen. Auf diese Weise sollen nach der StromNEV unzulässige Mehrfachabschreibungen oder Abschreibungen unter Null vermieden werden.

Wie die Restnutzungsdauer vorhandener Sachanlagen der jeweiligen Unternehmen zu berücksichtigen sind, wird dabei in § 32 Abs. 3 StromNEV bestimmt. Diese Vorschrift enthält zwei **Vermutungsregelungen** im Hinblick auf kalkulatorische Abschreibungen in der Vergangenheit. Zum einen werden die **Abschreibungsdauern im Rahmen der Tarifgenehmigung** nach § 12 BTOElt vermutet. Zum anderen wird vermutet, dass in der Vergangenheit eine Abschreibungsdauer **orientiert an den unteren Grenzen** der in Anlage 1 zur StromNEV genannten **Spannen** berücksichtigt wurde.

Die letzte Variante wurde von den meisten Netzbetreibern bei Beantragung der Entgeltgenehmigung angewandt. Die Regulierungsbehörden weisen nunmehr im Rahmen der Entgeltprüfung aber auf die bisherigen Tarifgenehmigungsverfahren nach BTOElt. Im Rahmen des Verfahrens nach BTOElt seien die in Ansatz gebrachten Nutzungsdauern deutlich kürzer gewesen. Die Regulierungsbehörden stellen klar, dass erst nach einer Widerlegung der ersten Vermutungsregel auf die zweite Vermutung zurückgegriffen werden könne.

Für einige Unternehmen ist dabei problematisch, dass häufig gar keine individuelle Prüfung der Kosten- und Erlöslage gemäß § 12 BTOElt mehr stattfand. In diesen Fällen müsste eigentlich der „Rückgriff“ auf die StromNEV statthaft sein. ►►

Netzentgelte

Zudem wenden die Netzbetreiber ein, dass in der Vergangenheit im Rahmen der Strompreisgenehmigung die tatsächlichen Kosten des Netzbetreibers nicht notwendigerweise an Dritte weitergegeben wurden und so stille Reserven bereits im Rahmen der Tarifgenehmigung in der Vergangenheit berücksichtigt worden seien.

Historische Anschaffungs- und Herstellungskosten

Streit besteht auch darüber, wie die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten für den fremdfinanzierten Anteil des Anlagevermögens berücksichtigt werden können. Die Regulierungsbehörden gehen davon aus, dass die tatsächlichen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen sind. Im Fall eines Netzkaufs könne deshalb anstelle der historischen tatsächlichen Kosten nicht der Kaufpreis zugrunde gelegt werden. Der Kaufpreis übersteige regelmäßig den kalkulatorischen Restwert des Anlagevermögens. Dies führe zu einem **überhöhten kalkulatorischen Restwert** für das Anlagevermögen **und damit zu einer überhöhten Abschreibungsbasis im Rahmen der Entgeltkalkulation**.

Die aus dieser Auffassung resultierenden praktischen Schwierigkeiten liegen auf der Hand, wenn dem Erwerber eines Netzes keine Angaben zu den tatsächlichen Kosten der Errichtung der Netzanlagen vorliegen. Zudem wird gegen die Position der Regulierungsbehörden – mit guten Gründen – eingewandt, dass eine Netzübernahme zum Sachzeitwert (begrenzt durch den Ertragswert) in der Vergangenheit vom Bundesgerichtshof (BGH) ausdrücklich anerkannt worden ist.

Diese Rechtslage vor Inkrafttreten des novellierten Rechtsrahmens müsse nun auch im Rahmen der Entgeltgenehmigung Berücksichtigung finden. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber etwas an der Rechtsprechung des BGH ändern sollte. Zudem wird über die Verzinsung des eingesetzten Kapitals gestrit-



Guido Brucker von Kermel & Scholtka

ten. Nach § 7 Abs. 6 StromNEV ist das vom Netzbetreiber eingesetzte **Eigenkapital** bis zu einer abweichenden Festlegung der Regulierungsbehörden **zunächst mit 7,91% für Neuanlagen und mit 6,5% für Altanlagen zu verzinsen**. Dies gilt jedoch nur für den Eigenkapitalanteil, der unterhalb einer Eigenkapitalquote von 40% liegt. Liegt die Eigenkapitalquote eines Netzbetreibers darüber, ist der Eigenkapitalanteil oberhalb dieser Schwelle wie Fremdkapital zu verzinsen (§ 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV). Die Verzinsung erfolgt dann entsprechend § 5 Abs. 2 StromNEV in Höhe der tatsächlich gezahlten Zinsen, höchstens jedoch in Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen.

