

ECHTE RÜCKWIRKUNG VON ...

Substanzerhaltende Entgeltregulierung im Gassektor Ausgestaltung im Gasnetzentgeltverordnungsentwurf

von Prof. Dr. Christian Koenig, Winfried Rasbach und Kristina Schreiber

Der Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 30. November 2004 zur Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV-E) in der jüngst vorgelegten Arbeitsfassung vom 15. März 2005 orientiert sich – weitgehend seinem Pendant des Entwurfs zur Stromnetzentgeltverordnung entsprechend – am Prinzip der Nettosubstanzerhaltung. Damit folgt er den Vorgaben des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG-E), der in § 21 Abs. 2 explizit eine Entgeltregulierung „unter Beachtung der Nettosubstanzerhaltung“ fordert. Unumstritten ist dieses Prinzip nicht: So spricht sich etwa der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum EnWG-E für eine Realkapitalerhaltung aus. Vor diesem Hintergrund untersucht der folgende Beitrag zunächst die gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Verwirklichung einer substanzerhaltenden Ent-

geltregulierung und leuchtet die Vorgaben des EnWG-E im Hinblick auf die Substanzerhaltung näher aus (I.), bevor die hieraus resultierende Ausgestaltung der Entgeltregulierung im GasNEV-E im Einzelnen dargestellt wird (II.).

I. Rahmenbedingungen für eine Gasnetzentgeltverordnung

1. Erdgasbinnenmarktrichtlinie 2003/55/EG

Die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 2003/55/EG¹ fordert in Art. 25 Abs. 2 lit. a eine Gestaltung der Tarife oder Methoden

¹ Erdgasbinnenmarktrichtlinie 2003/55/EG v. 26.6.2003, ABl. EG 2003 L 176, 57.

zu ihrer Berechnung dergestalt, „dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist“. Hieraus folgt die Notwendigkeit einer Entgeltregulierung, die zukunftsorientiert die Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Netze durch (ökonomische) Anreize zu fortschreitenden Investitionen in diese sichert.² Eine Tarif- oder Methodenregulierung muss sowohl die Inflation als auch branchenspezifische Preissteigerungen und technischen Fortschritt berücksichtigen, um eine dynamische, in die Zukunft gerichtete Entwicklung der Netze zu ermöglichen.³ Eine derart verstandene „Lebensfähigkeit der Netze“ ist gemeinschaftsrechtliche Zielvorgabe einer substanzerhaltenden Entgeltregulierung. Diese ist grundsätzlich sowohl durch eine Nettosubstanzerhaltung⁴ als auch durch eine Realkapitalerhaltung⁵ zu erreichen. Die Realkapitalerhaltung strebt primär den Erhalt des Eigenkapitals als solchem an, während der Schwerpunkt der Nettosubstanzerhaltung in der Erhaltung des Anlagevermögens insgesamt liegt. Insoweit entspricht die Ausrichtung der Nettosubstanzerhaltung zwar eher dem Ziel einer dynamischen Fortentwicklung der Erdgasbinnenmarktrichtlinie. Das Lücke-Theorem⁶ zeigt aber, dass für nur mit Eigenkapital finanzierte Unternehmen Nettosubstanzerhaltung wie auch Realkapitalerhaltung letztlich zu demselben Ergebnis führen. Zwar sind Netzbetreiber im Erdgassektor – bereits aufgrund der begrenzten Eigenkapitalquote⁷ – mischfinanziert, das Lücke-Theorem gilt zumindest näherungsweise aber auch für mischfinanzierte Unternehmen.⁸ Den Vorgaben der Erdgasbinnenmarktrichtlinie wird eine Nettosubstanzerhaltung, verstanden als eine kapitalstruktur-erhaltende, leistungsäquivalente Substanzerhaltung, damit ebenso gerecht wie eine Realkapitalerhaltung.

Ist somit kein bestimmtes Substanzerhaltungsprinzip von der Erdgasbinnenmarktrichtlinie vorgegeben, so grenzt diese doch die konkrete Ausgestaltung eines Substanzerhaltungsprinzips von einer anderen Richtung her ein. Von der Richtlinie gedeckt ist nur eine solche Substanzerhaltung, wie sie auch im funktionsfähigen Wettbewerb gewährleistet wäre:⁹ Unabhängig von dem gewählten Substanzerhaltungsprinzip ist stets nur die Substanz geschützt, die zur Anpassung unter simulierten Wettbewerbsbedingungen notwendig ist. Ein anderes Verständnis bedeutete die Sicherung des Monopols durch verstärkten – übermäßigen – Substanzschutz. Unter diesem Blickwinkel eines „Als-ob-Wettbewerbs“ sind die Konditionen der Nettosubstanzerhaltung oder auch Realkapitalerhaltung im regulierten Markt zu setzen. Die Ausgestaltung der Tarif- oder Methodenregulierung zur Substanzerhaltung im Einzelnen bleibt dem nationalen Gesetzgeber überlassen.

