



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 35/07

Verkündet am:
14. August 2008
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße

StromNEV § 6 Abs. 6 Satz 6

Bei der Stromnetzentgeltermittlung gilt das Verbot von Abschreibungen unter Null auch im Falle der Veräußerung des Netzes; der Erwerber darf deshalb - anders als im Handelsrecht - die kalkulatorische Abschreibung nur für den ursprünglich angesetzten Zeitraum fortführen.

BGH, Beschl. v. 14. August 2008 - KVR 35/07 - OLG Koblenz

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin, der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 4. Mai 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht den Genehmigungsbescheid der Landesregulierungsbehörde aufgehoben und diese zur Neubescheidung verpflichtet hat.

Die weitergehenden Rechtsbeschwerden werden zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen wird.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 1.101.099,97 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin ist ein kommunales Energieversorgungsunternehmen. Sie versorgt ihre Kunden unmittelbar mit Energie und Wasser. Daneben betreibt sie auch elektrische Verteilernetze, die sie allen Kunden zur Netznutzung zur Verfügung stellt. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 beantragte die Antragstellerin bei der zuständigen Landesregulierungsbehörde die Genehmigung von Netzentgelten. Die Landesregulierungsbehörde genehmigte - unter Ablehnung des weitergehenden Antrags - die Netzentgelte mit Bescheid vom 13. September 2006. Sie begründete dies mit Kürzungen bei den Kostenpositionen kalkulatorische Abschreibung, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer.
- 2 Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt und die Behandlung einzelner Rechnungspositionen gerügt. Unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde hat das Beschwerdegericht den Bescheid aufgehoben (OLG Koblenz ZNER 2007, 193). Es ist der Antragstellerin hinsichtlich der streitigen Position kalkulatorische Abschreibungen gefolgt und hat die Regulierungsbehörde verurteilt, die Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das Beschwerdegericht hat es aber abgelehnt, für die von der Antragstellerin 1997 gekauften Ortsnetze im Rahmen der Abschreibung höhere Werte anzusetzen. Hinsichtlich der übrigen im Streit stehenden Punkte hat das Beschwerdegericht den angefochtenen Genehmigungsbescheid bestätigt.
- 3 Gegen diese Entscheidung richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Landesregulierungsbehörde, soweit sie jeweils unterlegen sind. Die Bundesnetzagentur, die im Beschwerdeverfahren nicht beteiligt war, hat sich den Anträgen der Landesregulierungsbehörde angeschlossen.

II.

4 Die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden sind zulässig. Dies gilt auch für die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur. Wie der Senat mit Beschluss vom 13. November 2007 (BGHZ 174, 324 - Beteiligung der Bundesnetzagentur) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist die Bundesnetzagentur an dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren vor der Landesregulierungsbehörde und gemäß § 79 Abs. 2 EnWG an dem anschließenden gerichtlichen Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Damit ist die Bundesnetzagentur zugleich befugt, Rechtsbeschwerde einzulegen (§ 88 Abs. 1 EnWG). Die Ausführungen der Antragstellerin geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Soweit sie auf die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung verweist, in dem der Bundesrat die Streichung der § 66 Abs. 3, § 79 Abs. 2 EnWG vorgeschlagen hat (BR-Drucks. 12/08 (Beschluss) S. 15 ff.), ist darauf hinzuweisen, dass dieser Vorschlag - nachdem ihn die Bundesregierung unter Hinweis auf den Gesetzeszweck der Gewährleistung einheitlicher Rechtsverhältnisse in Deutschland abgelehnt hat (BT-Drucks. 16/8305, Anlage 4) - im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht weiterverfolgt wurde.

III.

5 Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragstellerin nur eine Verurteilung zur Neubescheidung erreichen kann.

6 a) In gerichtlichen Verfahren über Entgeltgenehmigungen kommt im Falle des Obsiegens des Antragstellers regelmäßig nur ein Bescheidungsausspruch in Betracht, wenn einzelne Rechnungspositionen im Streit stehen und sich die Genehmigungentscheidung der Regulierungsbehörde in einem Punkt als rechtswidrig

erweist. In diesen Fällen ist es den Gerichten in der Regel nicht möglich, unter Korrektur der einzelnen Rechnungspositionen auf konkrete Netznutzungsentgelte zu erkennen. Dies entspricht der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte, die bei komplexen Sachverhalten, insbesondere bei technischen Fragen oder bei der Berechnung von Geldbeträgen (vgl. BVerwGE 87, 288, 297), der Behörde - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts - die eigentliche Umsetzung in einen Verwaltungsakt überlassen (Jörg Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. § 113 Rdn. 39).

7 Angesichts der Materialfülle und der Komplexität der Entgeltermittlung wäre für das Gericht ein konkreter Verpflichtungsauspruch mit einem zumutbaren Aufwand kaum zu leisten. Eine solche Verurteilung widerspräche auch der Struktur der gerichtlichen Kontrolle im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren. Dessen Umfang bestimmt der Netzbetreiber als Antragsteller, der regelmäßig nur bestimmte Punkte der Entgeltberechnung zur Überprüfung durch die Gerichte stellt. Es ist daher nicht nur aus Gründen der Verfahrensökonomie, sondern auch im Hinblick auf das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers geboten, dass das Gericht den Genehmigungsantrag nicht in vollem Umfang rechnerisch nachvollziehen muss.

8 Die in solchen Verfahren regelmäßig fehlende Spruchreife betrifft ebenso auch das Rechtsbeschwerdeverfahren, soweit sich dort ein Rechtsfehler bei der Genehmigung der Netznutzungsentgelte herausstellt. Auch hier ist deshalb für den Antragsteller im Erfolgsfalle regelmäßig lediglich ein Bescheidungsauspruch erreichbar.

