



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 39/07

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

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Vattenfall

EnWG § 23a Abs. 5 Satz 1

Mehrerlöse, die ein Netzbetreiber dadurch erzielt hat, dass er bis zur Genehmigung der Netznutzungsentgelte seine ursprünglichen Entgelte beibehalten hat, sind periodenübergreifend auszugleichen.

StromNEV § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3

Geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau sind bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StromNEV zu berücksichtigen.

BGH, Beschl. v. 14. August 2008 - KVR 39/07 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Bundesnetzagentur und der Antragstellerin wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Mai 2007 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsbeschwerde der Antragstellerin aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 6. Juni 2006 aufgehoben, soweit der Entgeltgenehmigungsantrag abgelehnt worden ist. Insoweit wird die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten und Auslagen des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Eilverfahrens sowie des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die Antragstellerin 3/4 und die Bundesnetzagentur 1/4. Die Beigeladenen tragen ihre Auslagen selbst.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 100 Mio. €.

Gründe:

A.

- 1 Die Antragstellerin, deren Netzgebiet die neuen Bundesländer sowie Hamburg und Berlin umfasst, zählt zu den vier großen Elektrizitätsübertragungsnetzbetreibern in Deutschland. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 beantragte sie bei der Bundesnetzagentur die Genehmigung der Preise für die Durchleitung elektrischer Energie gemäß § 23a EnWG. Die Bundesnetzagentur entsprach mit Bescheid vom 6. Juni 2006 - unter Vorbehalt des Widerrufs - dem Antrag nur teilweise und kürzte die von der Antragstellerin angesetzten Nutzungsentgelte um knapp 18%. Zugleich gab sie der Antragstellerin auf, die von ihr in der Zeit vom 1. November 2005 bis 31. Juni 2006 im Vergleich zum genehmigten Entgelt erzielten Mehrerlöse zu berechnen und kostenmindernd in der nächsten Kalkulationsperiode zu berücksichtigen.
- 2 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Mit der Beschwerde hat sie die Genehmigung der von ihr beantragten Tarife unter Aufhebung der Mehrerlös-Auflage erstrebt, hilfsweise die Feststellung, dass sie den Differenzbetrag zwischen den genehmigten und den ihr tatsächlich zustehenden Tarifen in der nächsten Kalkulationsperiode kostenerhöhend in Ansatz bringen dürfe.
- 3 Das Beschwerdegericht hat die "Mehrerlös-Auflage" aufgehoben; im Übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wenden sich - soweit sie im Beschwerdeverfahren unterlegen sind - sowohl die Antragstellerin als auch die Bundesnetzagentur mit ihren vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerden.

B.

4 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat im vollen Umfang Erfolg. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist insofern begründet, als die Ablehnung des Entgeltgenehmigungsantrags aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten ist, die Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu den Rechnungspositionen "Anzahlungen und Anlagen im Bau" sowie "Hebesatz bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer" erneut zu bescheiden.

I.

5 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur, die sich gegen die Aufhebung der Mehrerlös-Auflage richtet, ist begründet.

6 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, es könne offenbleiben, ob es sich bei der gesetzlichen Regelung der § 118 Abs. 1b Satz 2, § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, nach der der Netzbetreiber die in der Zeit vor der ersten Entgeltgenehmigung vereinnahmten Netzentgelte "beibehalten" dürfe, um eine formelle oder eine materielle Grundlage handele. Jedenfalls sei die Regulierungsbehörde nicht befugt, einen Mehrerlös mit den Mitteln des Sonderkartellverwaltungsrechts abzuschöpfen. Bis zur ersten Genehmigungsentscheidung habe Rechtssicherheit für die Netzbetreiber bestehen sollen. Die Vorschrift des § 11 StromNEV könne diese gesetzliche Regelung nicht außer Kraft setzen, zumal sie nur für spätere Kalkulationsperioden gelte.

7 2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Bundesnetzagentur haben Erfolg.

- 8 a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Antragstellerin keinen Anspruch, die von ihr in der Übergangsphase zwischen dem ersten Genehmigungsantrag und der ersten Entgeltgenehmigung durch die Bundesnetzagentur vereinnahmten Netzentgelte auch insoweit behalten zu dürfen, als sie nach den materiellen Entgeltmaßstäben der Stromnetzentgeltverordnung überhöht waren.
- 9 aa) In dem genannten Zeitraum bestimmte sich die Höhe der zulässigen Netzentgelte bereits nach den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes, insbesondere des § 21 EnWG, und der auf seiner Grundlage (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG) ergangenen Stromnetzentgeltverordnung. Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 StromNEV hatten Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen ihre Netzentgelte nämlich spätestens ab dem für sie maßgeblichen Zeitpunkt nach § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG auf der Grundlage der Verordnung zu bestimmen. Maßgeblicher Zeitpunkt nach § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG war der 29. Oktober 2005. Von diesem Tag an hatten Netznutzungsentgelte zugunsten der Netzbetreiber mithin eine materielle Grundlage nur noch insofern, als sie den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes und der Stromnetzentgeltverordnung entsprachen und über die danach zulässigen Höchstpreise nicht hinausgingen.
- 10 bb) An der Maßgeblichkeit der Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes sowie der Stromnetzentgeltverordnung für die Bestimmung der zulässigen Höchstpreise ab dem 29. Oktober 2005 vermag entgegen der Auffassung der Antragstellerin insbesondere § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG nichts zu ändern.
- 11 Diese Vorschrift, deren entsprechende Anwendung der nach § 32 Abs. 2 Satz 2 StromNEV unberührt bleibende § 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG auch für die Erstgenehmigung anordnet, enthält - ebenso wie § 23a Abs. 5 Satz 2 EnWG - eine Regelung zur Entgelthöhe während der Dauer des formellen Genehmigungsverfahrens. In seinen beiden Sätzen trifft Absatz 5 des § 23a EnWG

