



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 36/07

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

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Stadtwerke Trier

StromNEV § 8

Bei der Stromnetzgeltermittlung kann die Gewerbesteuer gemäß § 8 StromNEV nur kalkulatorisch in Ansatz gebracht werden. Eine Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Gewerbesteuerzahlungen über § 5 Abs. 1 StromNEV ist nicht zulässig.

StromNEV § 10

Die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNEV ist nicht abschließend. Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie können im Falle gesicherter Erkenntnisse auch mit Planwerten i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StromNEV in Ansatz gebracht werden.

BGH, Beschl. v. 14. August 2008 - KVR 36/07 - 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 und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur gegen den Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 4. Mai 2007 werden insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Aufhebung der mit dem Genehmigungsbescheid der Landesregulierungsbehörde vom 4. September 2006 verbundenen Auflage richten.

Im Übrigen wird der vorgenannte Beschluss auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und die weitergehenden Rechtsbeschwerden der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur aufgehoben.

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

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 4.209.747,56 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Antragstellerin ist ein kommunales Energieversorgungsunternehmen. Sie versorgt ihre Kunden u.a. mit Elektrizität. Daneben betreibt sie elektrische Verteilernetze. Am 28. Oktober 2005 beantragte die Antragstellerin bei der zuständigen Landesregulierungsbehörde die Genehmigung ihrer Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a Abs. 1, 3 EnWG für den - im Laufe des Genehmigungsverfahrens geänderten - Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007. In Ergänzung ihres Antrags machte die Antragstellerin mit Schreiben vom 12. Juni 2006 eine höhere Eigenkapitalverzinsung und mit Schreiben vom 21. August 2006 in Bezug auf die Kostenposition "Gewerbsteuer" hilfsweise den Ansatz der tatsächlich gezahlten Gewerbesteuer geltend. Mit Bescheid vom 4. September 2006 genehmigte die Landesregulierungsbehörde - unter Ablehnung des weitergehenden Genehmigungsantrags - für den Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 niedrigere als die von der Antragstellerin beantragten Höchstpreise. Sie begründete dies mit Kürzungen bei den Kostenpositionen Verlustenergie, kalkulatorische Abschreibungen, Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer. Ferner enthält die Genehmigung die Auflage,

"dass die genehmigten Netzentgelte in dem Umfang abgesenkt werden, der sich infolge derzeit oder künftig genehmigter niedrigerer Netzentgelte einer vorgelagerten Netz- und Umspannstufe ergibt. Die entsprechende Anpassung hat innerhalb eines Monats nach erfolgter Genehmigung der Entgelte der vorgelagerten Netz- oder Umspannstufe zu erfolgen. Die Änderung der Netzentgelte ist der Regulierungsbehörde unter Beifügung der neuen Preisblätter anzuzeigen."

2 Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht den Bescheid der Landesregulierungsbehörde aufgehoben und diese verpflichtet, den Antrag unter Beachtung seiner Rechtsauffassung zur Kostenposition kalkulatorische Abschreibungen und zu dem Zinssatz bei der Verzinsung des die zulässige Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals erneut zu be-

scheiden (OLG Koblenz RdE 2007, 198). Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Landesregulierungsbehörde, soweit sie jeweils unterlegen gewesen sind, sowie die Rechtsbeschwerde der am Beschwerdeverfahren nicht beteiligten Bundesnetzagentur.

## II.

- 3 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 energiewirtschaftlichen 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.

4 Die Rechtsbeschwerden haben in der Sache teilweise Erfolg.

5 1. Verlustenergie (§ 10 StromNEV)

6 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.

7 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.

8 b) Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 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.

10 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.

- 11 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.
- 12 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.
- 13 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.

14 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.

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

16 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; vielmehr sei die Antragstellerin an einen Beschluss des Stadtrates der Stadt Trier gebunden gewesen, wonach sie ihre Strompreise konstant den allgemeinen Tarifen ihrer Vorlieferantin, der ... AG, anpassen müssen. Eine Prüfung der individuellen Kosten- und Erlöslage der Antragstellerin habe im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens nicht stattgefunden.

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

18 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.