2. Entwurf eines Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung

§ 26 S. 2 Nr. 4 EnWG-E¹⁰ schreibt für den Fall des Erlasses einer Entgeltverordnung vor, dass „die Methode zur Bestimmung der Entgelte so zu gestalten ist, dass ... die für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze notwendigen Investitionen in die Netze gewährleistet sind“. Dies schließt die Berücksichtigung technischen Fortschritts und eine hierauf bezogene, in die Zukunft gerichtete Qualitätserhaltung mit ein. Isoliert betrachtet ist hierin aber noch keine gesetzgeberische Festlegung auf eines der Substanzerhaltungsprinzipien zu erkennen. § 21 Abs. 2 EnWG-E als „Grundnorm der Entgeltregulierung“ allerdings fordert explizit eine Entgelt-

regulierung „unter Beachtung der Nettosubstanzerhaltung“, womit eine grundsätzliche Weichenstellung für die Anwendung dieses Prinzips im Geltungsbereich des deutschen Energiewirtschaftsrechts bewirkt würde.

Nicht nur der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum EnWG-E,¹¹ sondern auch etwa der Bundesverband Neuer Energieanbieter (bne) wendet sich demgegenüber gegen eine Verankerung des Prinzips der Nettosubstanzerhaltung im EnWG-E.¹² Als Schwachpunkt der Nettosubstanzerhaltung wird insbesondere die Intransparenz durch eine Zugrundelegung von Tagesneuwerten angeführt. Soweit daher durch die Einführung der Realkapitalerhaltung Potentiale für die verdeckte Erhebung überhöhter Netznutzungsentgelte von vornherein ausgeschlossen werden könnten, ist diese vor dem Hintergrund des Wettbewerbsansatzes von Erdgasbinnenmarktrichtlinie und EnWG-E möglicherweise vorzugswürdig. Gemeinschaftsrechtlich vorgegeben ist eine Abkehr von der Nettosubstanzerhaltung allerdings aufgrund der Offenheit der Erdgasbinnenmarktrichtlinie in dieser Frage nicht. Dies gilt jedenfalls, solange die Etablierung der Nettosubstanzerhaltung nicht als „Schutzwall“ zum Ausschluss von Wettbewerbsprozessen missbraucht wird.

Dem wirkt der EnWG-E aber zumindest insoweit entgegen, als er die Nettosubstanzerhaltung in § 21 Abs. 2 EnWG-E in den Kontext der Effizienz setzt. Das im EnWG-E niedergelegte Prinzip der Nettosubstanzerhaltung schützt demnach – wie von der

² Nach Maßgabe der Erdgasbinnenmarktrichtlinie muss die Vornahme notwendiger Investitionen möglich bleiben; so auch *Theobald/Hummel*, ZNER 2003, 176, 177.

³ Allerdings stets mit Blick auf die zu schaffende Situation eines „Als-ob-Wettbewerbs“, siehe hierzu sogleich.

⁴ Und somit eine Abschreibung auf der Basis von Tagesneuwerten verbunden mit einer realen Verzinsung des Eigenkapitals auf Basis von Tagesneuwerten.

⁵ Also eine Abschreibung auf der Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten verbunden mit einer nominalen Verzinsung des Eigenkapitals auf der Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten.

⁶ *Lücke*, ZfB 1965, Ergänzungsheft, 3.

⁷ Jetzt festgelegt in § 6 Abs. 2 Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung), Entwurf von November 2004, abrufbar unter <http://www.energienetz.de/files.php4?dl_mg_id=393&file=dl_mg_1102094269.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.4.2005), in der Arbeitsfassung der Ausschussdrucksache 15(9) 1815 v. 15.3.2005.

⁸ Vgl. die Modellrechnung bei *Männel/Distler*, krp 1997, Sonderheft 1, 43, 48, Abbildung 1, für den Ansatz tagesneuwertorientierter Abschreibung; ferner *Busse von Colbe*, in: Delfmann, Der Integrationsgedanke in der Betriebswirtschaftslehre, 1989, S. 80; *Schneider*, krp 1998, 34, 35; *Sieben/Maltry*, Netznutzungsentgelte für elektrische Energie, 2002, S. 56, 74; *Vaal* (PWC Deutsche Revision), Substanzerhaltung und Eigenkapitalverzinsung, 2003, S. 22 f.

⁹ Vgl. zum Wettbewerbsansatz der Erdgasbinnenmarktrichtlinie *Kühling*, N&R 2004, 12; hierzu auch *Säcker*, ZNER 2004, 98, 104.

¹⁰ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, abrufbar unter <<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/zweites-gesetz-zur-neuregelung-des-energierechts-kabinett-property=pdf.pdf>> (zuletzt abgerufen am 7.4.2005), in der Arbeitsfassung der Ausschussdrucksache 15(9) 1811 v. 15.3.2005.

¹¹ BR-Drs. 613/04 (Beschluss), Nr. 29.

¹² Die Stellungnahme des bne ist abrufbar unter <http://www2.neue-energieanbieter.de/uploads/04_12_03_GasNEV_Position%20bne_Anhoerung_BMWA%20_3_.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.4.2005).