9 b) Das Verfahren hat sich im Hauptantrag nicht erledigt. Durch den Ablauf des Genehmigungszeitraums geht die erstrebte Genehmigung höherer Netznutzungsentgelte nicht ins Leere. Eine nach der gerichtlichen Entscheidung ergehende (erweiterte) neue Genehmigung wirkt vielmehr auf den Zeitpunkt der (eingeschränk-

ten) früheren Genehmigung zurück, nach der sich bislang die Entgelte wegen des Fehlens einer aufschiebenden Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG) der hiergegen erhobenen Beschwerde bestimmt haben. Jedenfalls von diesem Zeitpunkt an - anders kann ihr Rechtsschutzbegehren nicht verstanden werden - erstrebt die Antragstellerin eine Genehmigung höherer Höchstbeträge für ihre Netznutzungsentgelte. Eine solche Erhöhung wäre für sie nicht sinnlos, weil sie - hiervon ist jedenfalls auf der Grundlage der Feststellungen des Beschwerdegerichts auszugehen - die höheren Höchstbeträge gegenüber den Netznutzern wird durchsetzen können. Selbst wenn in dem Rechtsverhältnis zu dem einzelnen Netznutzer keine Möglichkeit zu einer rückwirkenden Entgeltkorrektur bestehen sollte, dürfte die Antragstellerin die ihr rechtswidrig vorenthaltenen Entgelte jedenfalls im Wege einer periodischen Saldierung nach §§ 9, 11 StromNEV in Ansatz bringen, um sie in der nächsten Kalkulationsperiode in die Entgeltberechnung einfließen zu lassen. Die begehrte Entscheidung entfaltet gegenüber der Antragstellerin demnach in jedem Falle noch eine unmittelbare Regelungswirkung (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.1997 - 1 C 15/96, NVwZ 1998, 191, 192; Urt. v. 29.9.1998 - 1 C 14/97, NVwZ 1999, 306).

- 10 Damit besteht für die Antragstellerin auch das Rechtsschutzinteresse für eine Entscheidung in der Sache fort (vgl. BVerwGE 59, 23, 25). Dass ihrem Begehren nur durch einen Bescheidungsausspruch entsprochen werden kann, es mithin also für den bereits abgelaufenen Genehmigungszeitraum eines nochmaligen Verwaltungsakts bedarf, ist hier durch die besondere Verfahrenssituation bedingt. Dies lässt aber nicht das Rechtsschutzinteresse für eine - auch einen bereits abgeschlossenen Zeitraum betreffende - Neubescheidung der Antragstellerin entfallen (vgl. BVerwG NVwZ 1999, 306, 308).

IV.

- 11 Die Rechtsbeschwerden haben in der Sache teilweise Erfolg.

12 1. Verlustenergie (§ 10 StromNEV)

13 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist begründet, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wendet, als Kosten der sogenannten Verlustenergie nach § 10 StromNEV seien ausschließlich die tatsächlichen Kosten des abgelaufenen Kalenderjahres anzusetzen, während gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV nicht berücksichtigt werden dürften.

14 a) Das Beschwerdegericht hat dies damit begründet, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV eine abschließende Regelung darstelle, die § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV verdränge.

15 b) Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

16 Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV können die tatsächlichen Kosten der Beschaffung der Verlustenergie im abgelaufenen Kalenderjahr in Ansatz gebracht werden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine abschließende Regelung. Vielmehr verbleibt es bei der allgemeinen Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV, wonach die Berücksichtigung gesicherter Erkenntnisse über das Planjahr nicht ausgeschlossen ist.

17 Aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV folgt nicht, dass es sich bei dieser Vorschrift im Verhältnis zu § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV um eine abschließende Sonderregelung handelt. Vielmehr enthält die Norm lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 1 StromNEV, dass es für die Kosten der Verlustenergie auf die Beschaffungskosten ankommen soll.

- 18 Für eine Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV spricht vor allem eine systematische Auslegung der Vorschriften. Der Standort dieser Regelung in Teil 1 "Allgemeine Bestimmungen" der Stromnetzentgeltverordnung zeigt, dass sie allgemein für die Berechnung der Netzkosten nach §§ 4 bis 11 StromNEV gelten soll. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 3 Abs. 1 Satz 1 StromNEV die Netzkosten nach §§ 4 bis 11 StromNEV ausdrücklich in Bezug nimmt und § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 1 StromNEV allgemein von der Ermittlung der Kosten spricht. Demgegenüber lässt sich den Regelungen der § 3 Abs. 1, § 10 StromNEV kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV eine abschließende Sonderregelung sein soll.
- 19 Für einen entsprechenden Willen des Ordnungsgebers geben - entgegen der Auffassung der Landesregulierungsbehörde - auch die Materialien nichts her. Nach dem Verordnungsentwurf der Bundesregierung stimmten die allgemeinen Berechnungsgrundsätze des § 3 StromNEV-Entwurf mit den speziellen Maßgaben für die Verlustenergie in § 10 StromNEV-Entwurf noch überein, nach denen allein die Ist-Daten des abgelaufenen Geschäfts- bzw. Kalenderjahres maßgeblich sein sollten (vgl. BR-Drucks. 245/05). Erst im Laufe des Ordnungsgebungsverfahrens kam es zur Einfügung des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV (vgl. BR-Drucks. 245/1/05 S. 38 und BR-Drucks. 245/05 (Beschluss) S. 36), ohne dass den Materialien etwas über das Verhältnis des § 10 Abs. 1 Satz 2 zu § 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV zu entnehmen ist. Daraus lässt sich aber nur der Schluss ziehen, dass es bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmung des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV auch im Rahmen des § 10 StromNEV bleiben sollte.
- 20 Bei der Ermittlung der Beschaffungskosten der Verlustenergie gebietet auch der Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV die Berücksichtigung von Erkenntnissen über das Planjahr. Die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV beruht auf der Erwägung, dass der Netzentgeltermittlung grundsätzlich

aktuelle Daten zugrunde zu legen sind. Insoweit konkretisiert diese Regelung das Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1 EnWG. Eine Entgeltkontrolle würde nicht mehr zu angemessenen Ergebnissen führen und den Netzbetreiber ohne sachlichen Grund benachteiligen, wenn die Regulierungsbehörde von Kalkulationsgrundlagen auszugehen hätte, die ersichtlich unzutreffend sind, obwohl gesicherte Erkenntnisse für das Planjahr vorliegen.

21 c) Da das Beschwerdegericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht überprüft hat, inwieweit gesicherte Erkenntnisse über höhere Kosten von Verlustenergie bestanden haben, wird es diese Feststellungen nachzuholen haben.

22 2. Kalkulatorische Abschreibungen (§ 32 Abs. 3 StromNEV)

23 Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass bei der Bestimmung der Nutzungsperioden für die Restwertermittlung nach § 32 Abs. 3 StromNEV nicht die Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV, sondern - als Auffangregelung - diejenige des § 32 Abs. 3 Satz 4 StromNEV Anwendung finde. Zwar sei die Antragstellerin vor Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung dem Anwendungsbereich der Bundestarifordnung Elektrizität unterworfen gewesen. Es sei aber nicht festzustellen, dass sie von ihren Kunden auch kostenbasierte Preise gefordert habe. Eine Prüfung der individuellen Kosten- und Erlöslage der Antragstellerin habe im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens nicht stattgefunden.