19 In diesem Zusammenhang kommt es auch nicht darauf an, ob - wie die Antragstellerin vorträgt - ihre Vorlieferantin in ihrem Tarifgenehmigungsverfahren bestimmte betriebsgewöhnliche Nutzungsperioden zugrunde gelegt hat. Diese Frage konnte das Beschwerdegericht dahinstehen lassen. Der Antragstellerin wurden auf ihren Antrag in dem fraglichen Zeitraum Tarifgenehmigungen erteilt, die an den für die Vorlieferantin der Antragstellerin erteilten kostenbasierten Tarifgenehmigungen ausgerichtet wurden, ohne dass zuvor die Kosten- und Erlöslage der Antragstellerin geprüft wurde. Dieses System der Tarifbildung beruhte - was auch die Antragstellerin nicht in Abrede stellt - auf einem den sogenannten Erstreckungsgenehmigungen vergleichbaren Verfahren. Entgegen einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung (Ehricke, RdE 2007, 97, 102 f.) kann eine solche Genehmigungspraxis aber nicht als Nachweis dafür angesehen werden, dass die tatsächlich der Kalkulation zugrunde gelegten Nutzungsperioden des vorgelagerten Stromlieferanten auch bei der kalkulatorischen Abschreibung des Weiterverteilers zugrunde gelegt wurden. Zwar beruhte diese Praxis auf der Annahme, dass das Weiterverteilervernehmen eine ähnliche Kostenlage wie sein Vorlieferant aufweise (vgl. OVG Münster RdE 1986, 145, 146). Da Vorlieferant und Weiterverteilervernehmen in der Regel unterschiedliche Kostenstellen mit unterschiedlichen Nutzungsperioden aufweisen, erlaubt das jedoch nicht den Schluss, dass die von dem Verteilernetzbetreiber ermittelten kalkulatorischen Abschreibungen auf Basis derselben Nutzungsperioden ermittelt wurden.

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

- 21 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.
- 22 aa) Vor Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung waren die Stromtarife der Antragstellerin nach der jeweils gültigen Fassung der Bundestarifordnung Elektrizität zu bilden.
- 23 (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.
- 24 (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 Antragstel-

lerin 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 Ordnungsgeber beabsichtigte möglichst einfache Feststellung der Voraussetzungen der Vermutungsregelung. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn dafür ein hoher Aufklärungsaufwand erforderlich wäre.

25           Keine Bedeutung kommt deshalb dem Umstand zu, dass der Antragstellerin in dem fraglichen Zeitraum Genehmigungen erteilt wurden, bei denen die für die Vorlieferantin der Antragstellerin erteilten kostenbasierten Tarifgenehmigungen maßgeblich waren, ohne dass dabei die Kosten- und Erlöslage der Antragstellerin geprüft wurde. Diese Verwaltungspraxis führte nicht zu einer Genehmigung kostenunabhängiger Tarife, sondern bedeutete lediglich eine auf der Annahme einer ähnlichen Kostenlage beruhende Vereinfachung des Verfahrens.

26           (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 Tarifkundenbereich 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.

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

28           (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.

29           (2) Der Anwendbarkeit der Vermutung nach Satz 3 steht nicht entgegen, dass die in den Tarifgenehmigungen vorgegebenen Höchstbeträge anhand der Kosten- und Erlöslage der Vorlieferantin und nicht anhand der individuellen Kosten- und Erlösstruktur der Antragstellerin ermittelt wurden. Die Praxis der Landesregulierungsbehörde bei der Erteilung der Tarifgenehmigungen beruhte - wie bereits ausgeführt - auf der Annahme einer ähnlichen Kostenlage. Maßstab blieb aber die Kostenlage des Weiterverteilervernehmens.

30           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 (Erstreckungs-)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 Abschreibungsperioden ermittelt wurden. Entscheidend ist allein, ob das Tarifgenehmigungsverfahren nach der Bundestarifordnung Elektrizität Anwendung fand und ob die so genehmigten Tarife von Dritten gefordert wurden.

31           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 Tarifgenehmigungsver-

fahren jeweils zulässigen Nutzungsperioden zugrunde gelegt worden sind. Diesem Gedanken trägt § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV Rechnung. Eine Überprüfung der Genehmigungsbefreiung liefe dem Zweck der Vermutung zuwider, das Verfahren zu vereinfachen.

