

**Hamburger Beiträge zum  
Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht**

---

**Veröffentlichungen des Seminars für Handels-, Schifffahrts-  
und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg  
Herausgegeben von Professor Dr. Jürgen F. Baur,  
Professor Dr. Klaus-Peter Martens und  
Professor Dr. Karsten Schmidt**

**Band 8**

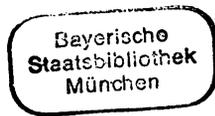
# Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a der Bundestarifordnung Elektrizität (BTO Elt)

aus rechtlicher und  
betriebswirtschaftlicher Sicht

von

Peter Badura und Werner Kern

R. v. Decker & C.F. Müller  
Heidelberg 1983



© 1983 R. v. Decker & C. F. Müller Verlagsgesellschaft mbH, Heidelberg  
Satz: Lichtsatz Michael Glaese, 6944 Hemsbach.  
Druck: Gulde Druck, Tübingen

ISBN 3-7685-4983-6

# Vorwort der Herausgeber

Mit der Steigerung der Kosten der Energieerzeugung sind die Spielräume der Elektrizitätsversorgungsunternehmen wie die der deren Tarifpreise beaufsichtigenden Preisbehörden eng geworden. Nur sehr eingeschränkt können Versorgungsunternehmen die gestiegenen Kosten bei fortbestehenden Preisen auffangen. Auf der anderen Seite sind die Preisbehörden gerade heute verständlicherweise wenig geneigt, an sie herangetragene Preiserhöhungsbegehren der Versorgungsunternehmen großzügig zu berücksichtigen.

Diese Konstellation erklärt, weshalb das bislang zwischen EVU und Preisaufsicht jahrzehntelang erfolgreich praktizierte „Bargaining“ abgelöst worden ist durch rechtliche Argumentation und deren Durchsetzung im Verwaltungsstreitverfahren. Auf diese Weise ist die Kontrolle über die Tarifpreise, die Frage nach den von der Behörde zu berücksichtigenden Kosten und Erlösen zum Rechtsproblem geworden. Hierzu leisten die hiermit vorgelegten Arbeiten von *Badura* aus juristischer und von *Kern* aus betriebswirtschaftlicher Sicht einen wichtigen Beitrag.

Mit der Aufnahme dieser Arbeiten sind die Herausgeber von ihrer ursprünglichen Konzeption abgegangen, die „Hamburger Beiträge“ Arbeiten vorzubehalten, welche aus dem Seminar für Handels-, Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg hervorgegangen sind. Sie sind der Ansicht, daß diese Öffnung der Qualität und der Verbreitung der Reihe nur zugute kommen kann. Nach wie vor werden sich aber die „Hamburger Beiträge“ beschränken auf die Veröffentlichung von Arbeiten, welche auf den von den Herausgebern im Hamburger Seminar bearbeiteten und betreuten Rechtsgebieten liegen (vgl. Vorwort zu Band 1).

Hamburg, im Mai 1983

*Jürgen F. Baur*  
*Klaus-Peter Martens*  
*Kasten Schmidt*



## Vorwort der Autoren

Die Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität) vom 26. November 1971 schreibt seit der Zweiten Änderungsverordnung vom 30. Januar 1980 eine Tarifgenehmigung für Strompreise vor (§ 12a BTO Elt). In Fortentwicklung der bisherigen energiewirtschaftlichen Preisaufsicht im Bereich der Tarifkunden besteht nunmehr ein Genehmigungsvorbehalt für die Anhebung der Tarife und ihrer einzelnen Bestandteile. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Tarifgenehmigung, vor allem aber die materiellen Preisbildungsregeln, die für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Genehmigungsvoraussetzungen und für die Preisbehörden als rechtlicher Maßstab der Genehmigungsentscheidung zu beachten sind, werfen eine Reihe von Fragen der Auslegung und Beurteilung auf, die zu den Grundproblemen des Inhalts und der Grenzen preisaufsichtlicher Befugnisse des Staates zurückführen. Das unternehmerische Handeln der Versorgungsunternehmen, deren eigenverantwortlich zu erfüllende und im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe die Energieversorgung ist, darf durch das Energiepreisrecht nur nach rechtlich bestimmten und gerichtlich voll nachprüfbaren Richtpunkten und nur in dem Maße eingeschränkt werden, wie es zur „wirtschaftlichen Gestaltung“ der allgemeinen Tarifpreise (siehe § 7 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz) erforderlich ist. Die Tarife, die ein ausgewogenes Tarifsystem bilden müssen, haben dem Erfordernis einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung zu genügen.