Erdgasbinnenmarkttrichtlinie gefordert – nur die zur Anpassung im hypothetischen Wettbewerb notwendige Substanz. Deutlich wird dies in § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E, wonach die Entgelte zum einen „unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung“ gebildet werden müssen. Zum anderen sind hiernach Grundlage der Entgelte die „Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen“. Zu gewährleisten ist folglich die „effiziente“ Substanz der Netzbetreiber im fingierten Wettbewerb.¹³ Nur notwendige und damit erforderliche Investitionen genießen nach EnWG-E einen Substanzschutz.¹⁴

3. Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Verfügungsfreiheit über das Eigentum¹⁵ und damit auch die Preisgestaltung als wesentliche unternehmerische Entscheidungsvariable.¹⁶ Eben diese Entscheidungsvariable wird durch eine vorgeschriebene Methode zur Berechnung der Entgelte eingeschränkt.¹⁷ Schützt Art. 14 Abs. 1 GG damit als Individualschutz die Erdgasnetzbetreiber,¹⁸ so folgt hieraus allerdings kein uneingeschränkter Existenzschutz. Eine Entgeltregulierung als Inhalts- und Schrankenbestimmung steht vielmehr immer dann mit Art. 14 Abs. 1 GG im Einklang, wenn sie in ihrer konkreten Ausgestaltung verhältnismäßig ist. Dabei wird dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht bei der Auswahl und Gestaltung wirtschaftsordnender und -lenkender Maßnahmen ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt.¹⁹ Dass insoweit Gestaltungsspielräume bei der Ausgestaltung der Entgeltregulierung bestehen, zeichnet bereits die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Telekommunikationsregulierung vor:²⁰ Diese misst dem Gemeinwohlziel der Etablierung und Förderung funktionsfähigen Wettbewerbs²¹ in der Angemessenheitsprüfung stets ein großes Gewicht bei, so dass vor diesem Hintergrund eine Vielzahl von Regulierungsentscheidungen als verhältnismäßig anerkannt werden.²² Verhältnismäßig sind insbesondere regelmäßig jene Regulierungsentscheidungen, die regulierungsökonomisch unter Heranziehung entsprechender Erfahrungen sinnvoll erscheinen. Art. 14 Abs. 1 GG schützt daher letztlich nur, was auch im freien und funktionsfähigen Wettbewerb geschützt wäre.

Eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG dürfte im Ergebnis demnach vor allem dann vorliegen, wenn die Regulierung quasi „erdrosselnd“ wirkt. Insoweit kann auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu Sonderabgaben analog zurückgegriffen werden. Einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht hier dann angenommen, wenn der Betroffene „in der Weise übermäßig belaste[t] und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigt[t] [sind], dass sie eine erdrosselnde Wirkung ausüben“.²³ Dementsprechend ist die Grenze auch im Rahmen der Entgeltregulierung zu ziehen: Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG ist dann gegeben, wenn die Entgeltregulierung für den Erdgasnetzbetreiber eine übermäßige Belastung bedeutet und seine Vermögensverhältnisse derart grundlegend beeinträchtigt, dass sie erdrosselnde Wirkung ausübt. Eine erdrosselnde Wirkung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht bereits dann vor, wenn die „Fortführung einzelner Unternehmen aufgrund ihrer besonderen Lage unmöglich“ ist; vielmehr muss diese Wirkung die Regel sein.²⁴ Dann aber ist die Methodenregulierung aus Art. 14 GG heraus nicht zwingend so zu gestalten, dass

jeder Netzbetreiber in seiner Existenz geschützt wird. Von Art. 14 Abs. 1 GG gefordert ist lediglich eine Regulierung dergestalt, dass sie die Existenzmöglichkeit der „energiewirtschaftlich rationell“, also effizient arbeitenden Erdgasnetzbetreiber und damit die Möglichkeit der Anpassung an die Bedingungen im (fingierten) Wettbewerb wahrt.

Demnach ist von Art. 14 Abs. 1 GG zwar sowohl das einfachgesetzlich im EnWG-E gewährleistete Nettosubstanzerhaltungsprinzip als auch das vom Bundesrat präferierte Realkapitalerhaltungsprinzip gedeckt. In einer konkreten Ausgestaltung durch dieses Grundrecht präformiert und gewährleistet ist allerdings keines der beiden Prinzipien.

4. Zwischenergebnis

Während Art. 14 Abs. 1 GG nur vage Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung einer Methodenregulierung der Entgelte

¹³ Zum Begriff einer „energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung“ der noch im Referentenentwurf in § 21 Abs. 2 verankert war, ausführlich *Koenig/Schellberg*, RdE 2005, 1, 2.

¹⁴ Siehe etwa die Einschränkung auf den Schutz nur notwendiger Investitionen in § 24 S. 2 Nr. 4 EnWG-E. Eine entsprechende Einschränkung findet sich in Art. 25 Abs. 2 lit. a der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie. Welche Investitionen als notwendig und damit erforderlich eingestuft werden, sollte dabei nach einer modifizierten Ex-ante-Beurteilung entschieden werden: Die Investitions- und Risikobereitschaft der Netzbetreiber wird honoriert, erscheint sie ex post mit Blick auf den Investitionszeitpunkt zumindest begründet nachvollziehbar; nach der Investition erlangte Erfahrungen werden nicht völlig ausgeblendet. Selbstverständlich als notwendige Investitionen anzusehen sind all jene, die aufgrund der Vorgaben des EEG und KWKG vorgenommen werden.

¹⁵ BVerfGE 50, 290, 339; 52, 1, 30 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. A., 2004, Art. 14 Rn. 19.

¹⁶ So auch in anderem Zusammenhang *Kunz*, in: *Knieps/Brunkreeft*, Zwischen Regulierung und Wettbewerb, 2. A., 2003, S. 49.

¹⁷ Insbesondere entfällt der Eigentumsschutz der Erdgasnetzbetreiber nicht aufgrund von staatlichen Interventionen in der Vergangenheit. Diese sind, je nach Einzelfall, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten, *Koenig/Rasbach*, Rechtsfragen zur regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 47.