- 32 (3) Unter diesen Umständen kommt es auch nicht darauf an, ob die Antragstellerin - wie sie vorträgt - aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses gehindert war, einen an den Kosten ihres Netzes ausgerichteten Entgeltantrag zu stellen. Zwar mag in diesem Fall eine geringere Wahrscheinlichkeit für die in § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV statuierte Vermutung bestehen. Gesetzliche Vermutungen gelten aber unabhängig vom Grad ihrer Wahrscheinlichkeit im Einzelfall (BGH, Urt. v. 12.11.1958 - IV ZR 128/58, MDR 1959, 114, 115; BVerwG, Urt. v. 21.10.1997 - 9 C 46/96, NVwZ-RR 1998, 400, 401). § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV bestimmt nichts anderes. Weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Zweck verlangt die Vorschrift eine Kalkulation der (eigenen) Netzkosten des Weiterverteilers.
- 33 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.
- 34 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 Genehmigungs-

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

35           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.

36           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.

37           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 ent-

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

38 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.

39 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 Verord-

nungsgeber nur die Berücksichtigung der mit der Versorgung der Tarfkunden 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 des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV zuwider, die Ermittlung der jeweiligen Nutzungsdauer zu vereinfachen (Salje, Abschreibung des Sachanlagevermögens nach § 32 StromNEV, 2007, S. 33). Ob für solche Sachanlagegüter, die nicht für die Versorgung der Tarfkundenversorgung eingesetzt wurden, anderes zu gelten hat (so Salje, RdE 2006, 253, 256), bedarf keiner Entscheidung, weil das Vorhandensein entsprechender Anlagen nicht festgestellt ist.

40 e) Die Antragstellerin hat die Vermutung des § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV nicht widerlegt. Soweit sie sich darauf beruft, dass den kostenbasierten Tarifgenehmigungen ihrer Vorlieferantin längere betriebsgewöhnliche Nutzungsperioden zugrunde gelegt worden seien, kommt es darauf nicht an. Da Vorlieferant und Weiterverteiler in der Regel unterschiedliche Kostenstellen mit unterschiedlichen Nutzungsperioden aufweisen, erlaubt die den Erstreckungsgenehmigungen zugrunde liegende Annahme einer ähnlichen Kostenlage nicht den Schluss, dass die von dem Verteilernetzbetreiber ermittelten kalkulatorischen Abschreibungen auf Basis derselben Nutzungsperioden ermittelt wurden.

41 3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung (§ 7 StromNEV)

42 Die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nur teilweise stand.

43 a) 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.

- 44           aa) 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).
- 45           bb) 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.
- 46           (1) § 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 ausgenom-

men. Gründe, warum er gleichwohl bei der Anwendung der Nummern 1 und 2 außer Betracht zu bleiben hätte, sind nicht ersichtlich.

47 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 - Beschränkung 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.

48 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.

49 (2) 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 Verordnungsgeber 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 jedwedes 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).

50            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.

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

52            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).

53            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](http://www.bundeskartellamt.de)) und ist damit nach der Vorstellung des Gesetz- und Verordnungsgebers 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 Verordnungsgeber geht daher davon aus, dass sich 40% übersteigende Eigenkapitalanteile unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würden.

54 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.

55 (4) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin steht dieser Auslegung nicht das Prinzip der Nettosubstanzerhaltung entgegen, von dem sich der Verordnungsgeber 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 Ver-

mögens 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.

56 (5) 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, Energiewirtschaftsgesetz, § 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).

57 (6) 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.

58 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).

59 b) Die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur Höhe des Fremdkapitalzinssatzes halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Landesregulierungsbehörde steht bei der Festlegung des Fremdkapitalzinssatzes nach § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV kein Beurteilungsspielraum zu. Entgegen der Auffassung der Landesregulierungsbehörde kann dieser Zinssatz aber auch nicht ohne weitere tatrichterliche Feststellungen mit 4,8% p.a. bemessen werden.

