

Veröffentlichungen des Instituts für  
Energierrecht an der Universität zu Köln

herausgegeben von:

Professor Dr. Bodo Börner  
o. Professor an der Universität zu Köln  
Direktor des Instituts für das Recht der  
Europäischen Gemeinschaften und des  
Instituts für Energierrecht

Band 51



# Probleme des § 12a BTO Elt

Das Heft enthält die am 3. und 4. Mai 1983  
auf der 14. Vortragsveranstaltung des Instituts  
in Köln gehaltenen Vorträge von:

Prof. Dr. Peter Badura

Prof. Dr. Bodo Börner

Dr. Hans-Rudolf Ebel

Prof. Dr. Werner Kern

Ministerialrat Gerhard Klier

Dr. Heinz Klinger

Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

Zitierweise: VEnergR

**CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek**

**Probleme des § 12 [Paragrafen zwölf] a BTO** **Elt:** d. H. enth. d. am 3. u. 4. Mai 1983 auf d. 14. Vortragsveranst. d. Inst. in Köln gehaltenen Vorträge / von: Peter Badura . . . – 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

(Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln; Bd. 51)

ISBN 3-7890-0934-2

NE: Badura, Peter [Mitverf.]; Institut für Energierecht (Köln): Veröffentlichungen des Instituts . . .

1. Auflage 1983

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten.

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	7
Dr. jur. <i>Peter Badura</i> , Professor, Universität München	
Rechtsfragen der Preisaufsicht	9
<i>Gerhard Klier</i> , Ministerialrat, Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München	
Rechtsfragen der Preisaufsicht	29
Dr. jur. <i>Heinz Klinger</i> , Mitglied des Vorstandes der Isar-Amperwerke, München	
Rechtsfragen der Preisaufsicht	43
Dr. rer. pol. <i>Werner Kern</i> , Professor, Universität Köln	
Betriebswirtschaftliche Aspekte der Tarifgenehmigung	63
Dr. jur. <i>Bodo Börner</i> , Professor, Universität Köln	
Strompreise im Spannungsfeld von Preis- und Kartellaufsicht	77
Dr. jur. <i>Hans-Rudolf Ebel</i> , Syndikusanwalt der Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft (VIK), Essen	
Das Verhältnis von Preis- und Kartellrecht im Strombereich	117
	5

## Rechtsfragen der Preisaufsicht

### 1. *Energiepolitik und Streit über die Strompreise*

Die Rechtsfragen der energiewirtschaftlichen Preisaufsicht konfrontieren den Juristen – sei er Verwaltungsbeamter, Richter oder Wissenschaftler – sogleich mit Fragen der Betriebswirtschaft und der Wirtschaftspolitik, von denen er eigentlich nichts verstehen kann. Er sollte wissen, wie Preise auf dem Markt gebildet werden und vor allem, wie sie ohne marktwirtschaftlichen Wettbewerb gebildet werden sollen. Er sollte wissen, was Kosten sind, oder besser: wie man sie ermittelt und beurteilt, und weiter, wie sich die kalkulatorische Rechnung des Betriebswirts von der Handelsbilanz des Kaufmanns und der Steuerbilanz des Steuerzahlers unterscheidet. Alles in allem müssen bei der energiewirtschaftlichen Preisaufsicht Rechtsvorschriften ausgelegt und angewandt werden, die sich auf ein nur mit wirtschaftswissenschaftlichem Sachverstand erfaßbares Unternehmensverhalten beziehen.

Über die noch vergleichsweise professionell und technisch anmutende Kunst des Kaufmanns und Betriebswirts hinaus gelangt die Betrachtung, wenn sich der Blick auf die energie- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen richtet, die in den komplexen Maßstäben der Preisaufsicht verkörpert sind oder verkörpert sein könnten. Schon wenige Schlaglichter zeigen, daß die Aufsichtsmaßstäbe Zielkonflikte in sich bergen, die von Regierung und Verwaltung bei der näheren Ausgestaltung in Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften und dann bei der Entscheidung im Einzelfall berechenbar aufgelöst werden müssen.

Anläßlich der Berichterstattung zu der Zweiten Fortschreibung des Energieprogramms der Bundesregierung hat der Bundestagsausschuß für Wirtschaft 1978 dem Plenum zur Beschlußfassung folgende Leitlinie empfohlen:

»Energie darf nicht zum Engpaßsektor der wirtschaftlichen Entwicklung werden. Eine unzureichende Energieversorgung hätte nachteilige Folgen für das

Wirtschaftswachstum und würde insbesondere arbeitsmarkt- und sozialpolitische Ziele gefährden.«<sup>1</sup>

Im März 1983 zitierte der Bundesarbeitgeberverband Chemie »besorgte Stimmen«, die hohe Lohnkosten und hohe Energiekosten in einem Atemzug als limitierende Faktoren für die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Produktionen aufzählen. Deutsche Strompreise würden Arbeitsplätze gefährden, was paradoxerweise die Folge der Energiepolitik sei, mit der deutsche Energieträger und Arbeitsplätze im Steinkohlenbergbau gesichert werden sollten. Die teure Sicherung der Arbeitsplätze im Steinkohlenbergbau und die deshalb höheren Strompreise gefährdeten die Arbeitsplätze bei den Stromabnehmern. Die Darstellung schließt mit dem Hinweis auf die Schwierigkeiten und Verzögerungen beim Ausbau der billigeren Kernenergie; eine günstigere Mischkalkulation durch die Stromerzeuger werde so verhindert.<sup>2</sup>

Die Strompreise sind somit ein wichtiger Indikator des Wirtschaftsprozesses und ein einflußreiches Steuerungselement der Wirtschaftspolitik. Die hier angezeigte juristische Erörterung muß allerdings beachten, daß Bildung und Beaufsichtigung der Strompreise verschiedenen Regeln folgen, je nachdem ob es sich um den Bereich der Tarifikunden oder um den Bereich der Sondervertragskunden handelt. Die energieintensive Industrie als Stromabnehmer gehört regelmäßig zu den Sondervertragskunden, die – nach Beseitigung des Preisstopprechts<sup>3</sup> – jetzt nur noch der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht unterstellte Vertragsbeziehungen mit den Energieversorgungsunternehmen haben.