¹⁸ Zur Reichweite des Eigentumsschutzes bei Erdgasnetzbetreibern vgl. *Koenig/Rasbach* (Fn. 17), S. 41 ff.

¹⁹ BVerfGE 39, 210, 230 f.

²⁰ Zu diesem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in der Telekommunikationsregulierung vgl. BVerwG, K&R 2004, 95, 98 f.

²¹ Ausführlich zum funktionsfähigen Wettbewerb *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002.

²² Im Rahmen der Telekommunikationsregulierung hat das BVerwG dieses Ziel regelmäßig als so gewichtig angesehen, dass es eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verneint hat, vgl. BVerwG, Urt. v. 21.1.2004 – Az. BVerwG 6 C 1.03, B. 1. d) aa) (2), das zu Art. 12 Abs. 1 GG – auf Art. 14 Abs. 1 GG übertragbar – aufgrund einer „den Wettbewerb in besonderem Maße berührende[n] Leistung“ den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sah; ähnlich BVerwG 118, 226, 240, das ebenfalls eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG – auf Art. 14 Abs. 1 GG übertragbar – ablehnte, da „der mit der Genehmigungspflicht verfolgte Zweck der Sicherung und Förderung chancengleichen Wettbewerbs ... gewichtig“ sei.

²³ BVerfGE 82, 159, 190; ähnlich BVerfGE 87, 153, 169.

²⁴ BVerfGE 95, 267, 301.

bereithält, richtet sich der EnWG-E – im Einklang mit der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie – am Prinzip der Nettosubstanzerhaltung aus. Dieses Prinzip ist als dynamisches Prinzip zur langfristigen und zukunftsorientierten Erhaltung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Netze zu verstehen. Ziel ist eine Entgeltbildung, die den Netzbetreibern Anreize zur Vorname notwendiger Investitionen in die Erdgasnetze setzt. Substanzerhaltung in diesem Sinne fordert den Erhalt der Anpassungsfähigkeit der Netzbetreiber an die im „Als-ob-Wettbewerb“ gesetzten Konditionen. Unter dieser Prämisse können verschiedene Kalkulationsmodelle im Rahmen einer Methodenregulierung entwickelt werden.

II. Substanzerhaltende Entgeltregulierung im GasNEV-E

Der GasNEV-E gibt für die Bildung der Netzentgelte im Gassektor gemäß § 3 Abs. 1 GasNEV-E im Grundsatz einen Dreischritt der Kostenrechnung vor, bestehend aus Kostenartenrechnung (§§ 4-10 GasNEV-E), Kostenstellen- (§§ 11-12 GasNEV-E) und Kostenträgerrechnung (§§ 13-20 GasNEV-E).²⁵ Aufgabe einer solchen Kostenrechnung ist die Erfassung, Verteilung und Zurechnung der Kosten, die bei der betrieblichen Leistungserstellung und -verwertung entstehen,²⁶ und auf deren Grundlage die Netznutzungsentgelte jedenfalls im Regelfall zu bilden sind. Eine bedeutende Ausnahme erhält diese kostenbasierte „Methode der Entgeltberechnung“ nämlich für den Bereich der Gasfernleitungsnetze. Hier macht der Verordnungsgeber von der Abweichungsermächtigung des § 26 S. 2 Nr. 5 EnWG-E Gebrauch und schreibt gemäß § 3 Abs. 2, §§ 19, 25 GasNEV-E eine Bildung der Entgelte aufgrund eines von der Regulierungsbehörde durchzuführenden Vergleichsverfahrens vor.

Für die anderen Netzebenen gilt aber: Zunächst sind gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 GasNEV-E die Netzkosten zusammenzustellen. Hier werden nach Maßgabe der §§ 4-10 GasNEV-E zunächst systematisch alle Kosten erfasst, die bei der Erstellung und Verwertung der Kostenträger, also der Leistung, entstehen. Aufbauend hierauf sind die Kosten vollständig den in Anlage 2 der GasNEV-E aufgeführten Hauptkostenstellen zuzuweisen. Dies soll Aufschluss darüber geben, wo die Kosten angefallen sind. In einem letzten Schritt werden die Kosten über die Kostenträgerrechnung nach Maßgabe der §§ 13-20 GasNEV-E schließlich auf die Leistungseinheiten verrechnet – Ziel ist die Erfassung, wofür die Kosten entstanden sind. Erst durch diese so genannte Kostenträgerrechnung wird eine genaue Zurechnung der Kosten auf die Leistungen möglich. Insbesondere die Gemeinkosten könnten sonst nur mittels eines Gesamtzuschlags auf die Einzelkosten verteilt werden. Dies führte zu einem ungenauen, den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Ergebnis. Zudem erfolgt auf dieser Ebene die „Verzahnung“ mit dem im Entwurf einer Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNZV-E)²⁷ vorgegebenen so genannten Einspeise-Ausspeise-Zugangsmodell (Entry-Exit-Zugangsmodell), indem die Kosten auf Einspeise- und Ausspeiseentgelte aufgeteilt werden.