60 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass der Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Zinssatzes ein Beurteilungsspielraum zustehe, weil das Merkmal der vergleichbaren Kreditaufnahme in § 5 Abs. 2 StromNEV eine in die Zukunft gerichtete Bewertung erfordere. Diesen Beurteilungsspielraum habe die Lan-

desregulierungsbehörde jedoch fehlerhaft nicht ausgeübt, weil sie den Vergleich mit Kreditaufnahmen vergleichbarer Unternehmen nicht durchgeführt, sondern ohne weitere Prüfung den im Positionspapier der Regulierungsbehörden vom 7. März 2006 vorgegebenen Zinssatz von 4,8% p.a. zugrunde gelegt habe.

61           bb) Diese Beurteilung begegnet durchgreifenden Bedenken.

62           Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, dass der Fremdkapitalzinssatz i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. nach den Maßstäben des § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV zu ermitteln ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts steht der Landesregulierungsbehörde jedoch bei der Ermittlung der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen kein Beurteilungsspielraum zu.

63           Im Verwaltungsrecht kann sich die Behörde bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht auf einen der Nachprüfung entzogenen Beurteilungsspielraum berufen (vgl. nur BVerfGE 84, 34, 49 f.; BVerwG, Urt. v. 21.12.1995 - 3 C 24/94, NVwZ 1997, 179, 180). Eine Ausnahme gilt nur in seltenen Fällen, wie z.B. bei Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtlichen Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, höchstpersönlichen Akten wertender Erkenntnis, Bewertungen mit planerischem Einschlag, Entscheidungen verwaltungspolitischer Art, Risikoentscheidungen oder Entscheidungen eines weisungsfreien, besonders fachkundigen, pluralistisch zusammengesetzten Kollegialorgans, weil es sich hierbei in der Regel um nicht ex post nachvollziehbare Werturteile handelt.

64           Um eine solche Einschätzung geht es bei der Frage nach der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen nicht. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Inhalt hinreichend bestimmbar ist und dessen tatsächliche Voraussetzungen jedenfalls mit sachverständiger Hilfe geklärt werden können. Zu ermitteln ist, welchen Fremdkapitalzins der Netzbetreiber hätte zahlen müssen, wenn er sich den die zugelassene Eigenkapitalquote überstei-

genden Anteil des Eigenkapitals auf dem Kapitalmarkt hätte beschaffen müssen. Diese Feststellung ist im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung von der Regulierungsbehörde rückblickend zu treffen, ohne dass sie auf einen Beurteilungsspielraum hinweisende prognostische Einschätzungen, politische Wertungen und Ziele oder planerische Erwägungen oder im Nachhinein nicht wiederholbare Leistungsbeurteilungen erforderte (vgl. OVG Münster CR 2006, 101, 103 zu § 3 Abs. 2 TEntgV). Die Feststellung, ob der von der Regulierungsbehörde zuerkannte Zinssatz eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals i.S. des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG darstellt und dem kapitalmarktüblichen Zins für vergleichbare Kreditaufnahmen entspricht, ist auch dem Tatrichter möglich und lässt weder die Notwendigkeit eines behördlichen Freiraums erkennen noch führt sie an die Grenze gerichtlicher Kontrolle. Nur eine volle gerichtliche Nachprüfung steht auch mit dem Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens nach §§ 75 ff. EnWG in Einklang, die Entscheidung der Regulierungsbehörde - unter Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen (§ 82 Abs. 1 EnWG) und gegebenenfalls unter Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel (§ 75 Abs. 1 Satz 2 EnWG) - dahin zu überprüfen, ob sie auf der Grundlage eines transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Verfahrens und im Rahmen der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben nach § 21 Abs. 2 Satz 1 und 2 EnWG, § 7 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 5 Abs. 2 StromNEV gefallen ist.

65 Die Landesregulierungsbehörde kann ihre gegenteilige Ansicht auch nicht auf die Vorschriften des § 35 Abs. 1 TKG und des § 3 Abs. 2 TEntgV stützen. Die nach diesen Vorschriften für die Preis- bzw. Zinsbemessung normierten Voraussetzungen sind bereits nach ihrem Wortlaut nicht mit den engen Voraussetzungen für die Ermittlung des Fremdkapitalzinses nach § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV vergleichbar.