In der Praxis der energierechtlichen Tarifaufsicht sind beim Vollzug des § 12a BTO Elt zahlreiche Zweifel und Unsicherheiten in rechtlicher und in betriebswirtschaftlicher Hinsicht zu Tage getreten. In mehreren Fällen sind Verwaltungsstreitverfahren anhängig geworden. Da das eine Tarifierhebung anstrebende Unternehmen nachweisen muß, daß eine entsprechende Verbesserung seiner Erlöse in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Erlöslage nach bestimmten Kriterien der Angemessenheit oder Vertretbarkeit erforderlich ist, wird die nach rechtlichen Maßstäben zu treffende Entscheidung über den Anspruch des Unternehmens auf die beantragte Genehmigung von tatsächlichen Feststellungen und Beurteilungen abhängig, die nur mit betriebswirtschaftlichem Sachverstand gefunden werden können. Vor allem kann die nachhaltig zu sichernde Leistungsfähigkeit der Unternehmen, auf die das Energierecht wesentlich abstellt, allein mit Hilfe der kalkulatorischen Kosten- und Leistungsrechnung sachgerecht erfaßt werden. Die Rechtsanwendung muß bei dieser Sachlage die juristische und die betriebswirtschaftliche Betrachtung verbinden. 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.

Die Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungs-Unternehmen — ARE — e.V., Hannover, und die Deutsche Verbundgesellschaft e.V., Heidelberg, haben uns mit einer gutachtlichen Untersuchung der rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen beauftragt, die aus der Regelung der Tarifgenehmigung in § 12a BTO Elt und der Genehmigungspraxis im grundsätzlichen hervorgehen. Diese Gutachten werden hier in der Fassung veröffentlicht, wie sie den beiden Verbänden erstattet worden sind. Wir danken der ARE und der DVG für die eingehende Unterstützung, mit der uns die komplexen Fragen und die Beurteilungsgrundlagen vor Augen geführt worden sind, und für die Zustimmung zu dieser Veröffentlichung. Herrn Professor Dr. Jürgen F. Baur, Herrn Professor Dr. Klaus-Peter Martens und Herrn Professor Dr. Karsten Schmidt, die unsere Untersuchungen in die von ihnen herausgegebenen Hamburger Beiträge zum Handels-, Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht aufgenommen haben, sagen wir unseren besonderen Dank.