unterschiedliche - nach der Rechtzeitigkeit des Genehmigungsantrags differenzierende - Regelungen: Netzbetreiber, die den Genehmigungsantrag rechtzeitig gestellt haben - was sich im unmittelbaren Anwendungsbereich nach den Fristen des § 23a Abs. 3 Satz 1 EnWG richtet und für den hier in Frage stehenden erstmaligen Genehmigungsantrag nach der Frist des § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG -, dürfen bis zur Entscheidung über die beantragte Genehmigung ihre bisherigen Entgelte "beibehalten"; dabei sind mit bisherigen Entgelten im Falle des Wiederholungsantrags die ursprünglich genehmigten Entgelte gemeint und im Falle des Erstantrags nach Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung die bis dahin (genehmigungslos) festgesetzten und veröffentlichten Entgelte (Salje, EnWG, § 118 Rdn. 7). Satz 2 betrifft die Netzbetreiber, die den Genehmigungsantrag nicht rechtzeitig gestellt haben; ihnen gegenüber kann die Regulierungsbehörde die zulässigen Höchstpreise vorläufig festsetzen.

12 Diesen Regelungen, insbesondere § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, lässt sich nicht entnehmen, dass der Netzbetreiber, wenn er den Genehmigungsantrag rechtzeitig gestellt hat, bis zur Entscheidung über den Antrag vereinnahmte Entgelte auch insoweit endgültig behalten darf, als sie über die entsprechend den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung genehmigten Höchstpreise hinausgehen.

13 (1) Gegen die von der Antragstellerin vertretene abweichende Auslegung von § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG sprechen zunächst die Normsystematik und das Zusammenspiel der beiden Regelungen des § 23a Abs. 5 EnWG. Eindeutiger Regelungsgegenstand von § 23a Abs. 5 Satz 2 EnWG ist es, die Rechtsbeziehungen zwischen Netzbetreibern und Netznutzern für die Übergangszeit zwischen Genehmigungsantrag und Wirksamwerden auf eine sichere Grundlage zu stellen. Diese Beziehungen sollen von Streit frei bleiben, der sich aus der Frage ergeben könnte, nach welchen Tarifen zwischen den Beteiligten in der Übergangszeit die Netznutzung zu vergüten ist. Das bringt Satz 2 unmissver-

ständig dadurch zum Ausdruck, dass er der Regulierungsbehörde das Recht einräumt, "ein Entgelt als Höchstpreis vorläufig festzusetzen". Angesichts dessen würde es aber einen systematischen Bruch bedeuten, wollte man Satz 1 der Vorschrift so verstehen, dass dort nicht nur für eine Übergangszeit die Rechtsbeziehungen zwischen Netzbetreiber und Netznutzer auf eine vorläufige Grundlage gestellt werden, sondern die Vorschrift darüber hinaus auch einen Anspruch des Netzbetreibers begründet, materiell - an den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung gemessen - überhöhte Entgelte endgültig behalten zu dürfen.

14 (2) Hinzu kommt, dass ausgehend von der Auffassung der Antragstellerin zu § 23a Abs. 5 EnWG und insbesondere dessen Satz 1 der Rechtzeitigkeit des Genehmigungsantrags eine Bedeutung beigemessen würde, die ihr bei wertender Betrachtung nicht zukommen darf. Ob ein Genehmigungsantrag rechtzeitig gestellt wird, kann zwar durchaus eine Differenzierung hinsichtlich der Festlegung vorläufig maßgeblicher Entgelte in der Übergangsperiode bis zum Wirksamwerden des Genehmigungsbescheids rechtfertigen. Es erscheint ohne weiteres sachgerecht, demjenigen Netzbetreiber, der seinen (Folge-)Antrag rechtzeitig stellt, zu erlauben, vorläufig nach den früher genehmigten Tarifen abzurechnen, und andererseits denjenigen, der die Antragsfrist nicht einhält, den für ihn möglicherweise ungünstigeren vorläufigen Festsetzungen durch die Regulierungsbehörde zu unterwerfen. Dass hingegen die Rechtzeitigkeit der Antragstellung auch darüber entscheiden soll, ob der Netzbetreiber materiell überhöhte Entgelte endgültig behalten darf oder nicht, erschließt sich nicht. Tragfähiger Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung in Bezug auf das endgültige Behalten-Dürfen von Entgelten kann das Kriterium der Rechtzeitigkeit der Antragstellung sinnvoller Weise nicht sein.