66 cc) Die Entscheidung der Landesregulierungsbehörde stellt sich auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen auch im Ergebnis nicht als richtig dar. Die Landesregulierungsbehörde hat zu Unrecht für die Bestimmung des Fremdkapitalzinssatzes nach § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV allein den auf die letzten zehn

abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten bzw. - wie sie im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtig gestellt hat - der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen zugrunde gelegt.

- 67 (1) Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV enthält insoweit, anders als § 7 Abs. 4 StromNEV, keine abschließenden Festlegungen. Soweit nach der Entwurfsbegründung für den kapitalmarktüblichen Zinssatz der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten maßgeblich sein soll (BR-Drucks. 245/05 S. 33), kann dies nur Ausgangspunkt für die Auslegung sein, erschöpft aber nicht den objektiven Inhalt der auf die Üblichkeit der Verzinsung abstellenden Norm. Hätte der Verordnungsgeber dies gewollt, hätte er dies - wie für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 4 StromNEV - ausdrücklich in den Verordnungswortlaut aufgenommen.
- 68 (2) Nach dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV sollen Fremdkapitalzinsen höchstens in der Höhe berücksichtigt werden, zu der sich der Netzbetreiber auf dem Kapitalmarkt langfristig Fremdkapital durch Ausgabe einer festverzinslichen Anleihe, wie etwa einer Inhaberschuldverschreibung, hätte verschaffen können. Für die Risikobewertung kommt es aus der Sicht eines fiktiven Kreditgebers auf die Art der Emission und die Einschätzung der Bonität des Emittenten an. Der fiktive Kreditgeber wird dabei von dem im Anlagezeitpunkt erzielbaren Zinssatz für eine langfristige, insolvenzfeste Anleihe, wie sie die öffentliche Hand bietet, ausgehen und im Falle der Geldanlage bei einem anderen Emissionsschuldner für die Inkaufnahme des Ausfallrisikos einen bestimmten Risikozuschlag verlangen.
- 69 Als Ausgangspunkt kann daher die aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ersichtliche durchschnittliche Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand mit einer längsten Laufzeit von über vier Jahren, soweit ihre mittlere Laufzeit mehr als drei Jahre beträgt, herangezogen werden.

- 70 In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 7 Abs. 4 Satz 1 StromNEV ist auf den durchschnittlichen Zinssatz der letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre vor Antragstellung abzustellen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts geht es bei § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. nicht um einen zukunftsgerichteten Renditesatz für das (überschießende) Eigenkapital, sondern um die fiktive Frage, zu welchem Zinssatz die Antragstellerin - hätte sie insoweit kein Eigenkapital eingesetzt - Fremdkapital hätte aufnehmen können. Dieser Zinssatz lag für den hier maßgeblichen Zeitraum von 1995 bis 2004 nach den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank bei durchschnittlich 4,8%.
- 71 Entgegen der Auffassung der Landesregulierungsbehörde ist ein Risikozuschlag nicht bereits aus Rechtsgründen im Wege des Umkehrschlusses aus § 7 Abs. 5 Nr. 3 StromNEV ausgeschlossen. Dass bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ein Risikozuschlag ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, bedeutet nicht, dass ein solcher bei der Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV a.F. unzulässig ist. Diese Frage ist vielmehr allein danach zu beantworten, ob ein etwaiges Risiko bei der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen zu berücksichtigen ist.
- 72 (3) Die Höhe des für die Inkaufnahme des Ausfallrisikos zu ermittelnden Risikozuschlags kann entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht pauschal mit 1,7 Prozentpunkten angesetzt werden.
- 73 Die Antragstellerin kann sich insoweit nicht auf den entsprechenden Risikozuschlag in § 7 Abs. 6 Satz 2 StromNEV berufen, den der Ordnungsgeber für Altanlagen zugrunde legt. Dieser Zuschlag bezieht sich auf die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und ist nicht mit dem angemessenen Risikozuschlag für den Fremdkapitalgeber vergleichbar. Für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 4 StromNEV geht der Ordnungsgeber vom Zinssatz für eine langfristige und sichere Kapitalanlage aus. Dem liegt die betriebswirtschaftliche Überlegung zugrun-