München und Köln, im April 1983

*Peter Badura  
Werner Kern*

# Inhalt

|  |     |
|--|-----|
| <i>Vorwort der Herausgeber</i> .....   | V   |
| <i>Vorwort der Autoren</i> .....   | VII |
| <b>Teil I: Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a BTO Elt. Rechtsgutachten</b> .....                                       | 1   |
| von Peter Badura   |     |
| <i>Einleitung: Die Fragestellung des Gutachtens</i> .....  | 3   |
| <i>A. Die neuere Praxis der energierechtlichen Preisaufsicht über die Tarife der Elektrizitätsversorgungsunternehmen</i> .....       | 8   |
| I. Streitfälle in Genehmigungsverfahren .....  | 8   |
| 1. Genehmigungsverfahren der Fränkischen Überlandwerk AG, Nürnberg (FÜW) .....   | 9   |
| 2. Genehmigungsverfahren der Isar-Amperwerke AG, München (IAW) .....   | 11  |
| 3. Genehmigungsverfahren der Hannover-Braunschweigischen Stromversorgungs AG, Hannover (HASTRA) .....                                | 13  |
| II. Die „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)“ ..... | 15  |
| 1. Beurteilungskriterien der „Arbeitsanleitung“ für die Ermittlung von Kosten und Gewinn .....                                       | 15  |
| 2. Der Streit über die betriebswirtschaftliche „Richtigkeit“ der „Arbeitsanleitung“ .....  | 21  |
| III. Vorschriften über die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen ..  | 27  |
| <i>B. Die rechtlichen Grundlagen der energierechtlichen Preisaufsicht</i> ....   | 30  |
| I. Die Tarifgenehmigung .....  | 30  |
| 1. Die Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität, BTO Elt) .            | 30  |
| 2. Die gesetzlichen Ermächtigungen für den Erlaß der Bundestarifordnung Elektrizität .....   | 34  |
| 3. Die Vorschrift des § 12a BTO Elt .....  | 39  |
| II. Der Genehmigungsvorbehalt für die Tarife im Gesamtzusammenhang der Energieaufsicht .....   | 40  |
| 1. Die sichere und billige (kostengünstige) Energieversorgung als Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes .....                          | 40  |
|  | IX  |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Die energierechtliche Preisaufsicht als Erscheinung der Wirtschaftsaufsicht .....                               | 46  |
| 3. Preisaufsicht und Kartellaufsicht .....   | 49  |
| <i>C. Die Rechtsgebundenheit der Preisaufsichtsbehörde .....</i>   | 53  |
| I. Die Entscheidungsbefugnis der Preisaufsichtsbehörde, insbes. die Genehmigungsvoraussetzungen .....              | 53  |
| II. Gebundenheit und Freiheit der Preisaufsichtsbehörde bei der Entscheidung über die Tarifgenehmigung .....       | 60  |
| III. Die Entscheidung über die beantragte Tarifgenehmigung .....   | 66  |
| IV. Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz .....   | 73  |
| 1. Untersuchungsgrundsatz und Nachweispflicht der EVU .....  | 73  |
| 2. Begründung der Genehmigungsentscheidung .....   | 77  |
| 3. Rechtsschutzziel des mit dem Genehmigungsantrag nicht oder nicht vollständig erfolgreichen EVU .....            | 78  |
| <i>D. Zusammenfassung .....</i>  | 83  |
| <i>E. Ausgewählte Literatur .....</i>  | 90  |
| <br>   |     |
| <b>Teil II: Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a BTO Elt. Betriebswirtschaftliches Gutachten .....</b> | 95  |
| von Werner Kern  |     |
| 1. Einleitung .....  | 97  |
| 2. Zusammenfassung der Ergebnisse .....  | 98  |
| 3. Grundlegungen zum Kosten- und Leistungsbegriff .....  | 105 |
| 3.1 Der Kosten- und Leistungsbegriff aus betriebswirtschaftlicher Sicht .....                                      | 105 |
| 3.2 Der Kosten- und Leistungsbegriff in der BTO Elt .....  | 109 |
| 3.2.1 Der weite Kosten- und Leistungsbegriff .....   | 109 |
| 3.2.2 Einschränkung auf den Begriff vertretbarer Kosten .....  | 119 |
| 4. Detailspekte elektrizitätswirtschaftlicher Kosten- und Leistungsrechnung .....                                  | 139 |
| 4.1 Der Kostenansatz .....   | 139 |
| 4.1.1 Die kalkulatorischen Abschreibungen .....  | 139 |
| 4.1.2 Die kalkulatorischen Zinsen .....  | 165 |
| 4.1.3 Elektrizitätswirtschaftliche Zuschüsse .....   | 176 |
| 4.1.4 Konzessionsabgaben .....   | 181 |
| 4.2 Der kalkulatorische Gewinn .....   | 185 |
| 5. Anmerkungen .....   | 192 |
| 6. Literaturverzeichnis .....  | 200 |
| <br>   |     |
| <i>Stichwortverzeichnis zu Teil I .....</i>  | 207 |
| <i>Stichwortverzeichnis zu Teil II .....</i>   | 209 |