Demgegenüber sind die EVU, soweit die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 6 EnWG reicht, d. h. im Tarifikundenbereich, öffentlich-rechtlich durch das Energierecht gebunden, insbes. durch die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifikunden (AVBEltV) vom 21. Juni 1979 und die Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestariford-

- 1 BTag Drucks. 8/2370, S. 2. – Der Vortragsform entsprechend bleibt der Apparat der Nachweise und Literaturhinweise sehr beschränkt. Für nähere Belege und zur genaueren Begründung einzelner Thesen wird hier verwiesen auf: P. Badura/W. Kern, Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a der Bundestarifordnung Elektrizität (BTO Elt), aus rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, Hamburger Beiträge zum Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht, Bd. 8 1983.
- 2 Informationsbrief für Führungskräfte, hrsg. vom Bundesarbeitgeberverband Chemie, 3/1983, S. 7.
- 3 Zweite Preisfreigabeverordnung (PR Nr. 1/82) vom 12. 5. 1982 (BGBl. I S. 617).

nung Elektrizität) vom 26. November 1971, zuletzt geändert durch die Zweite Änderungsverordnung vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122). Seitdem die Zweite Änderungsverordnung für die Strompreise der Tarifkunden als einheitliche Rechtseinrichtung die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt eingeführt hat, findet hier durchgehend eine präventive Preisaufsicht im Rahmen dieses Genehmigungsvorbehalts für die Tarife und ihre einzelnen Bestandteile statt. Die Genehmigungsvoraussetzungen richten zusammen mit den Allgemeinen Grundsätzen des § 1 Abs. 1 BTO Elt ein verschachteltes Gebäude von Preisbildungsregeln auf.

Die neuen Vorschriften über die Strompreistarife haben rasch zu einer Fülle von juristischen Streitfragen geführt. Der innere Grund dafür ist wirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Art. Die außergewöhnliche Verteuerung der Primärenergie und die Entwicklung anderer Kostenfaktoren für die Bereitstellung von Elektrizität haben die EVU gezwungen, in einem vorher nicht bekannten Maß und Rhythmus Erlösverbesserungen im Wege einer Anhebung der Strompreise anzustreben. Die Genehmigungsbehörden haben den Anträgen der EVU, neue Tarife zu genehmigen, häufig nur zum Teil entsprochen. In einigen Fällen hat das EVU daraufhin die Verwaltungsgerichte angerufen, parallel dazu aber auch erneute Anträge auf Tarifgenehmigungen gestellt, mit denen zeitlich versetzt und zum Teil mit sich überschneidenden Abrechnungsperioden Tarifanhebungen erreicht wurden.

Aus der Vielfalt der Streitfälle heben sich zwei Verfahren ab, in denen bemerkenswerte verwaltungsgerichtliche Entscheidungen ergangen sind. Über einen Antrag der Fränkischen Überlandwerk AG, Nürnberg auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Regelung von Tarifen haben das Verwaltungsgericht Ansbach mit Beschluß vom 12. Februar 1981<sup>4</sup> und dann der Bayer. Verwaltungsgerichtshof mit Beschluß vom 2. April 1981<sup>5</sup> entschieden. Der Antrag blieb erfolglos, doch brachte das Verfahren wichtige Erkenntnisse, nämlich:

- 1) Eine Änderung der einzelnen Versorgungsverhältnisse ist nur kraft der vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntgabe und nur für die Zukunft möglich; dem muß die Tarifgenehmigung nach Inhalt und Wirkung Rechnung tragen.
- 2) Das antragstellende EVU hat nach Maßgabe der normativen Preisbildungsregeln einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Tarifgenehmigung.

4 RdE 1981, 95.

5 RdE 1981, 91.

- 3) Investitionen der EVU dienen vor allem dem Erfordernis einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung. Diesem Erfordernis müssen auch die Tarifpreise genügen, d. h. sie müssen dem EVU Erlöse in einer Höhe gewähren, die die unter dem Gesichtspunkt einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung unumgänglichen Investitionen ermöglichen.
- 4) »Wird die Tarifgenehmigung nach § 12a Abs. 4 BTO Elt in ihrer Geltungsdauer auf einen relativ kurzen Zeitraum wie hier von 15 Monaten befristet, können Investitionen, die mit den genehmigten Tarifpreisen im laufenden Tarifzeitraum nicht realisierbar sind, in aller Regel ohne Gefährdung des Erfordernisses einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung im darauffolgenden Tarifzeitraum nachgeholt werden. Die Preisgenehmigungsbehörde hätte dem nunmehr erhöhten Investitionsbedarf durch eine entsprechende Verbesserung der Erlöse Rechnung zu tragen (vgl. § 12a Abs. 2 Nr. 2 BTO Elt).«

Der zweite Streitfall, über den zu berichten ist, ist die nach Ablauf des strittigen Tarifzeitraums als Fortsetzungsfeststellungsklage weitergeführte Verpflichtungsklage der Isar-Amperwerke AG, München. Das Verwaltungsgericht München hat mit Urteil vom 1. Februar 1982<sup>6</sup> die Klage abgewiesen; die Berufung ist anhängig. Diese Entscheidung zeigt eine deutliche Unsicherheit in der Praktizierung der kalkulatorischen Kostenrechnung und der zusätzlichen Heranziehung der bilanziellen Jahresrechnung. Sie beschränkt sich außerdem im wesentlichen auf eine Art Plausibilitäts-, Vertretbarkeits- und Willkürkontrolle der nachzuprüfenden Verwaltungsentscheidung. Soweit die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der »erforderlichen« Erlösverbesserung prognostische Einschätzungen einschließt, müsse der Behörde ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Denn die nach § 12a BTO Elt zu treffende Entscheidung sei dem gestaltenden Planrecht zuzurechnen und stelle die Ausübung einer flexiblen Gestaltungsmöglichkeit für die Anpassung der Tarife dar.

Dieser kurzer Streifzug ergibt für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle preisrechtlicher Entscheidungen jedenfalls zwei Folgerungen:

- 1) Die Ermittlung und Würdigung des Sachverhalts, zu dem die Kosten- und Erlöslage des EVU und die zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Erlösverbesserung vorgebrachten Umstände gehören, wird nicht immer ohne Heranziehung betriebswirtschaftlichen Sachverstands erfolgen können.

6 RdE 1982, 122.

- 2) Bevor eine im Einzelfall umstrittene Rechtsfrage in den allein einer administrativen Beurteilung zukommenden Bereich verwiesen wird, müssen die normativen Entscheidungsgrundlagen der Verwaltung mit dem juristischen Mittel der Auslegung erschöpfend als Maßstab der richterlichen Kontrolle entwickelt werden.