15 (3) Für ihre Auffassung kann sich die Antragstellerin auch nicht erfolgreich auf den Wortlaut des § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG berufen. Dass der

Netzbetreiber Entgelte "beibehalten" darf, besagt keineswegs, dass ihm die vereinnahmten Entgelte endgültig zustehen sollen. Im Gegenteil: Zumal im Zusammenhang mit einer Vorschrift, die - wie dargelegt - eine Regelung für eine Übergangsphase trifft, nämlich die zwischen dem Ablauf der früheren Genehmigungsperiode und dem Wirksamwerden der Folgegenehmigung, legt die Wendung, dass Entgelte "beibehalten" werden dürfen, schon von ihrem Wortlaut her die Auslegung nahe, dass sie nur mit Blick auf das Verhältnis zu den Netznutzern eine vorübergehende Regelung treffen will. Ihnen gegenüber soll der Netzbetreiber, wenn er rechtzeitig einen Genehmigungs-(Folge-)Antrag gestellt hat, vorläufig auf der Grundlage der bisherigen Tarife abrechnen dürfen. Hätte der Gesetzgeber etwas anderes gewollt, wäre es ihm insbesondere darum gegangen, zugunsten des Netzbetreibers einen Anspruch darauf zu begründen, Entgelte behalten zu dürfen, die über den nach Gesetz und Verordnung zulässigen Höchstpreisen liegen, hätte eine entsprechend eindeutige Wendung nahe gelegen.

16

(4) Ferner vermag auch der Hinweis der Antragstellerin auf die Gründe für die Einführung des Erfordernisses einer ex-ante-Genehmigung nicht zu verfangen. Insoweit ist allerdings richtig, dass § 23a EnWG im Entwurf der Bundesregierung noch nicht enthalten war und erst der Bundesrat die Einfügung der Vorschrift mit der Begründung vorgeschlagen hat (BT-Drucks. 15/3917 S. 85), ein funktionsfähiger Wettbewerb im Strom- und Gasmarkt setze eine rechtssichere Kalkulationsgrundlage für die Netzbetreiber voraus. Vor dem Hintergrund dieser sicher sinnvollen Zielsetzung ist es plausibel, dass § 23a EnWG - etwa durch die Regelung der Antragsfrist in Absatz 2 - sicherstellen will, dass die Netznutzung auf der Basis von vor ihrem Beginn - möglichst endgültig - festgelegten Tarifen erfolgt. Aus der Entscheidung des Gesetzgebers für die Einrichtung der ex-ante-Genehmigung und dem mit ihr verfolgten Zweck, dem Netzbetreiber eine sichere Kalkulationsgrundlage zu verschaffen, kann aber nicht geschlossen werden, dass ihm auch Entgelte verbleiben müssten, die ihm

nach dem Energiewirtschaftsgesetz in Verbindung mit der Stromnetzentgeltverordnung nicht zustehen und von vornherein nicht genehmigungsfähig waren.

17 (5) Des Weiteren kann nicht übersehen werden, dass für die Vorschrift des § 32 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, die im Gesamtzusammenhang der Regelungen des § 32 Abs. 2 StromNEV die grundsätzliche - von Satz 2 der Vorschrift nur ergänzte - Aussage trifft, bei der von der Antragstellerin vertretenen Auslegung praktisch kein nennenswerter Anwendungsbereich eröffnet wäre. Müssten nämlich dem antragstellenden Netzbetreiber wegen § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG in der Zeit bis zum Wirksamwerden des Genehmigungsbescheids die vereinbarten Entgelte auch mit ihren die zulässige Höhe nach der Stromnetzentgeltverordnung übersteigenden Anteilen endgültig verbleiben, so käme der Regelung, dass die Entgelte ab dem maßgeblichen Zeitpunkt des 29. Oktober 2005 nach den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung zu bestimmen sind, allenfalls ein Appellcharakter zu. Maßgeblich wären in der Übergangszeit jedenfalls nicht die in der Regel geringeren, in Übereinstimmung mit der Stromnetzentgeltverordnung gebildeten Entgelte, sondern die höheren früheren Entgelte.

18 (6) Die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung erscheint interessengerecht. Sie vermeidet jedenfalls mehr als die Auffassung der Antragstellerin Ungleichbehandlungen und Wettbewerbsverzerrungen, die allein schon dadurch entstehen können, dass die Entgeltgenehmigungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten erteilt werden. Sie könnte auch mit Blick auf mögliche Folgewirkungen den Vorzug verdienen. Denn es liegt jedenfalls nicht fern, dass die Auffassung der Antragstellerin dem Netzbetreiber, indem sie ihm überhöht vereinbarte Entgelte auf Dauer belässt, wenig Anreize setzt, von vornherein nur niedrigere Entgelte zu verlangen, wenn nur diese noch berechtigt sind, oder von möglichen Verzögerungen des Genehmigungsverfahrens abzusehen.