Teil I  
Maßstab und Grenzen der  
Preisaufsicht nach § 12 a BTO Elt

Rechtsgutachten  
von Peter Badura



# Einleitung: Die Fragestellung des Gutachtens

Die Energieversorgungsunternehmen (EVU) liefern ihren Abnehmern elektrische Energie aufgrund privatrechtlicher Verträge. Die Vertragsbeziehungen, insbesondere die Bedingungen, unter denen die EVU Elektrizität anbieten, sind wesentlich durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Energierechts bestimmt. Die energierechtlichen Bindungen der EVU durch das Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz, EnWG) vom 13. Dezember 1935 und die auf diesem Gesetz beruhenden Rechtsverordnungen und sonstigen Vollzugsakte sind an dem Ziel ausgerichtet, eine sichere und billige Energieversorgung zu erreichen, dienen aber auch dem Ausgleich der Monopolstellung, deren sich die EVU wegen der technischen und wirtschaftlichen Umstände einer leitungsgebundenen Energieversorgung und kraft des Gebietsschutzes durch Demarkations- und Konzessionsverträge erfreuen.

Kernstück der energierechtlichen Bindungen der EVU ist die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht, wonach ein EVU, das ein bestimmtes Gebiet versorgt, verpflichtet ist, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen und Tarifpreisen jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (§ 6 Abs. 1 EnWG). Durch Rechtsverordnungen kann der Bundesminister für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen Tarifpreise der EVU „wirtschaftlich gestalten“ und die allgemeinen Bedingungen der EVU „ausgewogen gestalten“ (§ 7 EnWG). In Ausübung dieser Ermächtigungen sind die Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität, BTO Elt) vom 26. November 1971 (BGBl. I S. 1865), zuletzt geändert durch Verordnung vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122), und die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) vom 21. Juni 1979 (BGBl. I S. 684) erlassen worden. Die in der AVBEltV festgelegten allgemeinen Bedingungen sind Bestandteil des Versorgungsvertrages; Änderungen der allgemeinen Bedingungen und der allgemeinen Tarife werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 4 Abs. 2 AVBEltV). Tarife und ihre einzelnen Bestandteile sind Höchstpreise und dürfen nur mit Genehmigung der zuständigen Behörde angehoben werden (§ 12 a BTO Elt). Soweit die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht reicht, für die „Tarifkunden“, sind die Energielieferungsverträge in der bezeichneten Weise öffentlich-rechtlich gebunden. Für andere Abnehmer der EVU, die „Sondervertragskunden“, gilt diese Gestaltung der Energielieferungsverträge nicht.

Durch das Erfordernis der Tarifgenehmigung werden die Preise, die die EVU im Tarifbereich für ihre Leistungen fordern dürfen, nach Maßgabe eines bestimmten Tarifsystems und für den von der Genehmigung erfaßten Zeitraum von der Regelung der zuständigen Behörde, einem Verwaltungsakt, abhängig.

Die Voraussetzungen dieser behördlichen Entscheidung, deren Gegenstand nicht die einzelnen Verträge, sondern „die Tarife und ihre einzelnen Bestandteile“ sind und durch die diese Tarife als Höchstpreise festgelegt werden, sind in der BTO Elt als rechtliche Bindung der zuständigen Behörde ausgesprochen. Die EVU dürfen im Tarifbereich die Preise nur im Einklang mit der Höchstpreisregelung fordern oder mit den Tarifkunden vereinbaren. Sie dürfen also den Tarifkunden nur solche Preise berechnen, die sich aus dem öffentlich bekanntgemachten und behördlich genehmigten Tarif ergeben oder den Tarifpreis unterschreiten.