## 2. *Unternehmerische Preisbildung und öffentlich-rechtliche Preiskontrolle*

Die präventive oder repressive Überwachung von Preisen, um nach einem bestimmten Kriterium der »Angemessenheit« des Preises das Angebotsverhalten der Unternehmen zu beeinflussen, gehört zu den herkömmlichen Instrumenten des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Die obrigkeitliche Preiskontrolle findet vor allem bei knappen und daseinswichtigen Gütern und bei beschränktem oder fehlendem Wettbewerb statt. Durch Preiskontrolle kann der Schutz des Nachfragenden, besonders des Verbrauchers, aber auch bestimmter strukturpolitischer Belange angestrebt werden. Außerhalb von Bereichen einer Staatswirtschaft oder einer geplanten Wirtschaft ist für die Preisaufsicht das Gegenüber von unternehmerischer Preisbildung und öffentlich-rechtlicher Preiskontrolle kennzeichnend. Ungeachtet der mittelbaren Auswirkungen jeder Preisaufsicht auf das unternehmerische Verhalten, z. B. die Investitionsbereitschaft oder die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung, ist die Unternehmenstätigkeit außerhalb der Preisbildung nicht Gegenstand der Preisaufsicht. Unter rechtsstaatlichem Blickwinkel ist maßgebend, daß ein bestimmter öffentlicher Zweck entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in einem berechenbaren Aufsichtsmaßstab durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes festgelegt wird, um bei Vorliegen besonderer rechtfertigender Gründe eine staatliche Preiskontrolle im Einzelfall zuzulassen.

Die vielgestaltigen Ziele, Maßstäbe und Werkzeuge administrativer Preiskontrolle sind hier nicht auszubreiten. Für die energierechtliche Preisaufsicht im Rahmen der Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt gilt, daß durch sie die Preise, die die EVU im Tarifbereich fordern dürfen, nach Maßgabe eines bestimmten Tarifsystems und für den von der Genehmigung erfaßten Zeitraum von der Regelung der zuständigen Behörde, einem Verwaltungsakt, abhängig werden. Dieser Verwaltungsakt gestaltet das aufsichtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem EVU. Gegenstand dieser Regelung sind nicht die einzelnen Lieferverträ-

ge, sondern »die Tarife und ihre einzelnen Bestandteile«. Durch die Genehmigung werden die Tarife als Höchstpreise festgelegt.

### 3. Die gesetzliche Richtlinie für die »wirtschaftliche Gestaltung« der Strompreise (§ 7 Abs. 1 EnWG)

Nach § 7 Abs. 1 EnWG kann der Staat die allgemeinen Tarifpreise der Energieversorgungsunternehmen, soweit deren allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht reicht (§ 6 Abs. 1 EnWG), durch allgemeine Vorschriften und Einzelanordnungen »wirtschaftlich gestalten«. Diese gesetzliche Ermächtigung fügt sich in die Rechtslage ein, daß die Energiewirtschaft der Aufsicht des Staates untersteht (§ 1 Abs. 1 EnWG).

Vom verfassungsrechtlichen Standpunkt ist der politische Spielraum des Gesetzgebers für die Beeinflussung der Preise und allgemein für die Ausgestaltung der Energieaufsicht recht groß. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur BTO Elt<sup>7</sup> wird gesagt:

»Besonders weitgehend kann dabei ein Bereich geregelt werden, in dem Unternehmen mit monopolartiger Stellung eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, wie die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtiger Energie.«

In dem Urteil zur Mineralölbevorratung<sup>8</sup> weist das Gericht dem Gemeinwohlinteresse an einer geordneten und langfristig gesicherten Energieversorgung einen hohen Rang zu. Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen sei eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft. Die überragende Bedeutung der Energiewirtschaft rechtfertige weitergehende Interventionen als sie auf anderen Wirtschaftsgebieten üblich und zulässig seien.

Diese verfassungsgerichtlichen Wegmarken zeigen den Grundgedanken, der auch für die Auslegung der energierechtlichen Befugnisse der Exekutive von Gewicht ist, und lassen eine zutreffende Einordnung der Monopolstellung der EVU zu. Die Monopolstellung der EVU hat ihren Grund in den technischen und wirtschaftlichen Bedingungen einer leitungsgebundenen Energieversorgung und beruht rechtlich auf dem Gebietsschutz durch Demarkations- und Konzessionsverträge. Die Monopolstellung der EVU darf nicht isoliert nur als eine an sich irreguläre Erscheinung in der Markt-

7 BVerfG Beschluß vom 15. 11. 1973 ET 1974, 61.

8 BVerfGE 30, 292/311 f., 323 f. – Siehe auch BayVGH NVwZ 1982, 130/132.

wirtschaft gewertet werden. Sie steht in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Ziel, eine sichere und billige Energieversorgung zu gewährleisten. Das gilt im Energierecht ebenso wie im Kartellrecht. Denn der wesentliche Grund für den Ausnahmebereich Versorgungswirtschaft im GWB war und ist, daß die freigestellten Verträge angesichts der technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung die Grundlage für eine sichere, geregelte und preisgünstige Versorgung darstellen.

In der gesetzlichen Klausel, daß die Verwaltung die allgemeinen Tarifpreise »wirtschaftlich gestalten« darf, liegt trotz ihrer Weite eine greifbare rechtliche Bindung der Exekutive. Die Auslegung dieser Ermächtigung erhält ihre wesentlichen Direktiven

- aus dem übergreifenden Zweck des EnWG, die Energieversorgung so sicher und so billig wie möglich zu gestalten,
- aus dem Grundsatz des EnWG, die Energieversorgung zwar einer weitreichenden Wirtschaftsaufsicht zu unterwerfen, dennoch aber wirtschaftlich handelnden Versorgungsunternehmen zu überlassen
- und schließlich aus dem Umstand, daß die durch § 7 Abs. 1 EnWG eröffnete Preisaufsicht auf die mit einem Gebietsmonopol ausgestatteten EVU bezogen ist.

Nach der Begründung des EnWG<sup>9</sup> ist die Klausel so zu verstehen, daß sie auf eine Beeinflussung der Energietarife dahin abzielt, daß die Tarife »sowohl den besonderen Bedürfnissen der Verbraucher angepaßt als auch zunächst in einzelnen Wirtschaftsgebieten und weiterhin im gesamten Reichsgebiet möglichst angeglichen und volkswirtschaftlich zweckmäßig gestaltet werden«.