24 Dies greifen die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörde zu Recht an. Die Voraussetzungen der Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV sind erfüllt.

25 a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, dass die Berechnung der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens nicht gemäß § 32 Abs. 3 Satz 2 StromNEV erfolgen kann, weil im Streitfall - was

das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat und von den Beteiligten auch nicht angegriffen wird - die tatsächlich zugrunde gelegten Nutzungsperioden nicht festzustellen sind.

26 b) Rechtsfehlerhaft hat das Beschwerdegericht aber die Anwendbarkeit der Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV verneint.

27 Die Vermutung nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV findet Anwendung, soweit vor dem Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung bei der Stromtarifbildung nach der Bundestarifordnung Elektrizität Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes zu berücksichtigen waren und von Dritten gefordert wurden. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

28 aa) Vor Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung waren die Stromtarife der Antragstellerin nach der jeweils gültigen Fassung der Bundestarifordnung Elektrizität zu bilden.

29 (1) Unter "Bundestarifordnung Elektrizität" i.S. des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV sind die am 1. Januar 1974 in Kraft getretene Bundestarifordnung Elektrizität (im Folgenden: BTOElt) vom 26. November 1971 (BGBl. I S. 1865), geändert durch die Verordnungen vom 14. November 1973 (BGBl. I S. 1667) und vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122), und deren am 1. Januar 1990 in Kraft getretene Neufassung vom 18. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2255) zu verstehen. Entscheidend ist allein, ob nach der jeweils gültigen Bundestarifordnung - wie bereits nach deren Vorgängerregelung in § 2 Abs. 2 der Tarifordnung für elektrische Energie vom 25. Juli 1938 (RGBl. I S. 915) - eine kostenbasierte Tarifbildung vorzunehmen war. Dies ist der Fall. Sowohl § 3 Abs. 4 Satz 3 BTOElt 1974 und § 12a Abs. 2 Ziffer 1 BTOElt 1980 als auch § 12 Abs. 1 BTOElt 1989 haben die Genehmigung der Entgelte von dem Nachweis abhängig gemacht, dass eine Verbesserung der Erlöse in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage erforderlich ist. Eine Beschränkung

der Anwendbarkeit des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV auf den Geltungszeitraum der zuletzt gültigen Fassung der Bundestarifordnung Elektrizität ist § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nicht zu entnehmen.

30 (2) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es unerheblich, ob die Netzkosten bei der Preisbildung der Netzentgelte der Antragstellerin tatsächlich berücksichtigt worden sind. Nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV kommt es allein darauf an, dass die Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes - wie dies für die Antragstellerin der Fall war - bei der Tarifbildung zu berücksichtigen waren. Die Vorschrift fordert gerade nicht, dass die Kosten bei der Tarifbildung auch tatsächlich berücksichtigt wurden. Grund hierfür ist die vom Verordnungsgeber beabsichtigte möglichst einfache Feststellung der Voraussetzungen der Vermutungsregelung. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn dafür ein hoher Aufklärungsaufwand erforderlich wäre. Deshalb kommt dem Umstand, ob und inwieweit die Kostenstruktur der Antragstellerin - oder nur die des Verteilnetzbetreibers - Gegenstand des Tarifgenehmigungsverfahrens war, keine Bedeutung zu.

31 (3) Schließlich steht der Anwendbarkeit der Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nicht entgegen, dass nach § 12a BTOElt 1980 bzw. § 12 BTOElt 1989 die Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes lediglich bei der Bildung der Entgelte für den Tarifikundenbereich zu berücksichtigen waren. Der Bestimmung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV kann nicht entnommen werden, dass die Vermutung nicht eingreifen soll, wenn durch das Netz auch Sonderkunden versorgt werden. Andernfalls hätte die Vorschrift nahezu keinen Anwendungsbereich.

32 bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Antragstellerin kostenbasierte Preise i.S. von § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV auch von Dritten gefordert.

- 33 (1) Anders als die Antragstellerin meint, hat das Beschwerdegericht nicht die Feststellung getroffen, dass sie in der Vergangenheit keine kostenbasierten Preise i.S. des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV von Dritten gefordert habe und deshalb eine Anwendbarkeit dieser Vermutungsregelung ausscheide. Vielmehr hat es diese Frage nach Ausschöpfung der im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes gebotenen Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung nicht zweifelsfrei zu beantworten vermocht und von einer weiteren Aufklärung abgesehen.
- 34 (2) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedarf es für die Anwendung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV keiner Prüfung, ob diese Annahme berechtigt war oder ob, wie teilweise angenommen wird (vgl. OVG Münster RdE 1986, 145, 146 f.), die so erteilte Genehmigung wegen fehlerhaft ermittelter Abschreibungswerte rechtswidrig war. Schon nach dem Wortlaut der Bestimmung ist für deren Anwendung nicht entscheidend, ob die Netzkosten aufgrund der jeweils zulässigen Abschreibungsdauern ermittelt wurden. Entscheidend ist allein, ob das Tarifgenehmigungsverfahren nach der Bundestarifordnung Elektrizität Anwendung fand und ob die so genehmigten Tarife von Dritten gefordert wurden. Dabei ist auch unerheblich, dass die Genehmigung in einem Sammelantragsverfahren erteilt und für sämtliche Antragsteller ein gemeinsames Preisblatt genehmigt wurde. Jedenfalls stellte dieses Verfahren - ungeachtet der Prüfungsdichte im Einzelfall - ein auf den einzelnen Netzbetreiber bezogenes Genehmigungsverfahren dar.
- 35 Für diese Auslegung sprechen auch Sinn und Zweck der Vorschrift. § 32 Abs. 3 StromNEV soll vermeiden, dass die Abschreibungen, die bereits in der Vergangenheit in die Preise einkalkuliert waren, nochmals in die Berechnung der zukünftigen Kosten einfließen. Sie dient damit der Einhaltung des in § 6 Abs. 6 Satz 6 und Abs. 7 StromNEV normierten Verbots einer Abschreibung unter Null. In Fällen, in denen in der Vergangenheit bei der Stromtarifbildung nach der Bundestarifordnung Elektrizität Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes zu berücksichtigen waren und die so genehmigten Tarife von Dritten gefordert wurden, ist die Annahme

gerechtfertigt, dass auch der innerbetrieblichen Kalkulation die nach den Verwaltungsvorschriften der Länder zur Darstellung der Kosten- und Erlöslage im Tarifgenehmigungsverfahren jeweils zulässigen Nutzungsperioden zugrunde gelegt worden sind. Diesem Gedanken trägt § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV Rechnung. Eine Überprüfung der Genehmigungsbescheide liefe dem Zweck der Vermutung zuwider, das Verfahren zu vereinfachen.

