

Berlin, 23. Oktober 2020

bdeW
Energie. Wasser. Leben.

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e. V.**
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeW.de

Stellungnahme

Kostenberechnung Investitionsmaßnahmen

BNetzA-Konsultation zur Änderung der Festlegung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten „Festlegung BK4-12-656A02“

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu über-regionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Zusammenfassung

Die beabsichtigte Festlegung würde zu einer – auch rückwirkenden – Verschlechterung des Regulierungsrahmens für die erheblichen Ausbau- und Umstrukturierungsinvestitionen bei Übertragungsnetzbetreibern, Fernleitungsnetzbetreibern und teilweise auch bei Verteilnetzbetreibern führen. Der BDEW kritisiert insbesondere folgende Punkte:

- › Das BGH-Urteil zum Kapitalkostenaufschlag ist auf Investitionsmaßnahmen nicht übertragbar. Es sollte keine Vorgabe zur Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer erfolgen.
- › Die Zuordnung der Fremdkapitalverzinsung bei Konzernfinanzierung auf einzelne Investitionsmaßnahmen ist nicht sinnvoll und sollte nicht vorgenommen werden. Die Unternehmensfinanzierung ist die effizienteste Lösung.
- › Die Vorgabe zur Herausrechnung des Eigenkapitalanteils bei Hybridanteilen ist nicht notwendig und sollte entfallen, da mit dem Referenzzinssatz zum Abgleich der Marktüblichkeit bereits ein Prüfinstrument existiert.
- › Die vorgesehene rückwirkende Anwendung widerspricht dem Grundsatz eines planbaren, verlässlichen und nachhaltigen Regulierungsrahmens. Wenn überhaupt Änderungen zur Kostenberechnung bei Investitionsmaßnahmen erforderlich sind, sollten diese aus Gründen des Vertrauensschutzes und verlässlicher Investitionsbedingungen nur auf Neuanträge Anwendung finden.

Hintergrund

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) will die Vorgaben zur Berechnung der Kosten von Investitionsmaßnahmen (§ 23 ARegV) ändern. Dazu hat die BNetzA am 1. September 2020 ein Verfahren zur Änderung der Festlegung BK4-12-656 zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten eingeleitet und am 30. September 2020 veröffentlicht. Kern der beabsichtigten Festlegung sind Vorgaben zur Berechnung der Fremdkapitalverzinsung sowie der Gewerbesteuer unter Verweis auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. Mai 2020 (EnVR 26/19). Die Festlegung soll mit Wirkung ab dem 01.01.2020 gelten. Der BDEW nimmt zu dem veröffentlichten Tenor der beabsichtigten Entscheidung hiermit Stellung.

Fehlender Vertrauensschutz durch rückwirkende Anwendung

Die geänderten Vorgaben zur Kostenberechnung sollen für alle – auch bereits in der Vergangenheit – nach § 23 ARegV genehmigte Investitionsmaßnahmen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020 gelten (vgl. Tenor Ziffer 2).

Die vorgesehene Rückwirkung ab dem 1. Januar 2020 widerspricht dem Grundsatz eines planbaren und verlässlichen Regulierungsrahmens und schafft zusätzliche Investitionshemmnisse.

Netzbetreiber haben die Investitionsprojekte im Vertrauen auf den geltenden Rechtsrahmen geplant und mit der Realisierung begonnen. Die Mittelbeschaffung über die Kapitalmärkte basiert ebenfalls auf der Erwartung stabiler Rahmenbedingungen.

Die neuen Vorgaben würden sich auch auf bereits realisierte oder im Bau befindliche Projekte auswirken und damit zu einer nachträglichen Entwertung führen. Eine rückwirkende Änderung in der Berechnung der ansetzbaren Kapitalkosten auf Projekte, die im Vertrauen auf einen stabilen Regulierungsrahmen geplant, bei der BNetzA bereits beantragt und von den Kapitalgebern bewertet wurden, würde das Vertrauen in die Regulierung untergraben. Die Kontinuität und Verlässlichkeit der regulatorischen Rahmenbedingungen sind essenziell für langfristige Investitionen in die Erweiterung und Umstrukturierung der Netzinfrastruktur, die zu einem großen Teil in den Netzentwicklungsplänen fixiert und damit verbindlich vorgegeben sind. Mit der beabsichtigten Änderung würde das Investitionsklima für die notwendigen Investitionen zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit und der Energiewende unnötig verschlechtert.