1. Kostenartenrechnung

Im Rahmen der Kostenartenrechnung erfolgen sowohl die kalkulatorische Abschreibung als auch die Eigenkapitalverzinsung gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 GasNEV-E nach der Methode der

Nettosubstanzerhaltung. Auf dieser Basis gewährleistet der GasNEV-E die Erhaltung des Anlagevermögens, die Möglichkeit der Wiederbeschaffung sowie die Zinszahlungen für Fremdkapital und eine angemessene Rendite auf das eingebrachte Eigenkapital. Zugleich erfolgt gemäß § 4 Abs. 1 GasNEV-E die Ansetzung sowohl der bilanziellen als auch der kalkulatorischen Kosten des Netzbetriebs auf Grundlage einer gaswirtschaftlich rationellen Betriebsführung, soweit sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Ein Vollkostenansatz ist hiermit ausgeschlossen.²⁸ Zur Bestimmung der Netzkosten ist gemäß § 4 Abs. 2 GasNEV-E eine kalkulatorische Rechnung zu erstellen. Die Bestandteile der Netzkosten sind dabei abschließend in §§ 5-9 GasNEV-E aufgezählt. Gemäß § 4 Abs. 4 GasNEV-E sind die Einzelkosten des Netzes dem Netz direkt zuzuordnen. Problematischer sind insoweit jene Kosten des Netzes, die als Gemeinkosten über eine verursachungsgerechte Schlüsselung dem Gasversorgungsnetz zuzuordnen sind. Hier besteht die Gefahr, dass in die Netzentgelte weitere Kosten verdeckt einfließen und somit Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Trotz der weitreichenden Vorgaben des EnWG-E zur Entbündelung (Unbundling)²⁹ verbleibt bei der Gemeinkostenzurechnung eine (Rest-)Gefahr subtil kaschierter Quersubventionen. Eine Überprüfung hierauf soll zumindest ansatzweise durch die von § 4 Abs. 4 GasNEV-E vorgeschriebene Dokumentation der Schlüsselung ermöglicht werden. Eine solche Überprüfung ist jedoch auch bei einer solchen Dokumentation problematisch. Denn welche Schlüsselung gewählt wird, hängt im Wesentlichen von unternehmensinternen Besonderheiten sowie der unternehmenseigenen Politik ab. Eine Überprüfung wird erst in einiger Zeit, wenn die notwendige Erfahrung gesammelt ist, effektiv möglich sein.

a) Kapitaldienst – kalkulatorische Abschreibung und Eigenkapitalverzinsung

Unerlässlich zur Nettosubstanzerhaltung ist die Anerkennung von Abschreibungen auf den Eigenfinanzierungsanteil sowie einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung, so dass durch die Nutzungsdauer entstehende Kosten gedeckt werden können. Maßgeblich ist, dass sowohl Doppelerfassungen vermieden als auch inflatorische Finanzierungslücken geschlossen werden. Gerade Letzteres hat zur Gewährleistung der geforderten Nettosubstanzerhaltung in anlageintensiven Wirtschaftszweigen wie der Erdgaswirtschaft, bei der eine lange Nutzungsdauer der Anlagen³⁰ hinzukommt, eine große Bedeutung.³¹ Eine Berücksichtigung der Inflation in beiden Kosten-

²⁵ Siehe zur Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung allgemein *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. A., 2002, S. 1087 ff.

²⁶ So *Wöhe* (Fn. 25), S. 1083.

²⁷ Abrufbar unter <<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/verordnung-gasversorgungsnetzen-referentenentwurf.property=pdf.pdf>> (zuletzt abgerufen am 7.4.2005), aktuell in der Arbeitsfassung der Ausschussdrucksache 15(9) 1812 v. 15.3.2005.

²⁸ Vgl. vertiefend zum Begriff der energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung *Koenig/Schellberg*, RdE 2005, 1, 2.

²⁹ Siehe hierzu etwa *Bausch*, ZNER 2004, 233; *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, 221.

³⁰ Vgl. die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von Anlagegütern in der Gasversorgung, Anlage 1 zum GasNEV-E.

³¹ Vgl. allgemein *Männel/Distler*, krp 1997, Sonderheft 1, 43, 44.

positionen dagegen führte zu einer Doppelerfassung und im Ergebnis zu einem überhöhten, zur geforderten Nettosubstanzerhaltung nicht mehr notwendigen, Kapitaldienst.³² Um sowohl Doppelerfassungen als auch Finanzierungslücken zu vermeiden, sind Abschreibungen für den Eigenfinanzierungsanteil und Eigenkapitalverzinsung daher zwingend gemeinsam zu betrachten.³³

aa) Kalkulatorische Abschreibungen – § 6 GasNEV-E

Die zeitlich und abnutzungsbedingten kalkulatorischen Abschreibungen³⁴ sind gemäß § 6 Abs. 2 GasNEV-E im Rahmen des linearen Abschreibungsverfahrens anzusetzen. Dieses Verfahren ist zum einen in Anbetracht der Besonderheiten bei Netzbetreibern – im Wesentlichen Zeitverschleiß der Anlagen – am besten geeignet,³⁵ zum anderen wird so ein von Periode zu Periode gleichbleibender Betrag über die Entgelte auf die Netzzugangspetenten abgewälzt³⁶ und diese damit in den einzelnen Perioden gleichmäßig belastet.

§ 6 Abs. 2 GasNEV-E sieht für den Eigenfinanzierungsanteil eine tagesneuwertbasierte Abschreibung vor, während die Abschreibungen auf den fremdfinanzierten Anteil auf Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu erfolgen haben. Zur Vermeidung beliebiger Tagesneuwerte – und damit der Möglichkeit überhöhter Netznutzungsentgelte quasi „durch die Hintertür“ – sieht § 6 Abs. 3 GasNEV-E die Kopplung der Tagesneuwerte an Preisindizes vor.