36 c) Nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV wird vermutet, dass die nach den Verwaltungsvorschriften der Länder zur Darstellung der Kosten- und Erlöslage im Tarifgenehmigungsverfahren jeweils zulässigen Nutzungsperioden der Ermittlung der Kosten zugrunde gelegt worden sind. Bei der Bundesarbeitsanleitung 1981 und der Arbeitsanleitung Rheinland-Pfalz 1992, die die Landesregulierungsbehörde hier angewendet hat, handelt es sich um solche Verwaltungsvorschriften.

37 aa) Der Begriff der Verwaltungsvorschriften ist nach Sinn und Zweck der Bestimmung weit auszulegen. Er umfasst nicht nur die Verwaltungsvorschriften im engeren rechtstechnischen Sinne, also abstrakt-generelle Anordnungen einer Behörde an nachgeordnete Behörden oder eines Vorgesetzten an die ihm unterstellten Verwaltungsbediensteten (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 24 Rdn. 1). Vielmehr unterfallen dem Begriff der Verwaltungsvorschriften i.S. von § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV alle abstrakt-generellen Regelungen unterhalb der Gesetzes- und Verordnungsebene, welche die Genehmigungsbehörde im Genehmigungsverfahren angewandt hat. Denn nicht nur in dem Fall, in dem die zulässigen Nutzungsperioden in Verwaltungsvorschriften im engeren Sinne niedergelegt sind, sondern auch dann, wenn sich die zulässigen Nutzungsperioden aus einer zur Selbstbindung der Verwaltung führenden abstrakt-generellen Regelung ergeben, ist die Annahme gerechtfertigt, dass diese im Genehmigungsverfahren und bei der betrieblichen Kalkulation des Netzbetreibers zugrunde gelegt wurden. Dementsprechend wurde die Arbeitsanleitung 1981 in der Literatur als "ein als Verwaltungsvor-

schrift eingeführtes Hilfsmittel bei der Ausführung der BTOElt" bezeichnet (Badura, in Badura/Kern, Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a BTOElt, S. 15).

- 38 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich eine Beschränkung auf Verwaltungsvorschriften im rechtstechnischen Sinne auch nicht aus dem Umstand, dass die nach § 12 Abs. 3 Satz 4 BTOElt 1989 vorgesehenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften lediglich in das Entwurfsstadium gelangt sind und keine einheitliche Praxis der Bundesländer bei der Anwendung der Bundestarifordnung für Elektrizität bestand (vgl. Salje, RdE 2006, 253). Dieser heterogenen Praxis hat der Verordnungsgeber dadurch Rechnung getragen, dass er in § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV auf die jeweils geltenden Verwaltungsvorschriften verweist und diese damit in den Anwendungsbereich der Vermutungsregelung aufgenommen hat. Verlangte man demgegenüber für deren Anwendbarkeit Verwaltungsvorschriften im rechtstechnischen Sinne, würde dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen Unternehmen im Geltungsbereich einer Verwaltungsvorschrift und Unternehmen im Geltungsbereich einer Arbeitsanleitung führen.
- 39 cc) Schließlich steht der Maßgeblichkeit der von der Landesregulierungsbehörde angewendeten Arbeitsanleitungen auch nicht entgegen, dass diese - wie die Antragstellerin meint - nicht förmlich in Kraft gesetzt worden sind.
- 40 Allerdings könnte zweifelhaft sein, ob die Veröffentlichung der Bundesarbeitsanleitung 1981 und der Arbeitsanleitung Rheinland-Pfalz 1992 dem auch für die Bekanntgabe von Verwaltungsvorschriften geltenden Grundsatz der Rechtsklarheit entspricht. Die Landesregulierungsbehörde verweist insoweit nicht auf ein amtliches Veröffentlichungsblatt oder Ähnliches, sondern lediglich auf den Abdruck der Arbeitsanleitungen im energiewirtschaftlichen Schrifttum (vgl. etwa für die Bundesarbeitsanleitung 1981: Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, 1995, III B, Anhang 1 zu § 12 BTOElt; Danner/Theobald, Ener-

gierecht, Bd. 1, EnPrR III C 1.2; für die Arbeitsanleitung Rheinland-Pfalz 1992: Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, 6. Aufl., S. 841).

41 Für die Anwendbarkeit des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV bedarf diese Frage jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Hielte man die Veröffentlichung der Arbeitsanleitungen für nicht ausreichend, würde dies nicht zur Anwendung der Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 4 StromNEV führen, weil deren Voraussetzungen nicht gegeben sind. Da es sich bei der ordnungsgemäßen Veröffentlichung der Arbeitsanleitungen nicht um eine Tatbestandsvoraussetzung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV handelt, verbleibt es im Grundsatz bei dessen Anwendbarkeit. Nach dem Willen des Ordnungsgebers sollten in diesem Fall die nach der jeweiligen Verwaltungspraxis veranschlagten Nutzungsperioden für die Berechnung des kalkulatorischen Restwertes des Sachanlagevermögens maßgebend sein. Aufgrund der Selbstbindung der Preisaufsichtsbehörden wären mithin in jedem Fall die sich aus den einschlägigen Arbeitsanleitungen ergebenden Nutzungsperioden zugrunde zu legen, im Streitfall somit die sich aus der Bundesarbeitsanleitung 1981 und aus der Arbeitsanleitung Rheinland-Pfalz 1992 ergebenden Nutzungsperioden.

42 d) Die Vermutungsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV ist auf die gesamte Abschreibung anzuwenden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist sie nicht dahin (einschränkend) auszulegen, dass bei Sachanlagen, die sowohl für die Versorgung der Tarifkunden als auch für die Versorgung der Sondervertragskunden benötigt wurden, eine Abschreibung nach den in § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV maßgeblichen Nutzungsperioden nur anteilig, nämlich im Verhältnis der an Tarifkunden einerseits und an Sondervertragskunden andererseits gelieferten Strommengen, erfolgen soll. Hierfür gibt § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nichts her. Hätte der Ordnungsgeber nur die Berücksichtigung der mit der Versorgung der Tarifkunden verbundenen Kosten gewollt, hätte es nahegelegen, dies in § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV ausdrücklich zu regeln, zumal sowohl § 3 Abs. 4 Satz 3 BTOElt

1974 und § 12a BTOElt 1980 als auch § 12 BTOElt 1989 auf die "gesamte Kosten- und Erlöslage der Elektrizitätsversorgung" abstellten. Schließlich laufen gespaltene Nutzungsperioden einheitlicher Wirtschaftsgüter dem Zweck der § 32 Abs. 3 Satz 3 EnWG zuwider, die Ermittlung der jeweiligen Nutzungsdauer zu vereinfachen (Salje, Abschreibung des Sachanlagevermögens nach § 32 StromNEV, S. 33). Ob für solche Sachanlagegüter, die nicht für die Versorgung der Tarifkundenversorgung eingesetzt wurden, anderes zu gelten hat (so Salje, RdE 2006, 253, 256), bedarf keiner Entscheidung, weil das Vorhandensein entsprechender Anlagen nicht festgestellt ist.