Unter marktwirtschaftlichen Bedingungen wird die Preisbildung durch den Wettbewerb »wirtschaftlich« gestaltet. Bei der Strompreisbildung muß ein anderes Regulativ »wirtschaftlicher« Gestaltung gefunden werden. Zieht man in Betracht, daß die Preise der EVU in den abgegrenzten Versorgungsgebieten ohne marktwirtschaftlichen Wettbewerb gebildet werden, läßt sich ein anderer »wirtschaftlicher« Ansatzpunkt für die Preisbildung nur in den jeweiligen Entstehungs- und Verteilungskosten des Stromes finden. Demnach wird der Preisaufsicht nach § 7 Abs. 1 EnWG in der Kostenorientierung ein wichtiger Maßstab geliefert, wird aber andererseits auch die Angemessenheit der Kosten im Sinne des energiewirtschaftlichen Leitgrundsatzes von der Preisaufsicht erfaßt. Dadurch

9 Beleg bei *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner*, Energiewirtschaftsrecht, Stand Januar 1982, III 19.

daß das Gesetz eine Aufsicht über die »Wirtschaftlichkeit« der Preise und dann der Energiedarbietung durch die EVU zuläßt und damit die Kostenverursachung nach einem bestimmten energiewirtschaftlichen Ziel an eine normative Leitlinie bindet, dringt es nach dem Maß der zugelassenen Preisaufsicht mittelbar in die freie unternehmerische Gestaltung der EVU ein. Für die Handhabung der Preisaufsicht wird es damit zur wesentlichen Rechtsfrage, wie sie in einer berechenbaren Weise die rechtliche Grenze zu bestimmen hat, die von der den Unternehmen zustehenden Gestaltun-  
gsfreiheit bei der Energieversorgung der Ausübung der Aufsichts-  
befugnisse gezogen ist.

Der Maßstab der Preisaufsicht ist energiewirtschaftlich bestimmt und begrenzt. Er schließt allgemeine wirtschaftspolitische Ziele und sozialpolitische Ziele nicht ein. Nicht-energiewirtschaftliche Zielsetzungen über § 7 Abs. 1 EnWG der Preisaufsicht zuzusprechen, müßte mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Bestimmtheit des Gesetzes in Widerspruch geraten.

Soweit jedoch der energiewirtschaftliche Maßstab der Preisaufsicht reicht, müssen sich die EVU der Aufsicht hinsichtlich ihrer Kosten unterwerfen, wenn sie die Kosten über Preise und Erlöse decken wollen. Zu diesen Zielen des Energiewirtschaftsrechts gehören eine rationelle Betriebs- und Unternehmensführung und eine sparsame Nutzung der Ressourcen, ebenso aber die jederzeit bereite und langfristig gesicherte Vorhaltung der Energie in dem Maße, das den voraussichtlichen volkswirtschaftlichen Erfordernissen genügt. »Billig« oder »kostengünstig« heißt demnach nicht: zu möglichst niedrigen Kosten und Preisen. Denn die Erfordernisse der sicheren Stromversorgung können, z. B. zur Sicherung der Primärenergiebasis, verhältnismäßig hohe Kosten und damit Preise erzwingen. Der notwendige Investitionsbedarf und die hinreichende Substanzerhaltung der Anlagen müssen gewährleistet sein – demgegenüber ist die Frage, wie dieses rechtlich vorgegebene Ziel im Einzelfall betriebswirtschaftlich auszudrücken ist, nachrangig. Das Gesetz schreibt nicht eine bestimmte Methode der Kostenrechnung vor. Es fordert nur, daß der notwendige Investitions- und Abschreibungsbedarf gesichert werden muß, und zwar in Rücksicht der allgemeinen energiewirtschaftlichen Erfordernisse und in Rücksicht der unternehmensindividuellen Merkmale des jeweiligen Versorgungsgebiets. Zu dem zu sichernden Investitions- und Abschreibungsbedarf gehören die Ersatzbeschaffungen zur Substanzerhaltung der Anlagen, die voraussichtlichen Erweiterungs- und Verbesserungsmaßnahmen und die langfristige Sicherung der Energiebeschaffung. Die Sicherung des notwendigen Investitions- und Abschreibungsbedarfs ist ein wesentliches

Element der energierechtlich zu sichernden Leistungsfähigkeit der EVU im ganzen und im einzelnen.

Damit ist die konkrete Versorgungsaufgabe des eine Tarifierhebung anstrebenden EVU für die Preisaufsicht maßgeblich. Die Anforderung einer »möglichst sicheren und kostengünstigen« Energieversorgung (siehe § 1 Abs. 1 BTO Elt) zielt auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen EVU, ist also entsprechend der Richtlinie des § 7 Abs. 1 EnWG – »wirtschaftliche Gestaltung« der allgemeinen Tarifpreise – an der individuellen Kostenstruktur ausgerichtet.<sup>10</sup>

Die energiewirtschaftlich bestimmte und begrenzte Umschreibung der preisaufsichtlichen Befugnisse durch die konkrete Versorgungsaufgabe des EVU wird nicht etwa dadurch aufgelöst oder auflockerbar, daß die Bundestarifordnung Elektrizität neben § 7 Abs. 1 EnWG auch auf § 2 des Preisgesetzes gestützt ist. Aus sachlichen wie aus verfassungsrechtlichen Gründen<sup>11</sup> fließt der Preisbehörde nicht mit Hilfe dieser zweiten Verordnungsermächtigung schlechthin die »Aufrechterhaltung des Preisstandes« als selbständiges Entscheidungskriterium zu. Die Zielsetzung des § 2 PreisG, den Preisstand aufrechtzuerhalten, betrifft nicht einzelne Preise oder die Preise für einzelne Waren oder Leistungen, sondern das allgemein bestehende Preisniveau und die Relation der Preise untereinander. Der auf Sicherung einer vorgegebenen Preis- und Wirtschaftsordnung gerichtete Zweck der Ermächtigung schließt es aus, durch Preisregelungen eine aktive, die Preis- und Wirtschaftsordnung umgestaltende Wirtschaftspolitik durch das Medium preisrechtlicher Befugnisse zu betreiben.

#### 4. Die Ausführung der gesetzlichen Preiskontrollbefugnis

Die gesetzliche Ermächtigung in § 7 Abs. 1 EnWG wird durch Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsakte vollzogen.

Die Tarifgenehmigung, jetzt das einheitliche Werkzeug der energierechtlichen Preisaufsicht, ist durch die Zweite Verordnung zur Änderung der BTO Elt vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122) eingeführt worden. Damit ist die bisherige Zweiteilung der Genehmigung von Tarifierhebungen innerhalb der Höchstpreise (§ 3 Abs. 4) und der Befreiung von der Höchst-

10 Entwurf des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen für eine BTO Elt, BRat Drucks. 288/71, Begründung, Besonderer Teil, Zu § 1. – Die Formel lautete damals noch »möglichst sicher und billig«.