Soweit ein EVU eine Verbesserung seiner Erlöse durch die Anhebung der Tarife oder ihrer einzelnen Bestandteile erreichen will, muß es eine entsprechende Tarifgenehmigung bei der zuständigen Behörde beantragen und die zur Verbescheidung des Antrages anhand der Genehmigungsvoraussetzungen notwendigen Unterlagen vorlegen. Das EVU tritt der Behörde in einem Verwaltungsverfahren gegenüber, in dem es einen materiellrechtlichen Anspruch auf Erteilung der beantragten Tarifgenehmigung geltend macht. Für den Ausgang des Verfahrens ist es juristisch von Bedeutung, ob die einschlägigen Bestimmungen einen derartigen Anspruch überhaupt und ggf. unter welchen Voraussetzungen sie ihn begründen oder — anders gesagt — welche Entscheidungs- und Eingriffsbefugnis die Bestimmungen der Behörde geben und ob ihr dabei ein Spielraum der Beurteilung oder der Prognose zukommt. Die maßgebliche Vorschrift lautet:

#### § 12 a Tarifgenehmigung

(1) Tarife und ihre einzelnen Bestandteile sind Höchstpreise und dürfen nur mit Genehmigung der zuständigen Behörde angehoben werden.

(2) Die Genehmigung wird nur erteilt, soweit

1. das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nachweist, daß eine entsprechende Verbesserung seiner Erlöse in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Erlöslage bei Elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung und unter besonderer Berücksichtigung der Kosten- und Erlöslage in dem betreffenden Tarif erforderlich ist und

2. die beantragte Anhebung den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung sowie eines ausgewogenen Tarifsystems im Sinne des § 1 Abs. 1 Rechnung trägt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen erstmalig die Versorgung in Niederspannung zu allgemeinen Tarifen aufnimmt, nach § 1 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz weitere Tarife anbietet oder Baukostenzuschüsse, deren Berechnung nach § 9 Abs. 4 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden erfolgt, anhebt.

(4) Die Genehmigung ist zu befristen und mit einem Vorbehalt des Widerrufs zu versehen; sie kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden. Ist vor Ablauf der Frist eine neue Genehmigung beantragt, so können bis zur Entscheidung über den Antrag die zuletzt genehmigten Tarife beibehalten werden.

(5) Der genehmigte Preis schließt die Umsatzsteuer nicht ein.

(6) Unterschreiten die Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Höchstpreis, so können sie den Preis ohne Genehmigung bis zur ursprünglichen Höhe wieder anheben.

Die Bestimmung des § 12 a ist durch die Zweite Änderungsverordnung vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122) in die BTO Elt eingefügt worden. Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 BTO Elt, auf die in § 12 a Abs. 2 Nr. 2 Bezug genommen ist, lautet:

#### § 1 Allgemeine Grundsätze — Pflichttarife

(1) Elektrizitätsversorgungsunternehmen, für die die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 6 des Energiewirtschaftsgesetzes besteht, haben für die Versorgung in Niederspannung allgemeine Tarife anzubieten, die dem Erfordernis einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung genügen. Die Tarife sind so zu gestalten, daß sie ein ausgewogenes Tarifsystem bilden. Dazu gehört insbesondere, daß die Tarife in ihren einzelnen Bestandteilen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen und kostenorientiert sowie auf die Versorgungsbedürfnisse der Kunden in einem für das Elektrizitätsversorgungsunternehmen wirtschaftlich zumutbaren Maße ausgerichtet sind; bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist auch zu berücksichtigen, welche Tarife von anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen angeboten werden.

(2) . . .