43 e) Die Antragstellerin kann der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte nicht den Kaufpreis für sechs 1997 erworbene Ortsteilnetze als damaligen Sachzeitwert zugrunde legen.

44 aa) Das Beschwerdegericht ist diesem Berechnungsansatz der Antragstellerin nicht gefolgt. Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 StromNEV komme es auf die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten an, die bei den fremdfinanzierten Altanlagen zugrunde zu legen seien. Andernfalls werde das Verbot einer Abschreibung unter Null nach § 6 Abs. 6 Satz 6 StromNEV umgangen. Diese Auslegung gelte für jede Form der Übernahme von Netzanlagen. Eine Korrektur dieser Ergebnisse komme weder im Blick auf § 21 EnWG oder Art. 14 GG noch auf das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Rückwirkungsverbot in Betracht.

45 bb) Die Ausführungen des Beschwerdegerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

46 (1) Aus dem Zusammenhang der Regelungen des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV ergibt sich die Richtigkeit des Berechnungsansatzes der Landesregulierungsbehörde.

- 47 Nach § 6 Abs. 6 StromNEV dürfen die Abschreibungsgrundlagen nicht geändert werden. Das bedeutet, dass das Abschreibungsobjekt nur einmal und ohne Erhöhung der Kalkulationsgrundlage abgeschrieben werden kann. Weiterhin darf keine Abschreibung unter Null erfolgen (§ 6 Abs. 6 Satz 6 StromNEV). Dies wäre aber die Folge, wenn nicht der ursprüngliche Anschaffungspreis, sondern ein im Rahmen eines Kaufs anzusetzender höherer Sachzeitwert angesetzt würde.
- 48 Der Regelung des § 6 Abs. 7 StromNEV stellt ausdrücklich klar, dass dieses Verbot einer Abschreibung unter Null auch im Fall eines Eigentümerwechsels gilt. Damit wird insbesondere bei einem Verkauf eine Veränderung der Abschreibungsgrundlage explizit ausgeschlossen. Eine solche Veränderung läge vor, wenn die im Zeitpunkt des Verkaufs bestehenden Sachzeitwerte anstelle der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angesetzt würden. Die Regelung des § 6 Abs. 7 StromNEV ist ausdrücklich weit gefasst, um alle denkbaren Formen eines Betreiberwechsels des Stromnetzes (Übereignung, Leasing, Pacht) einzubeziehen. Die Auffassung der Antragstellerin, die Vorschrift könne nur für Verschiebungen innerhalb eines Konzerns gelten, findet weder in dem Normtext des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV noch in der Begründung der Vorschrift eine Grundlage. Vielmehr ergibt sich aus der Begründung unmissverständlich, dass eventuell auf Eigentumsübertragungen zurückgehende abweichende handelsrechtliche Um- und Neubewertungen außer Betracht bleiben müssen (BR-Drucks 245/05 S. 35).
- 49 (2) Aus der von der Antragstellerin in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. November 1999 (BGHZ 143, 128 ff. - Endschäftsbestimmung) folgt nichts anderes. Diese Entscheidung betrifft eine Endschäftsbestimmung in einem Konzessionsvertrag über Netzanlagen. Dort ging es um die Frage, inwiefern die Höhe einer Ablösezahlung insbesondere aus kartellrechtlichen Gründen beschränkt sein kann. Der Senat hat hierzu ausgeführt, dass der Sachzeitwert des Netzes dann nicht angesetzt werden dürfe, wenn er den Ertragswert nicht unerheblich übersteige. Diese Entscheidung behandelt eine gänzlich andere

Sachverhaltskonstellation als der vorliegende Fall. Die dort getroffenen Aussagen sind deshalb - auch wegen des mit dem Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung verbundenen Systemwechsels - nicht auf die kalkulatorische Bemessung von Netznutzungsentgelten zu übertragen.

50 cc) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist dieses Auslegungsergebnis nicht aufgrund übergeordneter Normen zu korrigieren.

51 (1) Das Ergebnis verstößt insbesondere nicht gegen das Gebot angemessener Preise nach § 21 Abs. 2 EnWG. Dass die Netzentgelte i.S. des § 21 EnWG nicht mehr angemessen seien, lässt sich nicht anhand einer einzelnen Rechnungsposition beurteilen, sondern bedarf immer einer Gesamtbetrachtung. Dass die Netzentgelte danach nicht mehr angemessen sein könnten, ist nicht zu erkennen.

52 (2) Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich gleichfalls nicht. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ist nicht verletzt, weil zukünftige Gewinnerwartungen, um die es bei Netznutzungsentgelten geht, nicht von dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie umfasst sind (BVerfGE 68, 193, 122; 105, 252, 277). Das Rückwirkungsverbot ist schon deshalb nicht berührt, weil die Neuregelung der Netznutzungsentgelte allein in die Zukunft reicht. Inwieweit diese Neuregelung den Netzkauf im Jahre 1997 beeinflussen konnte, ist nicht ersichtlich. Eine unzulässige unechte Rückwirkung, mithin ein nachträglicher unzumutbarer Eingriff in einen noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt aus der Vergangenheit (vgl. BVerfGE 63, 152, 175; 88, 384, 406 ff.), liegt gleichfalls nicht vor. Der Erwerber des Netzes konnte nicht darauf vertrauen, dass er im Rahmen der Entgeltregulierung ein bereits abgeschriebenes Netz - zu Lasten der Stromkunden - noch einmal würde abschreiben können.