11 BVerfGE 8, 274; 53, 1; BayVGh RdE 1969, 1.

preisregelung (§ 15) ebenso beseitigt worden wie die unterschiedliche preisrechtliche Behandlung der Grundpreise und der Arbeitspreise. Die Novelle sollte auch einen ersten Schritt zur Bereinigung des Strompreisrechts darstellen. Die Verbesserung der Abgrenzung von energierechtlicher und kartellrechtlicher Preisaufsicht und weitere strompreisrechtliche Maßnahmen wurden auf die Zeit nach der Vierten Novelle zum GWB verschoben.

Die Vierte GWB-Novelle vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458) hat das Verhältnis der Kartellaufsicht zur energierechtlichen Fachaufsicht noch nicht eindeutig geklärt. Die nunmehr ausdrückliche Kennzeichnung der Versorgungsaufgabe der EVU im Rahmen der vorgeschriebenen Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Freistellung (§ 103 Abs. 5 GWB) und das von der Kartellbehörde mit der Fachaufsichtsbehörde bei Verfügungen herzustellende Benehmen (§ 103 Abs. 4 GWB) zeigen das Bestreben des Gesetzgebers, die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über die Energiepreise und die energierechtliche Preisaufsicht im Zusammenhang zu sehen. Die Begründung zur Vierten Kartellgesetz-Novelle weist darauf hin, daß die staatlich genehmigten Tarifpreise für Strom nicht der Kartellaufsicht unterliegen.<sup>12</sup>

Der Genehmigungsvorbehalt des § 12a BTO Elt wird von den Landesverwaltungen vollzogen. Als Beurteilungshilfe für die einzelnen Genehmigungsverfahren und im Interesse einer Gleichmäßigkeit der Genehmigungspraxis haben die Preisreferenten des Bundes und der Länder eine »Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)« verabschiedet, zuletzt im Mai 1981. Die Länder scheinen diese »Arbeitsanleitung« jedoch nicht einheitlich anzuwenden. So hat Niedersachsen in Anlehnung an die »Arbeitsanleitung« im Oktober 1982 »Grundsätze des Verfahrens zur Prüfung von Erhöhungen der allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Elektrizität nach der Bundestarifordnung Elektrizität in der Fassung vom 30. 1. 1980« aufgestellt, die eine Überarbeitung der vorher entwickelten »Grundzüge des Verfahrens etc.« sind. Es handelt sich dabei um Verwaltungsvorschriften zur Auslegung der energierechtlichen Vorschriften und zur Ermittlung des für die Genehmigungsentscheidungen wesentlichen Sachverhalts.

Die genannten Verwaltungsvorschriften sehen grundsätzlich eine entsprechende Anwendung der im öffentlichen Auftragswesen gültigen »Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten« (LSP – Anlage zur

<sup>12</sup> BTag Drucks. 8/2136, S. 33.

VO PR 30/53 vom 21. 11. 1953, BAnz Nr. 244) vor. Diese »Leitsätze« betreffen Fälle, wo marktgängige Preise fehlen, etwa weil das Angebot auf der Anbieterseite beschränkt ist. »Selbstkosten« sind nicht die tatsächlichen oder die geschätzten tatsächlichen Kosten des Anbieters, sondern die von bestimmten Kriterien normativ beschränkten »angemessenen« Kosten. Der Preisbildung mit Hilfe von Selbstkosten liegt die Überlegung zugrunde, daß mangels eines ermittelbaren Marktpreises die bei der Leistungserstellung anfallenden Kosten den einzig faßbaren Bewertungsfaktor für die zu entgeltende Leistung darstellen.<sup>13</sup> Es werden demnach »angemessene Kosten« des Auftragnehmers als Richtmaß für die Preisbildungsregeln zugrunde gelegt.

Die Übertragung dieser Richtlinien auf die energierechtliche Preisaufsicht erleichtert die Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Sachkunde bei der Normanwendung und gibt allgemeine Kriterien für eine wirtschaftliche und sparsame Leistungserstellung, bei Beachtung der Besonderheiten der Energieversorgung also für die Praktizierung des Merkmals der »elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung« (§ 12a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt). Die normativen Maßstäbe der Preisaufsicht werden damit jedoch nicht erschöpfend erfaßt. Denn das beaufsichtigte EVU unterscheidet sich von dem Anbieter im öffentlichen Auftragswesen dadurch, daß es eine gemeinwichtige Versorgungsaufgabe erfüllt. Die preisaufsichtlichen Kriterien für die Sicherung der konkreten Versorgungsaufgabe des eine Tarifierhebung begehrenden EVU können auf diesem Wege also nicht vollständig bereitgestellt werden.

##### *5. Die administrative Kontrolle der Strompreise im Tarifbereich ist Wirtschaftsaufsicht über Unternehmenstätigkeit*

Bevor den rechtskonstruktiven Fragen des Rechtsverhältnisses noch in einigen Hinsichten nachgegangen wird, das zwischen Staat und EVU bei der Preisaufsicht besteht, ist das beherrschende Gestaltungsprinzip dieser Rechtsbeziehungen zu kennzeichnen.

Das Gesetz hat den EVU die sichere und wirtschaftliche Energieversorgung auch als eigene Aufgabe zugewiesen.<sup>14</sup> Wirtschaftsaufsicht des Staates über die Unternehmen ist nicht Wirtschaftstätigkeit des Staates und

<sup>13</sup> P. Kirchof, Verwalten durch »mittelbares« Einwirken, 1977, S. 355 Anm. 197; J. Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, 289.

<sup>14</sup> BayVGH Beschluß vom 20. 8. 1981 NVwZ 1982, 130.

auch nicht fachliche Direktion und Weisung gegenüber einem mit einer öffentlichen Aufgabe beliehenen Unternehmen. Daß das EnWG sich für das System der Staatsaufsicht und nicht für ein System der Staatswirtschaft entschieden hat, ist nicht etwa deshalb gegenstandslos, weil die öffentliche Hand in ihren verschiedenen Trägern in breitem Maß an den Handelsgesellschaften beteiligt ist, die Energieversorgung wahrnehmen. Die Begründung zu dem Entwurf der BTO Elt von 1971<sup>15</sup> bekräftigt, daß die materiellen Tarifgrundsätze zum größten Teil lediglich einen Rahmen abstecken, innerhalb dessen sich die Tarifgestaltung der EVU halten müsse, oder mittels unbestimmter Rechtsbegriffe bestimmte Grundpflichten statuieren, die einer Aktualisierung durch die zuständige Behörde bedürften.