de, dass der Unternehmer - anstatt seine Geldmittel langfristig in seinem Betrieb zu investieren - diese ansonsten am Kapitalmarkt angelegt hätte. Da die Investition in seinem Betrieb aber mit einem höheren Risiko in Bezug auf einen teilweisen oder vollständigen Kapitalverlust verbunden ist und zudem die Fungibilität der Geldanlage eingeschränkt ist oder sogar fehlt, bedarf es eines Zuschlags zur Abdeckung des unternehmerischen Wagnisses. Dieses Risiko ist somit höher zu bemessen als das Risiko einer Fremdkapitalanlage.

74 Anders als die Antragstellerin meint, kann das Risiko des Fremdkapitalgebers auch nicht pauschal dadurch berücksichtigt werden, dass gemäß § 3 Abs. 1 Satz 6 StromNEV auf die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten nach der Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 (BAnz. Nr. 244 vom 18.12.1953) zurückgegriffen wird. Diese befassen sich nicht mit der Bewertung von Anlagerisiken eines Fremdkapitalgebers, sondern mit dem Ansatz kalkulatorischer Zinsen für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals.

75 (4) Für die Bemessung des Risikozuschlags bedarf es mithin noch weiterer Feststellungen des Beschwerdegerichts. Insoweit weist der Senat darauf hin, dass für die Risikobewertung aus der Sicht eines fiktiven Kreditgebers die Einschätzung der Bonität des Emittenten und die Art der Emission maßgeblich sind. Dabei muss jedoch keine unternehmensscharfe Risikobewertung vorgenommen werden. Aus Gründen der Vereinfachung und Praktikabilität ist die Bildung sachgerecht abgegrenzter Risikoklassen geboten.

76 4. Kalkulatorische Gewerbesteuer (§ 8 StromNEV)

77 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).

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

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

80 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.

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

82           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 Ordnungsgeber mit der Regelung des § 8 StromNEV eine Besserstellung des Netzbetreibers im Sinne eines Wahlrechts zwischen dem tatsächlich gezahlten und einem kalkulatorisch ermittelten Gewersteuerbetrag bezweckt; hierfür finden sich auch weder im Wortlaut des § 8 StromNEV noch in der Entstehungsgeschichte der Norm Anhaltspunkte.

83           Aufgrund der Berücksichtigung der Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition ist auch der Einwand der Antragstellerin unerheblich, im Falle einer tatsächlich höheren Gewersteuerbelastung 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.

84           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.

85           Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 8 StromNEV. Danach soll zwar die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung die Verzinsung des gebundenen Eigenkapitals "nach" Gewerbesteuern 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 entspreche, 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).

86           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 Berechnungsansatz-

zes. Eine Kostenneutralität ist hingegen - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - nicht herzustellen.

87            5. Auflage

88            Die Rechtsbeschwerden der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörde bleiben ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wenden, die mit der Genehmigung verbundene Auflage sei rechtswidrig und daher aufzuheben.

89            Das Beschwerdegericht hat die Auflage als rechtswidrig angesehen, weil sie zu unbestimmt sei. Der Netzbetreiber habe keine Kenntnis, wann die Entgeltabsenkung dem Betreiber der vorgelagerten Netz- und Umspannstufe bekannt gegeben worden sei, so dass er die für sich laufende Monatsfrist nicht berechnen könne.

90            Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

91            a) Zu Recht ist das Beschwerdegericht von der selbständigen Anfechtbarkeit der von der Landesregulierungsbehörde getroffenen Auflage ausgegangen, weil es sich hierbei um eine Nebenbestimmung handelt, die von der Entgeltgenehmigung trennbar ist (vgl. BGHZ 91, 178, 179; BVerwGE 112, 221, 224; 112, 263, 265).