53 (3) Der Senat verkennt nicht, dass sich für den Netzbetreiber im Einzelfall Härten ergeben können, wenn er Netze erworben hat, die bereits vollständig abge-

schrieben sind, und sein eingesetztes Kapital nicht mehr verzinst werden kann. Allenfalls kann aber im Einzelfall eine Korrektur des nach §§ 6, 7 StromNEV ermittelten kalkulatorischen Ansatzes in Betracht kommen, wenn die Verzinsung für das Netz deshalb insgesamt nicht mehr angemessen erscheint. Dies setzt voraus, dass der Netzbetreiber - bezogen auf das gesamte Netz - darlegt, wie viel Kapital er eingesetzt hat, was er seither über die Netzentgelte verdient hat und inwieweit sich für ihn nunmehr unter Anwendung der §§ 6, 7 StromNEV eine Deckungslücke ergibt. Sollte sich hieraus ein unzumutbar geringer Ertrag für die Nutzung seines Netzes ergeben, könnte eine Korrektur nach § 21 Abs. 2 EnWG in Betracht zu ziehen sein, um dem Netzbetreiber eine angemessene und wettbewerbsfähige Verzinsung zu sichern. Im Streitfall ist für eine entsprechende konkrete Härte nichts ersichtlich.

54 3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung (§ 7 StromNEV)

55 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist hinsichtlich der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 StromNEV (in der bis zum 5. November 2007 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.) unbegründet.

56 a) Das Beschwerdegericht nimmt - insoweit der Auffassung der Landesregulierungsbehörde folgend - eine Berechnung in vier Schritten vor: Nach einer Ermittlung der auf höchstens 40% begrenzten kalkulatorischen Eigenkapitalquote (§ 6 Abs. 2 Sätze 3 und 4 StromNEV) in einem ersten Schritt folge in einem zweiten Schritt die Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals (§ 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV a.F.). Sodann sei aus dem nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 StromNEV a.F. ermittelten Gesamtbetrag in einem dritten Schritt das die zugelassene Eigenkapitalquote von 40% übersteigende Eigenkapital (§ 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F.) zu bestimmen, bevor - in einem vierten Schritt - die Zinsen für die jeweiligen Eigenkapitalsummen, d.h. jeweils aus dem unter und dem über der 40%-Grenze liegenden Betrag, zu errechnen seien (zu der Berechnungsweise im Einzelnen vgl. etwa OLG Bamberg VersorgW 2008, 30, 36).

- 57 b) Diese Auffassung des Beschwerdegerichts ist frei von Rechtsfehlern. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die zweimalige Anwendung der für die Berechnung von Netzentgelten zugelassenen Eigenkapitalquote von 40% (sog. doppelte Deckelung) nicht zu beanstanden.
- 58 aa) § 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV a.F., der das betriebsnotwendige Eigenkapital definiert und dabei festlegt, dass im Ausgangspunkt die Summe der in den Nummern 1 bis 4 zusammengestellten Werte zu ermitteln ist, enthält unmittelbar nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass bei der Anwendung der Nummern 1 und 2 für die vorgeschriebene Multiplikation mit der Fremdkapitalquote (Nr. 1) bzw. mit der Eigenkapitalquote (Nr. 2) die tatsächlichen Quoten in Ansatz zu bringen sein sollen. Im Gegenteil: Der Auflistung in den Nummern 1 bis 4 ist - gleichsam wie vor die Klammer gezogen - ausdrücklich die Klausel "unter Berücksichtigung der Eigenkapitalquote nach § 6 Abs. 2" vorangestellt. Bestandteil der Regelung in § 6 Abs. 2 StromNEV ist aber auch dessen Satz 4, der - im Anschluss an die rechnerische Definition der tatsächlichen Eigenkapitalquote in Satz 3 die anzusetzende (zulässige) Eigenkapitalquote auf 40% beschränkt. Dieser Satz 4 des § 6 Abs. 2 StromNEV ist von der Bezugnahme auf "§ 6 Abs. 2" in § 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV a.F. nicht ausgenommen. Gründe, warum er gleichwohl bei der Anwendung der Nummern 1 und 2 außer Betracht zu bleiben hätte, sind nicht ersichtlich.
- 59 Es spricht auch nichts dafür, bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. das Eigenkapital anders zu ermitteln, als in Satz 2 der Norm festgelegt, und insofern die Beschränkung auf die zulässige Eigenkapitalquote im Rahmen der Nummern 1 und 2 außer Ansatz zu lassen. Mit seiner Regelung zur Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals nimmt § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F., soweit er an den Begriff des Eigenkapitals anknüpft, in naheliegender Weise auf die Begriffsbestimmung in Satz 2 und damit auch auf dessen - den Nummern 1 bis 4 vorangestellte - Be-

schränkung Bezug. Anhaltspunkte dafür, dass der unmittelbar auf Satz 2 folgende und inhaltlich an ihn anknüpfende Satz 3 des § 7 Abs. 1 StromNEV a.F. von einem anderen Begriff des Eigenkapitals ausgehen könnte, lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen.

60 Die Auffassung der Antragstellerin, dass bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. die 40%-Deckelung des § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV bei der Berechnung der Werte gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StromNEV a.F. außer Ansatz zu bleiben hätte, ist mit § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV kaum in Einklang zu bringen. Danach gilt die kalkulatorische Begrenzung der anzusetzenden Eigenkapitalquote auf 40% ohne jede Einschränkung "für die Berechnung der Netzentgelte". Sie gilt also nicht nur für die kalkulatorische Abschreibung, die unmittelbarer Regelungsgegenstand des § 6 StromNEV ist, sondern umfassend für die Anwendung der §§ 4 ff. StromNEV.

61 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin gebietet auch die Entstehungsgeschichte der Stromnetzentgeltverordnung kein anderes Verständnis des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. Die Begründung des Regierungsentwurfs zu dieser Norm (BR-Drucks. 245/05 S. 35) beschränkt sich auf eine abstrakte Darstellung des § 7 Abs. 1 und 2 StromNEV a.F. Die Verordnungsmaterialien geben insbesondere nichts dafür her, dass der Ordnungsgeber an die anderslautenden Regelungen der Verbändevereinbarung Strom II plus hat anknüpfen wollen. Im Gegenteil spricht gegen einen solchen Willen des Ordnungsgebers die mit der Verordnung zum Erlass und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung vom 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529) erfolgte Änderung des § 7 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV a.F., wonach nunmehr der an die Stelle des bisherigen Satzes 3 getretene Satz 5 die von der Landesregulierungsbehörde vorgenommene "doppelte Deckelung" ausdrücklich vorsieht. Diese nach der Begründung des Bundesrates "redaktionelle Änderung" soll klarstellen, dass die 40%-Quote für jedwedem in der Stromnetzentgeltverordnung definierte Eigenkapital gelten soll, also

auch für die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung des § 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV a.F. (BR-Drucks. 417/07 (Beschluss) S. 20).