- 19 cc) Nach allem ist § 23a Abs. 5 EnWG dahin auszulegen, dass die Vorschrift kein Recht des Netzbetreibers darauf begründet, die in der Zeit zwischen erstmaligem Genehmigungsantrag und Genehmigung vereinnahmten Netzentgelte auch insoweit endgültig behalten zu dürfen, als diese über die entsprechend den Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung gebildeten und deswegen später genehmigten Höchstpreise hinausgehen. Schon deshalb steht § 32 Abs. 2 Satz 1 StromNEV zu § 23a Abs. 5 EnWG nicht in Widerspruch und kann auch der Auffassung der Antragstellerin nicht gefolgt werden, wenn sie meint, die genannte Verordnungsvorschrift könne, weil die Norm sonst gegen höherrangiges Recht verstoße, nicht materiell-rechtliche Grundlage für die von ihr beanstandete Mehrerlösklausel sein.
- 20 b) Der Ausgleich des entstandenen (rechtsgrundlosen) Mehrerlöses, den der Netzbetreiber nicht behalten darf, hat dadurch stattzufinden, dass er - entsprechend dem Inhalt der von der Antragstellerin angefochtenen, vom Beschwerdegericht aufgehobenen Mehrerlös-Auflage - periodenübergreifend abrechnen muss.
- 21 Theoretisch käme zwar ebenfalls ein Ausgleich in der Weise in Betracht, dass der Netzbetreiber die Leistungsbeziehungen mit seinen Netznutzern auf der Basis der niedrigeren, entsprechend der Stromnetzentgeltverordnung gebildeten Entgelte abrechnen müsste. Wie der Senat in einer weiteren Entscheidung vom heutigen Tag näher begründet hat (BGH, Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 27/07 - Engen, dort unter III), scheidet diese Möglichkeit aber letztlich aus. In der Beziehung zwischen Netzbetreibern und Netznutzern schließt § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, auch wenn die Vorschrift keinen Rechtsgrund dafür schafft, dass der Netzbetreiber zuviel erhobene Entgelte endgültig behalten darf, eine Rückabwicklung aus.

- 22 Bleibt es dem Netzbetreiber danach zwar erspart, seine in Übereinstimmung mit § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG festgelegten Entgelte teilweise rückzuerstatten, und dürfen ihm andererseits Mehrerlöse nicht dauerhaft verbleiben, so bietet es sich an, diese Mehrerlöse wie sonstige Erlöse zu behandeln, die dem Netzbetreiber zugeflossen sind. Sie sind deshalb entsprechend der Regelung des § 9 StromNEV in der nächsten Genehmigungsperiode entgeltmindernd in Ansatz zu bringen.
- 23 Dies kann zwar im Einzelfall zu Ungleichgewichten führen, weil die Lieferbeziehungen zu den einzelnen Netznutzern, den Stromversorgern, nicht in demselben Umfang auch in der nächsten Planperiode fortbestehen müssen. Diese Unterschiede sind hinzunehmen. Insoweit unterscheidet sich diese Fallgestaltung nicht von anderen Abweichungen, die nach § 11 StromNEV periodenübergreifend auszugleichen sind. Unvermeidliche Defizite in der Deckungsgleichheit von Belasteten und Begünstigten hat der Verordnungsgeber durch die Regelungen in §§ 9, 11 StromNEV in Kauf genommen.
- 24 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestehen gegen die Mehrerlös-Auflage keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie verstößt weder gegen Art. 14 GG noch gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Rückwirkungsverbot (Art. 20 Abs. 3 GG). Da die Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes ebenso wie diejenigen der Stromnetzentgeltverordnung bereits zu dem Zeitpunkt galten, ab dem die Bundesnetzagentur die Mehrerlösbestimmung angeordnet hat, liegt keine Rückwirkung vor. Die Antragstellerin hätte nämlich zu diesem Zeitpunkt bereits wissen können, dass ihre nach altem Recht weiterberechneten Entgelte letztlich keinen Bestand haben werden. Insoweit konnte sie aufgrund der gesetzlichen Regelung auch nicht davon ausgehen, dass sie die höheren nach altem Recht ermittelten Entgelte würde behalten dürfen.