Kontroverse um Zinssatz

Nunmehr wird kontrovers diskutiert, **wie ein kapitalmarktüblicher Zinssatz als Obergrenze zu bestimmen ist**. Die Regulierungsbehörden errechnen unter Verweis auf die Vorschrift in § 7 Abs. 4 StromNEV und die Begründung zur Regelung des § 5 Abs. 2 StromNEV einen Zinssatz aus dem Durchschnitt der Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten der letzten zehn Jahre. Nach Ansicht der Regulierungsbehörden liege der kapitalmarktübliche Zinssatz danach bei 4,8%. Dieser Zinssatz wird von den

Netzbetreibern als zu gering erachtet. Von deren Seite wird auf eine subsidiäre Regelung in § 3 StromNEV (Grundsätze der Entgeltbestimmung) verwiesen. Aufgrund der dort genannten Regelungen lässt sich ein Zinssatz von 6,5% bestimmen. Teilweise wird auch vertreten, dass zumindest ein Zinssatz in Höhe von etwa 5,5% zu berücksichtigen sei.

Richtigerweise wird der Zinssatz durch die jeweilige **Markt- und Wettbewerbssituation**, die **Eigenkapitalquote**, vorhandene **Sicherheiten** sowie das **Rating** bestimmt. Der von der BNetzA angenommene untere statische Wert ist daher wenig überzeugend. Auch wenn auf die Durchschnittssätze zehnjähriger Bundesanleihen abgestellt wird, ergibt sich einschließlich eines Wagniszuschlags ein Zinssatz von mindestens 5,5 %.

Kalkulatorische Gewerbesteuer

Der Streit, wie die Gewerbesteuer im Rahmen der Entgeltkalkulation zu berücksichtigen sei, fand weithin Beachtung in der allgemeinen Tagespresse. Sollte sich die Auffassung der Regulierungsbehörden durchsetzen, droht nach Aussage einiger betroffener Netzbetreiber die Aufgabe ganzer defizitärer Sparten wie ÖPNV oder Bäderbetriebe, die häufig von Stadtwerken oder verbundenen Unternehmen betrieben werden. Der wettbewerbliche Ansatz und das insbesondere auch von vielen Politikern verfolgte **Ziel möglichst niedriger Netzentgelte steht dabei im Konflikt** mit der bisher üblichen (stillen) **Subventionierung** solcher Einrichtungen über All-inclusive-Strompreise bzw. Netzentgelte in Querverbandsunternehmen.

Nach § 8 StromNEV kann im Rahmen der Ermittlungen der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Die Regulierungsbehörden vertreten dabei die Auffassung, dass nach dieser Norm nur die tatsächlichen Gewerbesteuereinzahlungen des Netzbetriebes berücksichtigt werden können. ▶▶

Analyse & Hintergrund

Sollte in einem steuerlichen Querverbund dem Netzbetrieb keine oder nur eine geringe Gewerbesteuer zugeordnet werden, kann nach Auffassung der Regulierungsbehörden eine kalkulatorische Gewerbesteuer allenfalls bis zur Höhe der tatsächlichen Steuerzahlungen anerkannt werden. So werde eine doppelte Begünstigung der Netzbetreiber verhindert. Querverbundunternehmen oder Unternehmen in einer gewerbesteuerlichen Organshaft hätten bereits steuerliche Vorteile und damit eine insgesamt geringere Zahllast, heißt es zur Begründung. Dieser Vorteil dürfe nunmehr nicht noch zusätzlich netzkostenerhöhend in Ansatz gebracht werden.

Keine „rückwirkende Erlösabschöpfung“

Diese Position der Regulierungsbehörden ist heftiger Kritik ausgesetzt. Zum Teil wird auf das Gesetzgebungsverfahren verwiesen, wo gerade der ausdrückliche Bezug zu tatsächlich gezahlten Gewerbesteuern entfiel. Stattdessen wurde in § 8 StromNEV die Formulierung aufgenommen, dass die „dem Netzbetrieb sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer“ als Kostenposition im Rahmen der Entgeltkalkulation Berücksichtigung finden kann.