- › **Wenn überhaupt Änderungen zur Kostenberechnung bei Investitionsmaßnahmen erforderlich sind, sollten diese aus Gründen des Vertrauensschutzes und verlässlicher Investitionsbedingungen nur auf Neuanträge Anwendung finden.**

Keine Übertragbarkeit des BGH-Urteils zum Kapitalkostenaufschlag

Die BNetzA will die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % begrenzen (vgl. Tenor Ziffer 3).

Die BNetzA stützt ihre Erwägungen auf das Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 5. Mai 2020 (EnVR 26/19). Der Leitsatz des BGH-Urteils lautet *„Die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer für den Kapitalkostenaufschlag auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40 % ist mit höherrangigem Recht vereinbar.“*

Das BGH-Urteil kann jedoch nicht auf Investitionsmaßnahmen übertragen werden:

- Beim Kapitalkostenaufschlag erfolgt die Berechnung der Verzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer gemäß einer expliziten Regelung in § 10a Absatz 7 und 8 ARegV pauschal mit 40 % Eigenkapital und 60 % Fremdkapital, unabhängig von der tatsächlichen Finanzierungsstruktur.
- Der BGH hat in dem o.g. Urteil nur entschieden, dass der Verordnungsgeber (!) für den Kapitalkostenaufschlag (!) die pauschalierende Vorgabe zur Kapitalstruktur treffen durfte: *„Der Verordnungsgeber war daher nicht gehindert, auch im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags die Quote des berücksichtigungsfähigen Eigenkapitals auf 40 % zu begrenzen. Folglich durfte er für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ebenfalls eine Eigenkapitalquote von 40 % zugrunde legen.“* (RNr 43). Diese Rechtsprechung kann nicht auf diese Festlegung übertragen werden.

- Zu berücksichtigen ist zum einen, dass der pauschalierende Ansatz beim Kapitalkostenaufschlag von 40 % Eigenkapital auch vorteilhaft für den Netzbetreiber sein kann, z.B. wenn die tatsächliche Eigenkapitalfinanzierung niedriger ist. Eine vergleichbare Konstellation ist bei Investitionsmaßnahmen nicht gegeben.
 - Zum anderen gibt es für Investitionsmaßnahmen keine explizite Vorgabe in einer Verordnung wie beim Kapitalkostenaufschlag. Deshalb ist hier für die Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung ausschließlich § 7 GasNEV/StromNEV und für die Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer § 8 GasNEV/StromNEV anwendbar. Das führt dazu, dass hinsichtlich der Ermittlung der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei Investitionsmaßnahmen die von der BNetzA intendierte pauschale Unterstellung eines 40%-igen Eigenkapitalanteils nicht zulässig ist.
 - Darüber hinaus hat der BGH in einem früheren Urteil die (gesamte) Eigenkapitalverzinsung als Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer bestätigt: „Nach § 8 Satz 1 StromNEV stellt die Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV die Bemessungsgrundlage, d.h. den Gewerbeertrag, für die kalkulatorische Gewerbesteuer dar.“ (BGH, Beschluss vom 14.08.2008 – KVR 42/07)
 - Die BGH-Rechtsprechung liefert somit weder eine inhaltliche noch eine rechtliche Grundlage für eine pauschalierende Begrenzung der Eigenkapitalquote auf 40 % in der Bemessungsgrundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer bei Investitionsmaßnahmen durch die BNetzA.
- › **Aufgrund der fehlenden Übertragbarkeit des BGH-Urteils zum Kapitalkostenaufschlag auf Investitionsmaßnahmen sollte die Vorgabe zur Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer entfallen.**

Nachweis der Marktüblichkeit der Fremdkapitalverzinsung bei Konzernfinanzierung

Bei einer Konzernfinanzierung sollen die beschafften Mittel den einzelnen Investitionsmaßnahmen zugeordnet werden können (vgl. Tenor Ziffer 4). Die BNetzA möchte damit eine direktere Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf die jeweiligen Investitionsmaßnahmen erreichen.