- 25 c) Im Ergebnis entspricht die Mehrerlös-Auflage der Bundesnetzagentur nach allem materiell-rechtlich der Rechtslage. Dass sie nicht an den maßgeblichen Zeitpunkt des 29. Oktober 2005 anknüpft, sondern - ersichtlich aus Vereinfachungsgründen - auf den 1. November 2005 datiert ist, beschwert die Antragstellerin nicht.
- 26 d) Formell war die Bundesnetzagentur auch berechtigt, die Verpflichtung zur Berechnung der erzielten Mehrerlöse dem Genehmigungsbescheid als Auflage beizufügen.
- 27 aa) Insoweit besteht eine ausreichende Ermächtigung in der Regelung des § 23a Abs. 4 Satz 1 EnWG, die es der Regulierungsbehörde erlaubt, den Genehmigungsbescheid mit einer Auflage zu verbinden. Diese spezialgesetzliche Vorschrift verdrängt nach § 1 Abs. 1 VwVfG die allgemeine Regelung des § 36 Abs. 1 VwVfG (BGHZ 91, 178, 181).
- 28 bb) Bei der Festlegung hat die Bundesnetzagentur ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt (§ 40 VwVfG).
- 29 Erlaubt eine gesetzliche Bestimmung, dass ein Verwaltungsakt mit einer Auflage versehen wird, muss die Auflage inhaltlich vom Zweck des Verwaltungsakts gedeckt sein (BVerwGE 56, 254, 260 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 36 Rdn. 54). Nur soweit die Behörde durch die Auflage mit dem Hauptverwaltungsakt vereinbare gesetzeskonforme Ziele verfolgt, handelt sie ermessensfehlerfrei (vgl. BGHZ 91, 178, 181; BVerwGE 104, 331, 334 f.).
- 30 Dem genügt die Auflage. Sie dient der Entgeltbestimmung, weil sie sicherstellt, dass der Mehrerlös in der nächsten Kalkulationsperiode berücksichtigt werden kann. Da dieses - wie oben ausgeführt - zulässig ist, entspricht es den Grundsätzen der Netzkostenermittlung nach § 4 Abs. 2 StromNEV, die

Mehrerlöse wie sonstige Erträge i.S. des § 9 StromNEV in die Entgeltberechnung einzustellen. Diese Aufgabe obliegt dem Netzbetreiber (§ 23a Abs. 3 Satz 1 EnWG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 StromNEV). Dass die Berücksichtigung der Mehrerlöse erst in der nächsten Kalkulationsperiode wirksam wird, hindert die Beifügung einer entsprechenden Auflage nicht. Der Mehrerlös hat seine Grundlage in der Kalkulationsperiode, die der Genehmigung zugrunde liegt. Deshalb ist es - auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie und der Planungssicherheit für den Netzbetreiber - sachgerecht, die Berechnung des Mehrerlöses und seine Berücksichtigung für die folgende Kalkulationsperiode bereits zu diesem Zeitpunkt im Wege einer solchen Auflage festzulegen.

II.

31 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist teilweise begründet, im Übrigen ist sie zurückzuweisen.

32 1. Geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau

33 Zu Recht beanstandet die Antragstellerin, dass die Bundesnetzagentur "geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau" generell nicht kalkulatorisch berücksichtigt hat.

34 a) Das Beschwerdegericht hat hierzu ausgeführt, dass "geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau" zwar für die Handelsbilanz als Posten nach § 266 Abs. 2 A II 4 HGB vorgesehen, in § 7 Abs. 1 StromNEV aber nicht erwähnt seien. Deshalb könnten sie auch bei der Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung nicht berücksichtigt werden. Dies stelle keine planwidrige Lücke dar, weil es sich um Güter handle, die den Netznutzern noch nicht zur Verfügung stünden.

- 35 b) Diese Auslegung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Anlagen im Bau und geleistete Anzahlungen sind bei der Ermittlung des nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV zu verzinsenden betriebsnotwendigen Eigenkapitals nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StromNEV nach den für Neuanlagen geltenden Grundsätzen zu berücksichtigen.
- 36 aa) Das Beschwerdegericht geht allerdings im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass die Aktivierung eines Vermögensbestandteils in der Handelsbilanz im Rahmen der Bestimmung der Netznutzungsentgelte unerheblich ist. Die Regelungen über die Handelsbilanz - ebenso wie diejenigen über die Steuerbilanz - können deshalb grundsätzlich nicht, auch nicht ergänzend, im Rahmen der kalkulatorischen Entgeltbestimmung angewandt werden. Dem widerspricht nicht, dass die Verordnung ihrerseits Regelungen (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 StromNEV) enthält, die auf die Handelsbilanz Bezug nehmen. Denn dies ist kein Verweis auf Rechtsnormen des Handelsrechts. Vielmehr dient die Handelsbilanz insoweit lediglich als Datenquelle für die Regulierungsentscheidung. Aus ihr lassen sich Kostenstruktur und Erlössituation des Netzbetreibers erkennen. Ansonsten ordnet die Verordnung es ausdrücklich an, wenn - wie etwa in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 StromNEV - auf bilanzielle Ansätze zurückgegriffen werden darf.
- 37 Die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung folgt einem eigenständigen System, das in seinen Grundsätzen durch § 21 EnWG vorgegeben und in der Stromnetzentgeltverordnung näher bestimmt wird. Der Gesamtzusammenhang der Regelung der §§ 6, 7 StromNEV verdeutlicht, dass es sich insoweit um ein abgeschlossenes Regelungswerk handelt, das die Eigenkapitalverzinsung losgelöst vom Handelsrecht selbständig normiert hat. Welche Vermögenswerte in welcher Höhe kalkulatorisch verzinst werden, regelt allein § 7 StromNEV. Danach ist die Grundlage für eine Verzinsung das betriebsnotwendige Eigenkapi-

tal gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 StromNEV, das durch § 7 Abs. 1 Satz 2 StromNEV definiert wird.