Übersteigt die Wiederbeschaffung eines Anlageguts dessen kalkulatorische Abschreibung, so kann dieser Betrag den Netzkosten gemäß § 6 Abs. 5 GasNEV-E hinzugerechnet werden. Ebenso ist im umgekehrten Fall günstigerer Wiederbeschaffungskosten diese Ersparnis als Minderung in den Netzkosten zu berücksichtigen. Hierdurch wird zumindest ein kleiner Ausgleich dieses problematischen Ansatzes geschaffen.³⁷ Den rechtlichen Vorgaben der Erdgasbinnenmarktrichtlinie sowie des EnWG-E wird die in der GasNEV-E vorgegebene kalkulatorische Abschreibung gerecht – eine Nettosubstanzerhaltung ist auf diese Weise möglich.

bb) Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung – § 7 GasNEV-E

Eigenkapital ist bei der vom EnWG-E vorgegebenen kapitalstrukturhaltenden Nettosubstanzerhaltung notwendige Grundlage, kann aber nur dann im Unternehmen gehalten werden, wenn eine angemessene Verzinsung besteht.³⁸ Die Kosten für die Verzinsung des Eigenkapitals sind als Opportunitätskosten in der Kalkulation anzusetzen.

(1) Eigenkapitalverzinsung

Die Verzinsungsbasis ist zur Nettosubstanzerhaltung aufgrund der Interdependenz von Abschreibungen und Verzinsung entsprechend der Basis der Abschreibungen zu wählen.³⁹ Dementsprechend sieht § 7 Abs. 1 GasNEV-E die Verzinsung des Eigenkapitals auf Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals vor. Dieses wiederum errechnet sich ausweislich § 7 Abs. 1 Nr. 1-3 GasNEV-E hinsichtlich der Eigenkapitalquote auf Tagesneuwertbasis, hinsichtlich der Fremdkapitalquote auf Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Zeitpunkt der Wiederbeschaffung von Anlagegütern entsprechendes Eigenkapital vorhanden sein muss. Dieses ist notwendig, um die Kreditwürdigkeit im Zeitpunkt der Wiederbeschaffung zu si-

chern. Denn im Rahmen der Nettosubstanzerhaltung ist bei der Wiederbeschaffung fehlendes Fremdkapital durch Neuaufnahme zu decken.⁴⁰

Gemäß § 7 Abs. 5 GasNEV-E entscheidet die RegTP – erstmals mit Inkrafttreten der Anreizregulierung nach § 22 EnWG-E – durch Festlegung über den Eigenkapitalzinssatz. Die Höchstgrenze ist durch § 7 Abs. 3 GasNEV-E festgeschrieben, so dass der RegTP insoweit nur Spielraum „nach unten“ bleibt. Bis zur ersten Festlegung beträgt der Eigenkapitalzinssatz 7,8% (§ 7 Abs. 5 GasNEV-E). Die (anzusetzende) Eigenkapitalquote ist gemäß § 6 Abs. 2 GasNEV-E auf 40% begrenzt.

(2) Wagniszuschlag

Dieser Zinssatz enthält – über den Basiszinssatz hinaus – bereits einen Wagniszuschlag. Diese Art Risikoprämie ist grundsätzlich notwendig, da Risikoträger das eingebrachte Eigenkapital ist.⁴¹ Der Wagniszuschlag ermittelt sich gem. § 7 Abs. 4 GasNEV-E unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten, der durchschnittlichen Verzinsung des Eigenkapitals von Betreibern von Gasversorgungsnetzen auf ausländischen Märkten sowie beobachteten und quantifizierbaren unternehmerischen Wagnissen. Gegen das Bestehen solcher Wagnisse spricht nicht, dass das Erdgasnetz in weiten Teilen ein natürliches Monopol darstellt.⁴² Denn zunächst belohnen die Netznutzungsentgelte nach EnWG-E und Erdgasbinnenmarktrichtlinie lediglich die Vornahme notwendiger Investitionen.⁴³ Ob eine Investition in der Folge als notwendig eingestuft wird oder nicht, ist je nach Betrachtungsweise mit Risiko behaftet. Bei einer reinen Ex-post-Betrachtung besteht ein Unternehmerwagnis für die Erdgasnetzbetreiber bereits in der Prognoseunsicherheit, ob eine Investition als notwendig i. S. v. § 26 S. 2 Nr. 4 EnWG-E anerkannt wird oder nicht.⁴⁴ Ein solches besteht nicht, wird dies – vorzugswürdig – im Rahmen einer Ex-ante-Betrachtung entschieden. Insoweit ist allerdings fraglich, ob eine reine Ex-ante-Betrachtung überhaupt möglich ist.

³² Und damit letztendlich zu einer zu hoch angesetzten Preisuntergrenze und überhöhten Netznutzungsentgelten.

³³ So auch *Männel*, ew 5/2004, 14; *Sieben/Maltry* (Fn. 8), S. 39; *Zimmermann*, krp 1998, 101.

³⁴ Vgl. zu deren Kostencharakter nur *Coenenberg*, Kostenrechnung und Kostenanalyse, 5. A., 2003, 2. Kapitel, B.

³⁵ So auch *Sieben/Maltry* (Fn. 8), S. 41.