»Nach dem Inhalt der meisten Vorschriften der Tarifordnung gibt es somit grundsätzlich mehrere Möglichkeiten zu deren Erfüllung; den Elt-VU ist innerhalb des von der Tarifordnung gesteckten Rahmens ein erheblicher unternehmerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt.«

In einem Rechtsverhältnis der Wirtschaftsaufsicht ist es in der Tat so, daß das beaufsichtigte Unternehmen der beaufsichtigenden Verwaltung in einer gesicherten Rechtsstellung gegenübersteht und eine Beschränkung seiner grundsätzlich selbständigen und eigenverantwortlichen Unternehmenstätigkeit nur in den Grenzen der Aufsichtsmaßstäbe und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinzunehmen hat. Die Wirtschaftstätigkeit des privaten Unternehmens ist überdies durch die Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit geschützt.

Die Preisaufsicht hat somit die Preispolitik der EVU zu kontrollieren, nicht aber selbst unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Beispielsweise darf die preisrechtliche Anerkennung von Aufwendungen als Kosten nur verweigert werden, wenn die kostenwirksame unternehmerische Maßnahme objektiv zur angemessenen Sicherstellung der Energieversorgung nicht erforderlich ist. Die unternehmerische Initiative und Verantwortung für die sichere und kostengünstige Energieversorgung liegt in der Hand der EVU. Bei der Wahrnehmung dieser Initiative und Verantwortung sind die EVU an die gesetzlichen Erfordernisse gebunden und nach Maßgabe der gesetzlichen Erfordernisse der Staatsaufsicht unterworfen. Die Maßstäbe der Preisbildung liegen demgegenüber in der Hand der das Preisrecht vollziehenden Behörde. Die danach gegebene behördliche Ver-

15 BRat Drucks. 288/71, Besonderer Teil, zu § 14.

antwortung ist kraft der gesetzlichen Ermächtigung eine begrenzte. Insbesondere ist die Preisaufsicht nicht als ein allgemeines Mittel der Energiepolitik oder der Investitionskontrolle oder der Sicherstellung einer hinreichenden Versorgung ausgestaltet.

Die Monopolkommission hat zwar in ihrem Hauptgutachten 1973/1975 konstatiert, die von den Ländern ausgeübte Fach- und Preisaufsicht über die einem wirksamen Wettbewerb nicht ausgesetzten EVU werde ihrer Aufgabe nur unzureichend gerecht. Sie hat aber entschieden darauf beharrt, daß die Aufsicht über die EVU von dem unternehmerischen Handeln der EVU getrennt bleiben müsse:

»Die klare Trennung unternehmerischer, kommunaler und staatlicher Aufgaben ist eine unerläßliche Voraussetzung für eine wirtschaftlich wirksame und rechtsstaatlich kontrollierbare Bindung von Leitungsmonopolen an das öffentliche Interesse. Weil der Wettbewerb die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen in weiten Bereichen nicht wirksam begrenzt, muß diese Aufgabe vom Staat übernommen werden. Die von den Ländern ausgeübte Fach- und Preisaufsicht wird dieser Aufgabe nur unzureichend gerecht.«<sup>16</sup>

#### 6. *Die rechtliche und rechtsstaatliche Garantie einer berechenbar gebundenen Preiskontrolle liegt in der Unterscheidung der Aufsichtstätigkeit vom unternehmerischen Handeln*

Die Versagung einer beantragten Tarifgenehmigung, insgesamt oder zum Teil, ist ein aufsichtlicher Eingriff der Preisbehörde in eine unternehmerische Entscheidung des EVU und muß deshalb durch die normativ festgelegten Voraussetzungen der Preisaufsicht gerechtfertigt sein. Der mit dem Genehmigungsantrag geltend gemachte Anspruch des EVU auf die Genehmigung der Tarifierhebung besteht, wenn die aus der Tarifierhebung zu erwartende Verbesserung der Erlöse nach der Lage des EVU und nach den preisaufsichtlichen Kriterien erforderlich ist. Da mit der Entscheidung über die Tarifgenehmigung über das Bestehen eines Anspruchs des EVU befunden wird, muß das EVU die Tatsachen, Annahmen und Berechnungen angeben und ggf. »nachweisen«, d. h. durch Unterlagen, Gutachten oder sonst geeignete Beweismittel belegen, die nach den Preisbildungsregeln des Energierechts tatbestandliche Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs sind.

16 Monopolkommission, Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, 1976, Tz 736.

Die für den Anspruch des EVU maßgeblichen Genehmigungsvoraussetzungen, die zugleich die rechtliche Umschreibung der aufsichtlichen Befugnisse darstellen, sind zum Teil in unbestimmten Rechtsbegriffen gefaßt. Die Ermächtigung für die Preisbehörde räumt der aufsichtlichen Entscheidung über die beantragte Tarifgenehmigung kein Ermessen oder eine Gestaltungsfreiheit ein. Ein derartiger Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum müßte sogar mit dem aufsichtlichen Grundverhältnis in Widerspruch treten.

Auch mit Hilfe allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze kann für die Anwendung der preisaufsichtlichen Maßstäbe nicht ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum begründet werden. Die Einwirkungsmöglichkeiten, die das Gesetz und die BTO Elt im Wege unbestimmter Rechtsbegriffe den Preisbehörden in die Hand geben, schließen energiewirtschaftliche Wertungen ein, verlassen aber nicht deshalb den Boden einer Rechtsaufsicht. Der Preisbehörde ist nicht eine Wahlfreiheit zuzusprechen, bei Einhaltung der Preisbildungsregeln durch das EVU dennoch die Genehmigung zu versagen oder mit einer niedrigeren Anhebungsrate zu erteilen. Die Preisbehörde kann die von dem EVU behauptete Notwendigkeit der Erlösverbesserung nicht nach Zweckmäßigkeit oder aus allgemeinen energiepolitischen Rücksichten verneinen, sondern nur wenn nach Sachlage objektiv diese Notwendigkeit nach einem der normativen Kriterien für die Tarifgenehmigung nicht besteht.

Für den Vollzug des § 12a BTO Elt ist die Folgerung nicht gerechtfertigt, daß der Verwaltung hier ein »Beurteilungsspielraum« zustehe, weil der Begriff des »in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage Erforderlichen« eine Vielzahl von Wertungen sowohl feststehender Tatsachen als auch bloßer Prognosen umfasse und zugleich auf wirtschaftspolitische Gesamtzusammenhänge ausgerichtet sei.<sup>17</sup> Beispielsweise ist die Beurteilung, ob die Kosten einer bestimmten Investition für die Preisbildung berücksichtigt werden dürfen, weil sie den Regeln einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung entsprechen, ebenso eine Rechtsfrage, wie die Abgrenzung einer zur Sicherheit der Energieversorgung notwendigen Reservekapazität von einer nicht für die Preisbildung berücksichtigungsfähigen Überkapazität.