38 bb) Für Anlagen im Bau und geleistete Anzahlungen gilt Folgendes:

39 (1) Anlagen im Bau sind zwar in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 StromNEV nicht ausdrücklich genannt. Nummer 3 lässt sich aber ohne weiteres dahin auslegen, dass sie von dieser Vorschrift, die sich auf Neuanlagen bezieht, erfasst werden. Eine solche Auslegung entspricht den Zielsetzungen des Energiewirtschaftsgesetzes, nach denen in Sachanlagen investiertes Kapital verzinst werden soll. Damit wird die Regelung auch dem Gebot einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) gerecht. Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber für sein zur Herstellung von Anlagen aufgewandtes Kapital grundsätzlich denselben Ertrag erwarten kann wie für Kapital, das er in anderen Bereichen des Netzbetriebs investiert hat. Zu den Zielen des Energiewirtschaftsrechts gehört die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit von Energieverteilungsanlagen (§ 1 Abs. 2 EnWG). Sie setzt voraus, dass Investitionen, die der Erhaltung und dem bedarfsgerechten Ausbau im Sinne der gesetzlichen Zielsetzung nach § 11 EnWG dienen, im Hinblick auf ihre Verzinsung nicht benachteiligt werden, sondern der Investor auf eine angemessene Rendite aus diesem Kapital vertrauen können muss. Dies schließt es jedenfalls aus, derartige Vermögensbestandteile ohne sachlichen Grund vollständig aus der Verzinsung herauszunehmen.

40 Eine unterschiedliche Verzinsung lässt sich - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - nicht damit begründen, dass eine noch nicht fertige Anlage den Nutzern auch noch nicht zur Verfügung steht. Ob Einrichtungen, Anlagen bzw. sonstige Vermögensbestandteile dem Nutzer zur Verfügung stehen, ist nach der Regelung des § 7 StromNEV nicht entscheidend. Maßgebliches Abgrenzungsmerkmal ist vielmehr die Betriebsnotwendigkeit des Vermö-

gensbestandteils. Nur soweit ein Vermögensbestandteil betriebsnotwendig ist, darf er nach § 7 Abs. 1 Satz 1 StromNEV für die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung herangezogen werden. Die Betriebsnotwendigkeit besteht aber auch für Investitionen, die - im Sinne der Erhaltung und des Ausbaus einer für eine sichere Energieversorgung notwendigen Infrastruktur - dem Netzbetrieb demnächst zur Verfügung stehen sollen.

41 Der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StromNEV steht nicht entgegen, dass eine noch nicht in Betrieb genommene Anlage, wie die Bundesnetzagentur meint, keinen Restwert haben kann. Entscheidend ist, dass sie einen kalkulatorischen Wert hat, der es gebietet, die Regelung der Nummer 3 auch auf schon im Bau befindliche Anlagen anzuwenden.

42 (2) Ebenfalls unter § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StromNEV fallen deshalb die geleisteten Anzahlungen, soweit sie sich auf Sachanlagen beziehen. Sie sind eine Investition in eine Sachanlage und stellen mithin für den Netzbetreiber einen Vermögenswert dar, der sich in der Sachanlage verkörpert. Auch solche Vermögenswerte unterliegen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StromNEV deshalb der Eigenkapitalverzinsung. Andernfalls käme es zu dem mit den Zielsetzungen des Energiewirtschaftsgesetzes unvereinbaren Ergebnis, dass der Netzbetreiber, würde er keine Anzahlung leisten, denselben Betrag als Bestandteil des Betriebsvermögens verzinst erhielte. Damit stünde er besser, als wenn er vorhandenes Kapital jedenfalls als Anzahlung in Sachanlagen - seien sie auch noch im Bau - investieren würde.

43 2. Aktive Rechnungsabgrenzungsposten

44 Das Beschwerdegericht hat demgegenüber zu Recht mit der Bundesnetzagentur die von der Antragstellerin angesetzten aktiven Rechnungsabgrenzungsposten unberücksichtigt gelassen. Ob aktive Rechnungsabgrenzungsposten

ten handelsrechtlich angesetzt werden können, ist im Rahmen der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ohne Belang. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese Positionen keinen eigenständigen Vermögensbestandteil darstellen, sondern lediglich der periodengerechten Zuordnung dienen. Aktive Rechnungsabgrenzungsposten weisen bilanziell Anzahlungen vor dem Stichtag aus, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen (§ 250 Abs. 1 HGB). Damit unterfallen sie weder dem Wortlaut der § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 StromNEV noch stellen sie nach dem Normzweck dieser Vorschriften anzusetzendes Eigenkapital dar. Die fehlende Berücksichtigungsfähigkeit von aktiven Rechnungsabgrenzungsposten belegt im Übrigen auch der Vergleich mit § 7 Abs. 2 StromNEV. Dort hat der Normgeber die Ansatzfähigkeit passiver Rechnungsabgrenzungsposten (§ 250 Abs. 2 HGB) als Abzugskapital nach § 7 Abs. 2 Satz 2 StromNEV ausdrücklich anerkannt. Dies bestätigt im Gegenschluss die Folgerung, dass aktive Rechnungsabgrenzungspositionen bei der Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung unberücksichtigt bleiben sollten. Dies mag auch in dem Umstand begründet sein, dass durch eine andere Regelung im besonderen Maße Missbrauchsmöglichkeiten (etwa durch vorfällige Zahlungen) eröffnet sein könnten.