³⁶ Vgl. zu diesem Verfahren *Hummel/Männel*, Kostenrechnung 1, 4. A., 1986, S. 173; *Olfert*, Kostenrechnung, 12. A., 2001, S. 117.

³⁷ Über eine solche Regelung besteht eine einfache Möglichkeit der nachträglichen Korrektur falsch kalkulierter Abschreibungen und damit für die Netzzugangspetenten das Risiko überraschend erhöhter Netznutzungsentgelte in der folgenden Kalkulationsperiode.

³⁸ So auch *Gerke*, ew 4/2003, 42, 43; *Schmidt-Preuß*, Substanzerhaltung und Eigentum, 2004, S. 55 f.

³⁹ So auch *Zimmermann*, Die kalkulatorischen Kosten bei der Kalkulation von Netznutzungsentgelten, 2003, S. 38.

⁴⁰ Vgl. *Männel/Distler*, krp 1997, Sonderheft 1, 43, 47; *Sieben/Maltry* (Fn. 8), S. 47.

⁴¹ So aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Busse von Colbe* (Fn. 8), S. 80.

⁴² Dass auch Wagnisse im natürlichen Monopol bestehen, macht OLG Düsseldorf, RdE 2004, 118, 120 – TEAG, für die Elektrizitätswirtschaft deutlich.

⁴³ Siehe oben, I. 2.

⁴⁴ Vgl. *Säcker*, ZNER 2004, 98, 107.

Über den teilweise gegebenen Parallelleitungsbau hinaus stehen die Netzbetreiber jedenfalls hinsichtlich einiger (Industrie-)Kunden im Wettbewerb mit Heizöl. Dem insofern bestehenden Risiko trägt der GasNEV-E mit § 7 Abs. 4 Rechnung.

b) Kalkulatorische Steuern – § 8 GasNEV-E

Darüber hinaus sind für eine Nettosubstanzerhaltung, wie von EnWG-E und Erdgasbinnenmarkttrichtlinie gefordert, teils Steuern als Kostenpositionen anzusetzen, die aufgrund ihres prinzipiellen Charakters als Erfolgssteuer eigentlich aus dem Gewinn zu decken sind. Insofern ermöglicht § 8 GasNEV-E ein Ansetzen der Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition. Dies ist insofern sachgerecht, als Eigenkapital im Netzbetrieb zur Existenzsicherung gehalten werden muss. Als Basiszinssatz der Eigenkapitalverzinsung ist ein objektiver Wert, vorzugsweise die Durchschnittsrendite festverzinslicher Wertpapiere, heranzuziehen.⁴⁵ Bei einer Geldanlage in festverzinsliche Wertpapiere fällt indes keine Gewerbesteuer an, so dass bei einer Deckung aus dem Gewinn die Rendite des betriebsnotwendigen Eigenkapitals in Höhe der Gewerbesteuer hinter der Verzinsung festverzinslicher Wertpapiere zurückbleibe.⁴⁶ Auch die Anerkennung eines Wagniszuschlags ändert hieran nichts.⁴⁷ Soll zur Existenzsicherung dem Netzbetreiber Eigenkapital weiterhin zur Verfügung stehen, so ist zur Nettosubstanzerhaltung der Ansatz der Gewerbesteuer als Kosten notwendig.

c) Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die vom GasNEV-E vorgegebene Kostenartenrechnung den Vorgaben einer Nettosubstanzerhaltung, wie sie der EnWG-E fordert, Rechnung trägt.

2. Kostenstellenrechnung

Gemäß § 11 GasNEV-E sind die im Wege der Kostenartenrechnung kalkulierten Netzkosten so weit wie möglich direkt den Hauptkostenstellen, ansonsten geeigneten Hilfskostenstellen zuzuordnen. Die zugrunde zu legenden Haupt- und Nebenkostenstellen sind gemäß § 12 GasNEV-E nach Anlage 2 zu bilden. Die Aufteilung der Netzkosten hat dann verursachungsgerecht über eine angemessene, d. h. sachgerechte Schlüsselung zu erfolgen. Denn die Kostenstellenrechnung soll eine genaue Zurechnung der (Gemein-)Kosten im Rahmen der Kostenträgerrechnung erst ermöglichen.⁴⁸ § 11 GasNEV-E gibt insofern eine für sachkundige Dritte nachvollziehbare Schlüsselung vor, die zur Überprüfung schriftlich zu dokumentieren ist. Denn welche Schlüsselung im jeweiligen Betrieb angewandt wird, hängt von den je nach Betrieb durchaus unterschiedlichen Maßgrößen der Kostenverursachung ab.⁴⁹ Die Vorgabe einer konkreten Schlüsselung ist daher nicht möglich.

3. Kostenträgerrechnung

Auf der Grundlage der Kostenarten- und Kostenstellenrechnung hat schließlich die Bestimmung der Netzentgelte nach Maßgabe der §§ 13 ff. GasNEV-E zu erfolgen. Eine Ausnahme besteht insofern gemäß § 3 Abs. 2 GasNEV-E für Betreiber von Fernleitungsnetzen, aus denen zumindest überwiegend in Gasverteilnetze eingespeist wird. Für jene Netze sind die Entgelte gemäß § 19 GasNEV-E hauptsächlich im Vergleichsver-

fahren⁵⁰ zu ermitteln. § 3 Abs. 2 GasNEV-E macht deutlich, dass der Verordnungsgeber in diesem Bereich von zumindest teilweise bestehendem Leitungswettbewerb ausgeht, so dass eine Kontrolle über das Vergleichsverfahren als ausreichend erachtet wird.