62 Aufgrund dessen widerspricht die Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 StromNEV a.F. auch nicht dem von der Antragstellerin dem Ordnungsgeber unterstellten Willen, die Bewertung von Alt- und Neuanlagen nicht ungleich zu behandeln. Den Materialien lässt sich für einen solchen Willen nichts entnehmen. Aus der Änderung des § 7 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV a.F. folgt das Gegenteil.

63 cc) Schließlich spricht auch der Normzweck des § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV für die von der Landesregulierungsbehörde durchgeführte Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung.

64 Sinn und Zweck der Deckelung ist es, ein überhöhtes Eigenkapital kalkulatorisch nur beschränkt wirksam werden zu lassen. Eines der Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes, das durch die Regulierung erreicht werden soll, ist nach § 1 Abs. 1 EnWG die Schaffung einer preisgünstigen Energieversorgung. Zudem soll mit der Regulierung ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb bei der Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas sichergestellt werden (§ 1 Abs. 2 EnWG).

65 Ein hoher Eigenkapitalanteil gilt als Indiz für unzureichenden Wettbewerb (vgl. Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19. April 2001, S. 27 ff., 33, veröffentlicht unter www.bundeskartellamt.de) und ist damit nach der Vorstellung des Gesetz- und Ordnungsgebers nur bedingt schützenswert. Hintergrund der Begrenzung nach § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV, die bereits der Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung vom 10./11. Juni 1997 (vgl. Abschnitt F Ziffer 3, abgedruckt in Danner/Theobald, Energierecht, Stand: Juli 2007, EnPrR III C 1.3, und Ziffer II 3 a der Begründung, abgedruckt in Danner/Theobald aaO, EnPrR III C 1.4) und der Verbändevereinbarung Strom II plus zugrunde lag, ist

die Überlegung, dass es nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheint, langfristig eine höhere Eigenkapitalquote als 40% aufzuweisen (vgl. BKartA ZNER 2003, 145). Der Ordnungsgeber geht daher davon aus, dass sich 40% übersteigende Eigenkapitalanteile unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würden.

66 Diese Zielrichtung des § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV kann nur durch eine Anwendung der Deckelung auch im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. erreicht werden. Eine Berücksichtigung der zulässigen Eigenkapitalquote lediglich bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 StromNEV a.F. würde bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung zu höheren absoluten Beträgen führen, als dies bei einem funktionierenden Wettbewerb der Fall wäre. Dies widerspricht aber dem Ziel des § 6 Abs. 2 Satz 4 StromNEV, Eigenkapital, das sich in einem funktionierenden Wettbewerb nicht gebildet hätte, nur in einem begrenzten Maß zu berücksichtigen.

67 dd) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin steht dieser Auslegung nicht das Prinzip der Nettosubstanzerhaltung entgegen, von dem sich der Ordnungsgeber in Bezug auf Altanlagen hat leiten lassen (vgl. BR-Drucks. 245/05 S. 32, BR-Drucks. 245/05 (Beschluss) S. 36). Die zweifache Anwendung der 40%-Deckelung bei § 7 Abs. 1 StromNEV a.F. führt nicht dazu, dass Bestandteile des tatsächlich eingesetzten Eigenkapitals nicht verzinst werden. Die vermeintliche "Verzinsungslücke" entsteht allein durch die unterschiedliche Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten einerseits und zu Tagesneuwerten andererseits. Da für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 StromNEV allein die dortigen Bewertungsgrundsätze maßgeblich sind, ist die von der Antragstellerin angestellte Vergleichsbetrachtung auf der Grundlage der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten ohne Bedeutung.

- 68 ee) Nichts anderes folgt auch aus der u.a. durch Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 4, Art. 9 lit. a bis d, Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. Nr. L 176 S. 37) vorgegebenen und in § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG in nationales Recht umgesetzten Zielsetzung einer sicheren Energieversorgung. Zum einen handelt es sich hierbei nur um eines von mehreren Einzelzielen, die keine Rangfolge aufweisen und im Falle eines Zielkonflikts in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen (vgl. Salje, EnWG, § 1 Rdn. 58). Das Ziel einer sicheren Energieversorgung kann daher in ein Spannungsverhältnis zu dem in Art. 3 Abs. 1, Art. 23 Abs. 1 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie bzw. § 1 Abs. 1, § 21 Abs. 2 EnWG niedergelegten Ziel der Errichtung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes treten (vgl. BT-Drucks. 15/3917 S. 60). Zum anderen ist der wettbewerbsorientierte Elektrizitätsmarkt das Mittel, mit dem Gesetz- und Verordnungsgeber eine sichere Energieversorgung gewährleisten wollen. Der den Maßstab für eine effiziente Betriebsführung bildende fiktive Wettbewerbsmarkt ist daher ein Markt, auf dem die Wettbewerber diejenigen Leistungen anbieten, die eine sichere Versorgung der Verbraucher mit elektrischer Energie gewährleisten (vgl. BGH, Beschl. v. 29.4.2008 - KVR 28/07, juris Tz. 13 - EDIFACT).
- 69 ff) Die doppelte Deckelung stellt auch keinen eigentumsrechtlich relevanten Eingriff in die Finanzausstattung der Antragstellerin dar. Die Eigentumsgarantie soll dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern. Sie schützt den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. Eine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht. Art. 14 Abs. 1 GG erfasst nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten (BVerfGE 68, 193, 222; 105, 252, 277). Bei der Festsetzung der Netznutzungsentgelte geht es

um künftige Gewinnerwartungen, die nicht in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG fallen.

70 Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ergibt sich keine andere Bewertung. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offengelassen, ob und inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als tatsächliche Zusammenfassung der zum Vermögen eines Unternehmens gehörenden Sachen und Rechte in eigenständiger Weise von der Gewährleistung der Eigentumsgarantie erfasst wird (vgl. BVerfGE 51, 193, 221 f.; 68, 193, 222 f.; 105, 252, 277). Diese Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung. Zwar sind auch bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten für ein Unternehmen von erheblicher Bedeutung. Sie werden aber vom Grundgesetz eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet (vgl. BVerfGE 68, 193, 222 f.; 77, 84, 118; 81, 208, 227 f.; 105, 252, 277).

71 4. Kalkulatorische Gewerbesteuer (§ 8 StromNEV)

72 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin bleibt auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer durch die Landesregulierungsbehörde wendet. Dies betrifft sowohl die Nichtanerkennung der tatsächlich gezahlten Gewerbesteuer (hierzu unter a) als auch die Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst (hierzu unter b).