45 3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung (§ 7 StromNEV)

46 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.

47 a) Das Beschwerdegericht nimmt - insoweit der Auffassung der Bundesnetzagentur folgend - eine Berechnung in vier Schritten vor: Nach einer Ermittlung der auf höchstens 40% begrenzten kalkulatorischen Eigenkapitalquote (§ 6 Abs. 2 Satz 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).

48 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 40%-igen Eigenkapitalquote (sog. doppelte Deckelung) nicht zu beanstanden.

49 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.

- 50 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.
- 51 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 greift also nicht nur für die kalkulatorische Abschreibung, die unmittelbarer Regelungsgegenstand des § 6 StromNEV ist, sondern umfassend für die Anwendung der §§ 4 ff. StromNEV.
- 52 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 Verordnungsgeber an die an-

derslautenden Regelungen der Verbändevereinbarung Strom II plus hat anknüpfen wollen. Im Gegenteil spricht gegen einen solchen Willen des Verordnungsgebers 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 Bundesnetzagentur 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).

53 Aufgrund dessen widerspricht die Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 StromNEV a.F. auch nicht dem von der Antragstellerin dem Verordnungsgeber 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.

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

55 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).

56 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 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.

57 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.

- 58 dd) 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 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.
- 59 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).

60 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.

61 Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ergibt sich keine andere Bewertung. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offen gelassen, 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).

62 4. Kalkulatorische Gewerbesteuer (§ 8 StromNEV)

63 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin bleibt im Wesentlichen auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht gebilligte Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer durch die Bundesnetzagentur wendet. Dies betrifft sowohl die Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit der kalkulatorischen Gewerbesteuer bei sich selbst (hierzu unter a) als auch die Nichtanerkennung der Scheingewinne (hierzu unter b). Lediglich der angewandte Hebesatz ist zu korrigieren (hierzu unter c).

64 a) 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.

65 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.

66 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" 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 entsprechen würde, 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 Körperschaftssteuer abzielt (vgl. BR-Drucks. 245/05 S. 35 zu § 7 Abs. 5).

- 67 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.
- 68 b) Das Beschwerdegericht hat auch zu Recht eine Berücksichtigung kalkulatorischer Steuern auf den Scheingewinn als Bestandteil des zu versteuernden Gewerbeertrags nach § 7 GewStG im Rahmen des § 8 StromNEV verneint.
- 69 Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 8 Satz 1 StromNEV. Nach dieser Norm kann im Rahmen der Ermittlung der Netzkosten die dem Netzbereich sachgerecht zuzuordnende Gewerbesteuer als kalkulatorische Kostenposition in Ansatz gebracht werden. Hierdurch wird auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV, abgestellt. Ausgangspunkt sind somit nicht die der steuerlichen und

handelsrechtlichen Gewinnermittlung zu Grunde liegenden Größen, zu denen die sich als Differenz zwischen den kalkulatorischen und bilanziellen Abschreibungen ergebenden Scheingewinne gehören.

70 Aufgrund dieser "Einbettung" des § 8 StromNEV in die kalkulatorische Kostenrechnung nach §§ 4 ff. StromNEV wäre eine Berücksichtigung von Scheingewinnen ein Fremdkörper. Die kalkulatorische Gewerbesteuer ist Teil der kalkulatorischen Kostenrechnung, die die Entgeltbildung unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen simulieren soll. In dieser "kalkulatorischen Welt" sind jedoch gemäß § 6 StromNEV auch die Abschreibungen rein kalkulatorisch zu berechnen. Die (tatsächlichen) bilanziellen Abschreibungen sind dagegen ohne Bedeutung.

71 Gegen eine Anknüpfung der kalkulatorischen Gewerbesteuer i.S. des § 8 Satz 1 StromNEV an die sich aus dem Gewerbesteuergesetz ergebende Berechnungsweise nach §§ 7 ff. GewStG spricht auch der Umstand, dass der Verordnungsgeber zur Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst in § 8 Satz 2 StromNEV eine ausdrückliche Regelung getroffen hat. Dies lässt nur den Umkehrschluss zu, dass im Übrigen die Gewerbesteuer ausschließlich auf kalkulatorischer Grundlage berechnet werden soll.