Da der GasNZV-E ein so genanntes Einspeise-Ausspeise-Netzzugangssystem (Entry-Exit-Netzzugangssystem) vorsieht, sind im Übrigen die Kosten, einschließlich derer für die Systemdienstleistungen, auf Ein- und Ausspeiseentgelte aufzuteilen, in der Regel gemäß § 15 Abs. 1 GasNEV-E im Verhältnis eins zu eins. Dabei hat gemäß § 15 Abs. 2 GasNEV-E die Bildung der Einspeiseentgelte durch den Netzbetreiber „nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Verfahren“ zu erfolgen. Gewährleistet werden muss hierbei insbesondere die Versorgungssicherheit, Diskriminierungsfreiheit sowie die Setzung von Anreizen zur effizienten Nutzung der vorhandenen Kapazitäten. Bei der Bildung der Ausspeiseentgelte gemäß § 15 Abs. 3 GasNEV-E können ferner die Lage, ihre Entfernung zu den Einspeisepunkten sowie die Druckstufe Berücksichtigung finden. Ob ein „anerkannte[s] betriebswirtschaftliche[s] Verfahren“ durch die Netzbetreiber in Anwendung gebracht worden ist, können die Gerichte, da es sich hier um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, grundsätzlich unbeschränkt überprüfen. Eine ausdrückliche Überwachungskompetenz der RegTP, verbunden mit einer nur eingeschränkten Überprüfungscompetenz der Gerichte, wäre hier wünschenswert, um der RegTP eine flexible Handhabung zur Schaffung funktionsfähigen Wettbewerbs zu ermöglichen. Aufgrund der normativen Ermächtigungslehre wäre hierfür jedoch ein konkreter Anhaltspunkt im Wortlaut der Norm und somit eine normative Grundlage notwendig.⁵¹

Gemäß § 16 GasNEV-E haben die Netzbetreiber sicherzustellen, dass ein zur Veröffentlichung stehendes Entgeltsystem geeignet ist, die Netzkosten zu decken. Eine spätere Erhöhung der Netznutzungsentgelte aufgrund nicht deckender Erlöse wird somit zumindest erschwert. Für örtliche Verteilnetze ist abweichend gemäß § 18 GasNEV-E ein transaktionsunabhängiges Punktmodell zur Berechnung der Netznutzungsentgelte heranzuziehen.

VI. Fazit

Die Umsetzung des Prinzips der Nettosubstanzerhaltung im GasNEV-E folgt im Wesentlichen dem Weg, der bereits in der Stromnetzentgeltverordnung⁵² beschritten wurde. Der mit

⁴⁵ So auch der GasNEV-E, vgl. § 7 Abs. 3 GasNEV-E.

⁴⁶ So zutreffend OLG Düsseldorf, RdE 2004, 118, 120 – TEAG.

⁴⁷ Dieser bezieht sich nicht auf die Gewerbesteuer, sondern gilt das allgemeine Unternehmerwagnis ab; ausführlich hierzu oben, II. 1. a) bb) (2).

⁴⁸ Vgl. Wöhe (Fn. 25), S. 1101.

⁴⁹ Ausführlich zur Ermittlung von Bezugsgrößen im Rahmen der Kostenstellenrechnung Wöhe (Fn. 25), S. 1104 ff.

⁵⁰ Ausführlich zum Vergleichsverfahren in der Stromnetzentgeltverordnung vgl. Koenig/Schellberg, RdE 2005, 1, 5.

⁵¹ Vgl. Liebetanz, in: Obermayer, Kommentar zum VwVfG, 3. A., 1999, § 40 Rn. 63; Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 42. Lieferung, 2003, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 180 ff.; Papier, DÖV 1986, 621, 624. Ausführlich zu den Voraussetzungen eines solchen Beurteilungsspielraums der RegTP Koenig/Rasbach (Fn. 17), S. 84 ff.

⁵² Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen, abrufbar unter <<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/In>

7,8% höhere Eigenkapitalzinssatz erscheint – im Hinblick auf die periodenübergreifende Saldierung gemäß § 10 GasNEV-E – großzügig bemessen. Den Vorgaben von Erdgasbinnenmarktrichtlinie und EnWG-E wird dieses Kalkulationsmodell gerecht, von Art. 14 Abs. 1 GG ist es allemal gedeckt. Der an der Nettosubstanzerhaltung insbesondere kritisierten Intransparenz wird durch die Kopplung der Tagesneuwerte an Preisindizes gemäß § 6 Abs. 3 GasNEV-E begegnet. Zwar führt eine Realkapitalerhaltung nach dem Lücke-Theorem zu ähnlichen

Ergebnissen, ihre möglichen Vorteile sind indes nicht so eindeutig, dass der Gesetzgeber hierdurch in seinem durch die Erdgasbinnenmarktrichtlinie und Art. 14 Abs. 1 GG gedeckten Entscheidungsspielraum eingeschränkt würde.

[halte/Pdf/verordnung-ueber-entgelte_20-zugang-elektrizitaetsversorgungsnetzen,property=pdf.pdf](#)> (zuletzt abgerufen am 7.4.2005), aktuell in der Arbeitsfassung der Ausschussdrucksache 15(9) 1813 v. 15.3.2005.