92            b) Entgegen den Bedenken des Beschwerdegerichts sind die Regulierungsbehörden grundsätzlich befugt, den Genehmigungsbescheid mit einer Auflage zu verbinden. Insoweit besteht eine ausreichende Ermächtigung in der Regelung des § 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG. Diese spezialgesetzliche Vorschrift verdrängt nach § 1 Abs. 1 VwVfG die - für die Landesregulierungsbehörde über § 1 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes Rheinland-Pfalz geltende - allgemeine Regelung des § 36 Abs. 1 VwVfG (BGHZ 91, 178, 181).

93            c) Das Beschwerdegericht hat die Auflage im Ergebnis zu Recht als materiell rechtswidrig angesehen.

- 94 Es kann offenbleiben, ob es, wie das Beschwerdegericht angenommen hat, bereits an der hinreichenden Bestimmtheit der Auflage fehlt. Die Auflage ist jedenfalls deshalb rechtswidrig, weil sie nicht sachgerecht ist.
- 95 aa) Soweit sich - wie hier - die Voraussetzungen für die Beifügung einer Nebenbestimmung nicht aus einer spezialgesetzlichen Vorschrift ergeben, muss sie sich im Rahmen der Zwecksetzung des Hauptverwaltungsaktes und der für diesen maßgeblichen gesetzlichen Regelungen halten sowie sachbezogen und sachgerecht sein (vgl. BVerwGE 36, 145, 147; 51, 164, 166; 56, 254, 261; 64, 285, 288; BVerwG, Urt. v. 17.10.1997 - 8 C 18/96, NJW 1998, 94, 95; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 36 Rdn. 55 m.w.N.). Die angegriffene Auflage muss sich daher an den Regeln der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG und den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung messen lassen.
- 96 bb) Hier ist allerdings das mit der Auflage verfolgte Ziel, die Weitergabe niedrigerer Netzentgelte einer vorgelagerten Netz- und Umspannstufe zu erzwingen, nicht zu beanstanden. Die fehlende Sachbezogenheit folgt aber daraus, dass - wie das Beschwerdegericht zu Recht beanstandet hat -, die Antragstellerin in der Regel keine Kenntnis von dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der Genehmigung gegenüber dem Betreiber der vorgelagerten Netz- und Umspannstufe haben wird. Eine entsprechende Veröffentlichungs- oder Auskunftspflicht dieses Betreibers ergibt sich jedenfalls nicht aus § 27 Abs. 1 StromNEV, der sich nur auf die Netzentgelte als solche bezieht. Mit der Veröffentlichung der Genehmigungsentscheidung durch die Regulierungsbehörden nach § 74 EnWG wird nicht das Datum der Bekanntgabe der Genehmigung gegenüber dem Betreiber der vorgelagerten Netz- und Umspannstufe offengelegt. Zudem steht mangels Angaben der Regulierungsbehörden nicht fest, wann genau und wie zeitnah diese Veröffentlichungen erfolgen.
- 97 Auch die Landesregulierungsbehörde hält in ihrer Rechtsbeschwerdebegründung die Veröffentlichung der Netzentgelte und deren Wirksamwerden für maßgeblich, nicht hingegen den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Genehmigungsbescheides.

Auf diesen Zeitpunkt stellt aber die - insoweit eindeutige und daher einer Auslegung nicht zugängliche - Auflage ab. Da der Antragstellerin dieser Zeitpunkt jedoch nicht bekanntgegeben wird, kann sie auch nicht ihre aus der Auflage folgenden Handlungspflichten erfüllen.

- 98           Ob die Auflage darüber hinaus auch deshalb als rechtswidrig anzusehen ist, weil sie allein auf die Bekanntgabe des Genehmigungsbescheides gegenüber dem Betreiber der vorgelagerten Netz- oder Umspannstufe abstellt, ohne - wie es § 71a EnWG nahe legt - eine im Eilverfahren bewirkte Suspendierung zu berücksichtigen, bedarf keiner Entscheidung. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob es in solchen Fällen nicht zweckmäßig wäre, von dem Widerrufsvorbehalt gemäß § 23a Abs. 4 EnWG Gebrauch zu machen.

IV.

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

Tolksdorf

Bornkamm

RiBGH Dr. Raum ist in Urlaub  
und kann daher nicht unterschreiben.

Tolksdorf

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Koblenz, Entscheidung vom 04.05.2007 - W 595/06 Kart -