72 Nur diese Sichtweise lässt sich mit der Entstehungsgeschichte des § 8 StromNEV in Einklang bringen. Der erste Entwurf der Stromnetzentgeltverordnung vom 20. April 2004 enthielt in § 8 Abs. 2 noch die Regelung, dass "Ertragssteuern, die infolge der Differenz von kalkulatorischen Abschreibungen eines Geschäftsjahres zu den handelsrechtlichen Abschreibungen des gleichen Geschäftsjahres (Scheingewinn) anfallen, ... als Kosten angesetzt werden (können)." Im Laufe des weiteren Verordnungsgebungsverfahrens wurde jedoch von dieser handelsrechtlichen Sichtweise ausdrücklich Abstand genommen und der kalkulatorische Ansatz des geltenden § 8 StromNEV gewählt (vgl.

hierzu Bündenbender, DVBl. 2006, 197, 204). Vor diesem Hintergrund lässt sich § 8 StromNEV nur als abschließende Regelung dahin verstehen, dass die Gewerbesteuer eine rein kalkulatorische Kostenposition sein soll, die auf der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung fußt und ansonsten - bis auf die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer bei sich selbst - keinen Rückgriff auf handels- oder gewerbesteuerrechtliche Vorgaben erlaubt.

73 c) Hinsichtlich des Hebesatzes kann die Entscheidung des Beschwerdegerichts keinen Bestand haben.

74 Bei der Berechnung der Gewerbesteuer hätte der zugrunde zu legende Steuermessbetrag in Zerlegungsanteile aufgespaltet werden müssen, da das Unternehmen Betriebsstätten in mehreren Gemeinden unterhält (§ 28 Abs. 1 GewStG), wobei die Leitungseinrichtungen jedoch unberücksichtigt bleiben müssen (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 GewStG). Daraus ergeben sich unterschiedliche Hebesätze nach § 16 GewStG, die auf den zerlegten Steuermessbetrag jeweils zur Anwendung gelangen (vgl. BFHE 151, 452, 453 f.).

III.

75 Soweit die Rechtsbeschwerde hiernach begründet ist, führt sie neben der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zu einer Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats.

76 1. 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 Genehmigungsentscheidung der Regulierungsbehörde in einem Punkt als rechtswidrig erweist. In diesen Fällen ist es den Gerichten in der Regel nicht

möglich, konkrete Netznutzungsentgelte unter Korrektur der einzelnen Rechnungspositionen selbst festzusetzen. Die Verpflichtung zur Neubescheidung 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 Umsetzung der Entscheidung in einen Verwaltungsakt überlassen (Jörg Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. § 113 Rdn. 39).

77 Angesichts der Materialfülle und der Komplexität der Entgeltermittlung wäre für das Gericht ein konkreter Verpflichtungsausspruch mit einem zumutbaren Aufwand kaum zu leisten. Eine solche Verurteilung widerspräche auch der Struktur der gerichtlichen Kontrolle im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren. Deren Umfang bestimmt der Netzbetreiber als Antragsteller, der regelmäßig nur bestimmte Punkte der Entgeltberechnung zur Überprüfung durch die Gerichte stellt. Von daher wäre es nicht nur nicht verfahrenswirtschaftlich, sondern auch mit dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers nicht vereinbar, wenn das Gericht seinen Genehmigungsantrag zur Gänze rechnerisch nachvollziehen müsste.

78 2. Der Senat sieht sich - in Übereinstimmung mit dem Beschwerdegericht - an einem solchen Bescheidungsausspruch nicht dadurch gehindert, dass die Kalkulationsperiode bereits abgelaufen ist. Dass die Bundesnetzagentur die Entgelte (mit Kürzungen) nur bis zum 31. Dezember 2006 genehmigt hat, führt nicht zu einer Erledigung des Begehrens der Antragstellerin mit der Folge, dass nur noch über den von ihr gestellten Hilfsantrag zu befinden wäre.

79 Durch den Ablauf des Genehmigungszeitraums geht die erstrebte Genehmigung höherer Netznutzungsentgelte nicht ins Leere. Eine nach der gerichtlichen Entscheidung ergehende neue Genehmigung wirkt vielmehr auf den

Zeitpunkt der 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.

80 Ein höherer Höchstbetrag für ihre Netznutzungsentgelte wäre für die Antragstellerin auch nicht sinnlos, weil sie nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts 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 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 NVwZ 1998, 191, 192; 1999, 306, 308).

81 3. Damit besteht für die Antragstellerin auch das Rechtsschutzinteresse für eine Entscheidung in der Sache fort (vgl. BVerwGE 59, 23, 25). Dass ihrem Begehren nur im Wege eines Bescheidungsurteils entsprochen werden kann, es mithin also für den bereits abgelaufenen Genehmigungszeitraum eines nochmaligen Verwaltungsakts bedarf, ist 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).

C.

82

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Tolksdorf

Raum

RiBGH Prof. Dr. Meier-Beck
ist urlaubsbedingt an der Un-
terzeichnung gehindert.
Tolksdorf

Strohn

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.05.2007 - VI-3 Kart 289/06 (V) -