73 a) Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Gewerbesteuer lediglich als kalkulatorische Kostenposition nach § 8 StromNEV in Ansatz gebracht werden kann und eine Berücksichtigung der tatsächlich angefallenen Gewerbesteuer nach § 5 Abs. 1 StromNEV ausgeschlossen ist. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin han-

delt es sich bei § 8 StromNEV um eine abschließende Sonderregelung, die einen Rückgriff auf die Vorschrift des § 5 Abs. 1 StromNEV ausschließt.

74 aa) Für den abschließenden Charakter des § 8 StromNEV spricht entscheidend der systematische Zusammenhang mit den weiteren Regelungen der Stromnetzentgeltverordnung zur Ermittlung der Netzentgelte.

75 Die Vorschriften zur Kostenermittlung folgen nach § 4 Abs. 2 Satz 2 StromNEV der Unterscheidung zwischen kalkulatorischen und tatsächlichen Kosten. So sind zunächst die aufwandsgleichen Kosten nach § 5 StromNEV zu berücksichtigen, die in der Vergangenheit tatsächlich entstanden sind und für die Netzentgeltkalkulation in die Kalkulationsperiode projiziert werden. Dann folgen die Regelungen zu den kalkulatorischen Kostenpositionen gemäß §§ 6 bis 8 StromNEV über kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Steuern. Abschließend sind von diesen Kosten gemäß § 9 StromNEV die kostenmindernden Erlöse und Erträge abzuziehen und gemäß § 10 StromNEV die Netzverluste zu berücksichtigen. Nach dieser Systematik sind die kalkulatorischen Kostenpositionen jeweils abschließend geregelt. Könnte die tatsächlich gezahlte Gewerbesteuer - in Höhe einer "sachgerechten Zuordnung" durch eine Schlüsselung nach § 4 Abs. 4 StromNEV - als aufwandsgleiche Kostenposition i.S. des § 5 Abs. 1 StromNEV angesetzt werden, würde die Regelung des § 8 StromNEV leerlaufen.

76 bb) Darüber hinaus ergibt sich der abschließende Charakter des § 8 StromNEV auch aus Sinn und Zweck der Norm.

77 Die Vorschrift des § 8 StromNEV knüpft an die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV an. Nach dem Willen des Ordnungsgebers sollte damit die dem Netzbetrieb sachlich zuzurechnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition anerkannt werden (BR-Drucks. 245/05 S. 36). Aufgrund dieser

Anbindung des § 8 StromNEV an eine kalkulatorische Bemessungsgrundlage ist es konsequent, auch für die Gewerbesteuer lediglich einen kalkulatorischen Ansatz zuzulassen. Für eine Berücksichtigung der tatsächlich gezahlten Gewerbesteuer als aufwandsgleiche Kostenposition i.S. des § 5 Abs. 1 StromNEV bleibt dann kein Raum. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin spricht nichts dafür, dass der Verordnungsgeber mit der Regelung des § 8 StromNEV eine Besserstellung des Netzbetreibers im Sinne eines Wahlrechts zwischen dem tatsächlich gezahlten und einem kalkulatorisch ermittelten Gewerbesteuerbetrag bezweckt; hierfür finden sich auch weder im Wortlaut des § 8 StromNEV noch in der Entstehungsgeschichte der Norm Anhaltspunkte.

78 Aufgrund der Berücksichtigung der Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition ist auch der Einwand der Antragstellerin unerheblich, im Falle einer tatsächlich höheren Gewerbesteuerbelastung komme es zu einer Unterdeckung der Netzkosten. Durch den Ansatz kalkulatorischer Kosten sollen die unter simulierten Wettbewerbsbedingungen sich bildenden Netzentgelte ermittelt werden. Für den Ansatz der Gewerbesteuer hat nichts anderes zu gelten als für tatsächlich anfallende Kosten oder Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden und aus diesem Grund gemäß § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG bei der Entgeltbildung nicht berücksichtigt werden dürfen.

79 b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin entspricht es den Vorgaben des § 8 StromNEV, die Gewerbesteuer bei der Ermittlung ihrer eigenen Bemessungsgrundlage, des Gewerbeertrags, als Betriebsausgabe abzuziehen. Hierfür spricht bereits der eindeutige Wortlaut des § 8 Satz 2 StromNEV. Folgte man der Auffassung der Antragstellerin, die kalkulatorische Gewerbesteuer sei so zu bemessen, dass die Eigenkapitalverzinsung durch die spätere Gewerbesteuer nicht geschmälert wird, wäre diese Regelung überflüssig.

80 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 8 StromNEV. Danach soll die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals "nach" Gewerbesteuer darstellen (BR-Drucks. 245/05 S. 36). Dies verbietet jedoch nicht jede Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung durch die spätere Gewerbesteuer. Denn dann wirkte sich die Bestimmung des § 8 Satz 2 StromNEV auf die Eigenkapitalverzinsung nicht aus. Dass dies dem Willen des Verordnungsgebers nicht entspräche, liegt auf der Hand. Aufgrund dessen ist die weitere Begründung des Regierungsentwurfs zu § 8 StromNEV dahin zu verstehen, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 6 StromNEV (im Regierungsentwurf noch § 7 Abs. 5) mit der Maßgabe ungeschmälert in die Netzentgeltberechnung einfließen und dem Antragsteller als Ertrag verbleiben soll, dass die kalkulatorische Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV zu berechnen und dabei ihre Abzugsfähigkeit bei sich selbst zu berücksichtigen ist. Hierauf deutet im Übrigen auch § 7 Abs. 6 Satz 2 StromNEV hin, nach dem die Eigenkapitalzinssätze "vor Steuern" festgesetzt worden sind, wenngleich dies - wie die Begründung des Regierungsentwurfs zeigt - in erster Linie auf die Körperschaftsteuer abzielt (vgl. BR-Drucks. 245/05 S. 35 zu § 7 Abs. 5).

81 Schließlich folgt der Abzug der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst auch aus dem Sinn und Zweck des § 8 StromNEV. Nach § 8 Satz 1 StromNEV stellt die Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV die Bemessungsgrundlage, d.h. den Gewerbeertrag, für die kalkulatorische Gewerbesteuer dar. Dann ist es aber konsequente Folge der kalkulatorischen Kostenermittlung, nach § 8 Satz 2 StromNEV den Abzug der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst zu berücksichtigen. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität ist hingegen - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - nicht herzustellen.

V.

82 Die Sache ist demnach an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen ist.

Tolksdorf

Bornkamm

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Koblenz, Entscheidung vom 04.05.2007 - W 621/06 Kart -