Außerdem spreche bereits die vom Gesetzgeber gewählte amtliche Überschrift der Vorschrift ausdrücklich von kalkulatorischen und nicht tatsächlich gezahlten Steuern. In der Tat spricht die historische, das heißt am Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung sowie der Wortlaut der Vorschrift für eine **vollständige Berücksichtigung der kalkulatorischen Gewerbesteuer**.

Die BNetzA vertritt nach ersten Stellungnahmen die Auffassung, dass eine „rückwirkende Abschöpfung“ schon seit dem 1. November 2005 überhöht erhobener Entgelte im Rahmen des § 9 Abs. 1 StromNEV kostenmindernd zu berücksichtigen seien. Insoweit argumentiert die BNetzA, dass gemäß §§ 32 Abs. 2 StromNEV i.V.m. § 118 Abs.1b EnWG formelle und materielle Verpflichtungen zur Bestimmung

der Netznutzungsentgelte auf Basis von § 21 EnWG in Verbindung mit der StromNEV spätestens seit dem Ablauf der Antragsfrist am 29. Oktober 2005 bestünden. Sie verpflichtet daher die Netzbetreiber, die erzielten „Mehrerlöse“ periodenübergreifend bei der nächsten Antragstellung kostenmindernd zu berücksichtigen.

Indes spricht vieles dafür, dass diese „rückwirkende Abschöpfung“ **gegen geltendes Recht verstößt**. Die BNetzA verkennt, dass der Gesetzgeber ausdrücklich eine entgegenstehende Regelung getroffen hat. So bestimmt § 23a Abs. 5 EnWG ausdrücklich, dass vor der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der Genehmigung die **bis dahin geltenden Entgelte beibehalten werden können**. Den Sonderfall der erstmaligen Genehmigung regelt § 118 Abs.1 b Satz 2 EnWG. Hiernach gilt § 23a Abs. 5 EnWG entsprechend. Mit anderen Worten: Gemäß § 118 Abs. 1 b Satz 2 EnWG dürfen die bis zur Genehmigungserteilung geltenden Entgelte des jeweiligen Netzbetreibers beibehalten werden.

Daraus folgt zugleich, dass die BNetzA aufgrund der ausdrücklichen Gestattung, die bisherigen Entgelte bis zu einer Genehmigung beizubehalten, eine rückwirkende Absenkung zum 1. November 2005 nicht vornehmen kann. Damit kann aber die BNetzA auch nicht die Differenzbeträge zwischen genehmigtem Entgelt und den seit dem 1. November 2005 tatsächlich erhobenen Entgelten kostenmindernd im Rahmen des § 9 StromNEV in Ansatz bringen.

Kostenschlüsselung, Verlustenergie, Grundstücke

Beispielhaft sollen noch folgende Punkte kurze Erwähnung finden: Häufig besteht **Streit über die Art und Weise der Kostenschlüsselung** nach § 4 StromNEV, insbesondere die Schlüsselung und Zuordnung bestimmter Positionen zu Gemeinkosten. Auch die Art und Weise, **wie Grundstücke** als betriebsnotwendiges Anlagevermögen **im Rahmen der Kostenkalkulation anzusetzen sind**,



ÖPNV wird oft über Strompreise bzw. Netzentgelte in Querverbundsunternehmen subventioniert.

ist strittig. Weiter ist bei der **Verlustenergie** zweifelhaft, inwieweit die tatsächlichen Beschaffungskosten der Unternehmen **als gesicherte Plandaten bei der Entgeltkalkulation** nach § 10 StromNEV zu berücksichtigen sind oder ob die BNetzA hier bei vermeintlich überhöhten Beschaffungspreisen andere Preise zu Grunde legen darf.

Entsprechendes gilt bei der Berücksichtigung der Entgelte vorgelagerter Netzebenen als Plandaten. Auch hier scheinen einzelne Regulierungsbehörden diese tatsächlich gezahlten Entgelte nicht als „gesicherte Erkenntnisse“ anerkennen zu wollen. Begründend wird ausgeführt, dass die Entgelte schließlich nicht genehmigt seien. Unberücksichtigt bleibt daher, dass die nachgelagerten Netzbetreiber diese Entgelte tatsächlich gezahlt haben. Da aber einerseits die Regulierungsbehörden selbst davon Abstand nehmen, vermeintlich überhöhte Entgelte rückwirkend zu kürzen, und stattdessen die „überhöhten Entgelte“ im Rahmen der periodenübergreifenden Saldierung berücksichtigen wollen, fehlt dieser Argumentation der Regulierungsbehörden jede Berechtigung. ■