Über den eigentlichen Bereich der Ermessensentscheidungen hinaus hat die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts eine Einschränkung der Rechtsbindung und damit der verwaltungsgerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber der Verwaltung nur in wenigen eng begrenzten Fallgruppen an-

17 So aber VG München in dem Verfahren der Isar-Amperwerke AG, siehe oben unter I.

erkannt. Ein selbständiger Beurteilungs- und Entscheidungsbereich der Exekutive besteht bei Beurteilungsermächtigungen, z. B. bei Prüfungsentscheidungen pädagogisch-wissenschaftlichen Charakters, bei Planungsermächtigungen und bei wirtschaftslenkenden Planungs- und Gestaltungsentscheidungen mit den Einzelfall überschreitenden Abwägungen und Einschätzungen.<sup>18</sup>

Die Entscheidung über die Tarifgenehmigung ist an der begehrten Verbesserung der Erlöse eines EVU im Hinblick auf dessen konkrete Versorgungsaufgabe und in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Erlöslage ausgerichtet. Auf allgemeine wirtschaftspolitische Einschätzungen und Wertungen wird es dabei in der Regel nicht ankommen. Soweit allerdings die Entscheidung über die Tarifgenehmigung nach dem Antrag des EVU oder nach der Sachlage atypisch eine Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung einschließen sollte, würde die Preisbehörde im Rahmen einer selbständigen Planungs- und Gestaltungsbefugnis entscheiden. Wie die Verfügungen der Kartellbehörde in derartigen Fällen, ist die Entscheidung der Preisbehörde insoweit der gerichtlichen Nachprüfung entzogen (§ 70 Abs. 5 Satz 2 GWB).

An der rechtlichen Gebundenheit der Preisbehörde und der demzufolge unbeschränkten Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte ändert sich nichts dadurch, daß die Entscheidung über eine Tarifgenehmigung prognostische Einschätzungen umfaßt. Bei der Betrachtung von Prognoseentscheidungen der Verwaltung muß die Frage der Gültigkeit der administrativen Prognose von der Frage einer begrenzten Nachprüfbarkeit einer komplexen, zukunftsbezogenen Gestaltung oder Planung unterschieden werden.

Prognosen betreffen den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Die Verwaltung muß bei Planungsentscheidungen, bei der Beurteilung der Auswirkungen einer technischen Anlage, bei der Beurteilung der nachhaltigen Sicherung der Energieversorgung und auch sonst künftige Verläufe vorausschauend einschätzen, z. B. den voraussichtlichen Energiebedarf oder das voraussichtliche Verkehrsaufkommen für eine bestimmte Referenzperiode. Eine derartige Prognose ist gültig, d. h. rechtlich nicht angreifbar, wenn sie auf Tatsachen aufbaut, sachgerecht und vertretbar ange stellt worden ist und Plausibilitätskriterien praktischer Vernunft genügt, wenn sie also in einer der Materie angemessenen und methodisch ein-

18 Zur dritten Fallgruppe siehe BVerwG DVBl. 1972, 695 - Außenwirtschaftsrecht; BVerwG DVBl. 1979, 877 - Erhöhung des Vermahlungsplafonds einer Mühle; BVerwG NJW 1982, 1168 - Taxizulassung nach Personenbeförderungsrecht.

wandfreien Weise erarbeitet worden ist. Eine den Gültigkeitsbedingungen genügende Prognose darf das Gericht nicht ex post wegen tatsächlicher Abweichungen verwerfen oder durch eine eigene Prognose ersetzen, ausgenommen den Fall einer »extremen« Abweichung.<sup>19</sup> Die Grenze der gerichtlichen Kontrolle entspringt hier der Ungewißheit der Zukunft, nicht einer gesetzlichen Wahlfreiheit der Verwaltung.

Anders ist es, wenn das Gesetz der Verwaltung eine selbständige Planungs- oder Gestaltungsvollmacht eingeräumt hat. Hier trifft die Exekutive in einem Raum ohne rechtliche Maßstäbe nach fachlicher Zweckmäßigkeit über Planungen oder Gestaltungen Entscheidungen, mit denen aufgrund tatsächlicher und prognostischer Annahmen im Wege einer Abwägung und Beurteilung zukünftige oder sich in die Zukunft erstreckende Rechtsverhältnisse geregelt werden. Für die Ausübung derartiger Planungs- und Gestaltungsvollmachten muß der Exekutive bei entsprechender gesetzlicher Grundlage ein Entscheidungsspielraum in der Art planerischer Gestaltungsfreiheit oder gesamtwirtschaftlicher Würdigung zukommen.

Diese Situation ist im Falle der Tarifgenehmigung im Strompreisrecht regelmäßig nicht gegeben. Aus den prognostischen Eigenschaften der hier zu treffenden Entscheidung der Preisbehörde darf nicht auf eine rechtlich offen gelassene Gestaltungsvollmacht der Preisbehörde geschlossen werden. Dementsprechend kann das Unternehmen nicht, wie das VG München annimmt, Rechtsschutz nur durch eine bloße Plausibilitäts- und Willkürkontrolle erwarten.

Aus der Rechtsgebundenheit der Preisaufsicht folgt weiter, daß die Verwaltungsvorschriften zur Erleichterung der Genehmigungspraxis nicht die quasinnormative Bindungswirkung einer Ermessensrichtlinie zu entfalten vermögen.