Bei Investitionsmaßnahmen erfolgt i.d.R. keine Fremdkapitalaufnahme auf Projektebene. Stattdessen erfolgt eine Bündelung des Kapitalbedarfs auf Unternehmens- oder Konzernebene. So können attraktive Konditionen erreicht und Abwicklungsaufwand begrenzt werden. Die Marktüblichkeit dieser Konditionen wird bereits jetzt von der BNetzA überprüft

Die BNetzA-Forderung nach einer direkteren Zuordnung stellt dies in Frage und führt tendenziell zu einer stärkeren Finanzierung auf Projektebene. Damit würden Skaleneffekte verhindert, Freiheitsgrade bei der Fremdfinanzierung beschnitten und erheblicher Verwaltungs- und Abwicklungsaufwand generiert.

- › **Die Zuordnung der Fremdkapitalverzinsung bei Konzernfinanzierung auf einzelne Investitionsmaßnahmen ist nicht sinnvoll. Zudem stellt die Unternehmensfinanzierung die effizienteste Lösung dar.**

Neuregelung für Hybridanleihen

Die BNetzA beabsichtigt zudem neue Regelungen zur Anerkennung von besonderen Fremdkapitalaufnahmen, die eine Hybridanleihe darstellen oder einen vergleichbaren Charakter aufweisen, in die Festlegung BK4-12-656 zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten mit aufnehmen.

Die Neuregelung zu Hybridanleihen im Festlegungsentwurf lässt offen, wie die wesentlichen Punkte zu regeln sind. So geht aus der Neuregelung lediglich hervor, dass nur der Fremdkapitalanteil einer Hybridanleihe als Fremdkapital berücksichtigungsfähig ist und, dass der Eigenkapitalzinssatzanteil aus der Gesamtverzinsung herauszurechnen ist (vgl. Tenor Ziffer 5). Wie dies im Sinne der BNetzA zu erfolgen hat, wird weder in der Neuregelung noch in der ergänzenden Begründung ausgeführt.

Um hier eine rechtssichere Regelung für die Zukunft zu erhalten, müsste die Festlegung diesbezüglich konkretisiert werden, damit Netzbetreiber vor der Emission einer Hybridanleihe Kenntnis haben, welche Konsequenzen eine potenzielle Emission einer Hybridanleihe auf ihre Fremdkapitalkosten hat.

Aus Sicht des BDEW besteht für sogenannte Hybridanleihen aber auch kein Neuregelungsbedarf, da durch die bestehenden Regelungen in der Festlegung BK4-12-656 sichergestellt werden kann, dass bei der Berechnung der Kosten aus Investitionsmaßnahmen ausschließlich Anleihezinssätze angesetzt werden, die marktüblich sind. So sind – wie in der Regulierungspraxis üblich – im Rahmen der Abrechnung der Ist-Kosten aus Investitionsmaßnahmen die Marktüblichkeit von Anleihen anhand des Referenzzinssatzes für Anleihen zu prüfen. Sofern hierbei die Zinssätze von Anleihen die Referenzzinssätze übersteigen und nicht anderweitig der Nachweis der Marktüblichkeit erbracht werden kann, werden die Zinssätze von Anleihen auf die Referenzzinssätze gekürzt.

Zu klären wäre auch das Zusammenwirken von Tenor Ziffer 4 und 5 der beabsichtigten Festlegung, da so Hybridanleihen letztendlich auch einzelnen Investitionsmaßnahmen zuzuordnen wären.

- › **Die Vorgabe zur Herausrechnung des Eigenkapitalanteils bei Hybridanteilen ist nicht notwendig und sollte entfallen, da mit dem Referenzzinssatz zum Abgleich der Marktüblichkeit bereits ein Prüfinstrument existiert.**

Ansprechpartner

Jan Kiskemper
Energienetze, Regulierung & Mobilität
Telefon: +49 30 300199-1132
jan.kiskemper@bdew.de

Dr. Michael Koch
Recht
Telefon: +49 30 300199-1530
michael.koch@bdew.de