### *7. Der administrative Eingriff in die unternehmerische Preisbildung muß durch energiewirtschaftliche Belange nach Maßgabe der energierechtlichen Preisbildungsregeln für die Stromtarife gerechtfertigt sein*

Das komplexe Bündel von Preisbildungsvorschriften, mit dem die §§ 12a und 1 Abs. 1 BTO Elt nach dem Leitmaß des § 7 Abs. 1 EnWG die Voraussetzungen für die Tarifgenehmigung normieren, kann hier nicht im

<sup>19</sup> BVerwGE 56, 110/121 – Flughafenplanung.

einzelnen betrachtet werden. Als Grundlinie ist – in Zusammenfassung des Gesagten – folgendes zu erkennen:

- Die mit der beantragten Tarifgenehmigung begehrte Erlösverbesserung muß angesichts der konkreten Versorgungsaufgabe des antragstellenden EVU erforderlich sein.
- Das EVU muß die notwendige Erlösverbesserung anhand seiner gesamten Kosten- und Erlöslage nachweisen können.
- Die von der Preisbehörde nachzuprüfende Angemessenheit der geltend gemachten Kosten ist einerseits von den Erfordernissen der möglichst sicheren und kostengünstigen Energieversorgung, andererseits von dem unternehmensbezogenen Kriterium der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung abhängig.
- Die Ermittlung und Beurteilung der Kosten- und Erlöslage des EVU muß nach den anerkannten Grundsätzen der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung erfolgen; denn nur sie erfaßt den effektiven Güter- und Dienstverzehr in der Zeiteinheit und sie allein ist der sachgerechte Weg, um die Leistungen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu bemessen und um der unternehmerischen Preiskalkulation die Grundlage zubieten.

Von den beiden materiellen Hauptpunkten betreffen die Erfordernisse der möglichst sicheren und kostengünstigen Energieversorgung mittelbar das Investitionsverhalten des EVU, das außerhalb der Preiskontrolle – und für diese ceteris paribus bindend – der selbständigen Beaufsichtigung nach § 4 EnWG unterliegt. Mit dem zweiten Hauptkriterium der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung ist die Preisaufsicht mittelbar eine Kostenkontrolle, mit der »überhöhte«, d. h. auf einer unwirtschaftlichen Betriebsführung in technischer oder verwaltungsmäßiger Hinsicht beruhende Kosten, aus der Preisbildung ausgeschlossen werden. Die Wirtschaftlichkeit oder Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung kann im Hinblick auf einzelne Rechnungsgrößen nur betriebswirtschaftlich beschrieben werden, z. B. wenn eine überzeugende Abgrenzung der kalkulatorischen Einzelwagnisse von dem durch den kalkulatorischen Gewinn gedeckten allgemeinen Unternehmerwagnis erreicht werden soll.

Das Adverb »elektrizitätswirtschaftlich«, mit dem die rationelle Vorgehensweise der Betriebsführung auf das sachliche Unternehmensziel bezogen wird, bringt die Verknüpfung mit dem Kriterium der Erfordernisse der möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung zur Geltung. Für die Kostenrechnung betont es z. B. den Grundsatz der Substanzerhaltung der Anlagen. Die kalkulatorischen Kosten der Wertminderung der für das Stromgeschäft betriebsnotwendigen Anlagegüter dür-

fen und müssen sich in einer Abschreibung niederschlagen, mit der die Wiederbeschaffung trotz Geldwertschwundes, aber unter Berücksichtigung des technisch-wirtschaftlichen Fortschritts gesichert werden kann. Die Preisaufsicht über die Stromtarife ist nicht der einzige Fall einer wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Preiskontrolle gegenüber Unternehmen. Wegen der Unterschiedlichkeit der Wirtschaftsbereiche und der normativen Gestaltungen sollten Parallelen allerdings nur mit großer Vorsicht in Betracht gezogen werden. Ohne weitere Vertiefung dieser inner-verwaltungsrechtlichen Rechtsvergleichung<sup>20</sup> soll hier ein Hinweis auf die Vorschrift des § 39 Abs. 2 PBefG nicht unterlassen werden.<sup>21</sup> Diese Vorschrift regelt die Aufsicht über die Beförderungsentgelte der Straßenbahnen und lautet:

§ 39 Abs. 2 PBefG

Die Genehmigungsbehörde hat die Beförderungsentgelte insbesondere daraufhin zu prüfen, ob sie unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers, einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals und der notwendigen technischen Entwicklung angemessen sind und mit den öffentlichen Verkehrsinteressen und dem Gemeinwohl in Einklang stehen.

Das Gesetz bringt hier explizit die auch im öffentlichen Interesse zu sichernde Leistungsfähigkeit des Unternehmens und die »wirtschaftliche Lage« des Unternehmens in einen Zusammenhang. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu festgestellt, das Gesetz gehe erkennbar davon aus, daß bei aller Besonderheit der Struktur des Personenbeförderungsrechts und der jeweiligen Wettbewerbs- und Marktverhältnisse »die Wirtschaftlichkeit des Beförderungsvorgangs für den Unternehmer tendenziell am besten geeignet ist, die Betriebssicherheit des Beförderungsvorgangs und die Fähigkeit und Bereitschaft zu den vom Gesetz gewünschten Beförderungsleistungen unter angemessener Beachtung der Belange der öffentlichen Verkehrsinteressen und des Gemeinwohls zu gewährleisten.«<sup>22</sup> Diese Erwägung ist geeignet, die Annahme zu stützen, daß die preisaufsichtlichen Befugnisse als rechtlich begrenzte Kontrollvollmachten der

20 Zu den allgemeinen und den verfassungsrechtlichen Fragen siehe bes. *H. P. Ipsen*, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, 1976.

21 Dazu *F. Dengler*, Zur Prüfung der Verkehrstarife im Personenverkehr nach § 39 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz, *DÖV* 1979, 662; *ders.*, Die preisrechtlichen Eingriffsbefugnisse in die Tarifgestaltung kommunaler Verkehrsunternehmen und die Verantwortlichkeit für die Finanzierung ihrer Defizite, *VerwArch* 73, 1982, S. 292; *G. Fromm*, Rechtsprechung zum Personenbeförderungsgesetz, *BB* 1980, 238.

22 *BVerfGE* 42, 191.

selbständigen Unternehmensentscheidung über die Preisbildung gegenübertreten. Diese rechtlich begrenzten Aufsichtsbefugnisse treten in differenzierten Preisbildungsregeln in Erscheinung, die als Maßstäbe der Entscheidung über eine Tarifgenehmigung dienen. Eine pauschale Orientierung an der politischen Zweckmäßigkeit von Preissteigerungsmargen würde dem gesetzlichen Auftrag nicht gerecht werden können.

Die Praktizierung der Aufsichtsmaßstäbe ist mit der Schwierigkeit belastet, die juristische und die betriebswirtschaftliche Betrachtung zu verbinden. Das Zusammenwirken des beiderseitigen Sachverständes ist für die Rechtsfragen der Preisaufsicht über die Stromtarife notwendig. Nur so kann für die Unternehmen, die Preisbehörden und die Gerichte die gebotene Rechtssicherheit im Strompreisrecht erreicht werden, die im Interesse der funktionsfähigen Energieversorgung und der Stromabnehmer unumgänglich ist.