Die Voraussetzungen dafür, daß die beabsichtigte Anhebung von Tarifpreisen genehmigt wird, sind als ein komplexes Bündel von Preisbildungsvorschriften normiert. Durch sie soll — dem Zweck des EnWG entsprechend — eine sichere und kostengünstige Elektrizitätsversorgung erreicht und fortdauernd aufrechterhalten werden. Dabei ist die für ein konkretes EVU nach bestimmten Kriterien erforderliche Verbesserung der Erlöse zu ermöglichen. Eine wesentliche Prämisse der Beurteilung, ob eine Verbesserung der Erlöse erforderlich ist, ist die „gesamte Kosten- und Erlöslage“ des EVU. Zu einem ausgewogenen Tarifsystem, dessen Erfordernissen die beantragte Anhebung der Tarifpreise Rechnung zu tragen hat, gehört auch, daß die Tarife „kostenorientiert“ sind. Die zu erwirtschaftenden Erlöse müssen neben den Kosten auch einen angemessenen Gewinn decken. Die Genehmigungsbehörde muß nach alledem zwar eine rechtlich vorgezeichnete Entscheidung treffen, hat jedoch bei der Handhabung der für ihre Beurteilung maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriffe die betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden der Ermittlung und Kalkulation von Kosten und Gewinn zu berücksichtigen.

Seit dem Inkrafttreten des § 12 a BTO Elt sind im Zuge zahlreicher Genehmigungsverfahren unterschiedliche Auffassungen der EVU und der Genehmigungsbehörden über die Auslegung und Handhabung der Vorschriften über die Tarifgenehmigung hervorgetreten, die in einigen Punkten einen grundsätzlichen Charakter haben. Vor allem bei der Beurteilung einzelner Aufwendungen und kalkulatorischer Größen als berücksichtigungsfähige Kosten der EVU, bei der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen, bei den Ausgangsdaten für die Bemessung der kalkulatorischen Zinsen und schließlich bei der Zuordnung einzelner Aufwendungen entweder zu den voll berücksichti-

gungsfähigen Kosten oder zu der Abgeltung des Unternehmerwagnisses durch den kalkulatorischen Gewinn sind Genehmigungsbehörden von den Ermittlungen und Einordnungen des antragstellenden EVU hinsichtlich der Kosten- und Erlöslage abgegangen mit der Folge, daß die beantragten Tarifierhebungen nur zum Teil genehmigt worden sind. Besondere Unklarheit besteht über die rechtlichen Kriterien für die Anerkennung eines angemessenen Gewinns. Es ist eine Rechtsunsicherheit entstanden, die sich in erster Linie auf das Investitionsverhalten der EVU auswirken muß.

Um eine gewisse Vereinheitlichung und Berechenbarkeit zu gewinnen, haben die zuständigen Preisstellen des Bundes und der Länder eine „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)“ aufgestellt; diese „Arbeitsanleitung“ ist den antragstellenden EVU eröffnet worden und wird in den einzelnen Genehmigungsverfahren bei der Ermittlung und Beurteilung der Kosten- und Erlöslage des EVU zugrundegelegt. Gegenwärtig wird eine Fassung der „Arbeitsanleitung“ verwendet, die die Preisreferenten des Bundes und der Länder am 18./19. Mai 1981 beschlossen haben. Die Praxis scheint von ihr jedoch keinen einheitlichen Gebrauch zu machen. Eine Fortentwicklung der Arbeitsanleitung für den Bereich Niedersachsens stellen die „Grundsätze des Verfahrens zur Prüfung von Erhöhungen der allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Elektrizität nach der Bundestarifordnung Elektrizität i.d.F. der Verordnung vom 30. 1. 1980“ des Niedersächsischen Wirtschaftsministeriums dar. „Arbeitsanleitung“ und „Grundsätze“, die weitgehend übereinstimmen und in denen ein beträchtlicher Teil der Streitfragen zwischen den EVU und den Preisstellen ihren Grund haben, sollen die Genehmigungsentscheidungen vorbereiten und vereinfachen. Es handelt sich um Verwaltungsvorschriften zur Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften der BTO Elt. Für den Inhalt dieser Verwaltungsvorschriften ist kennzeichnend, daß für die Darstellung der Kosten- und Erlöslage hinsichtlich der Kosten (und des kalkulatorischen Gewinns) die Vorschriften der Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP — Anlage zur VO PR Nr. 30/53 vom 21. 11. 1953) entsprechend angewandt werden sollen, soweit nicht die besonderen Verhältnisse der Energieversorgung oder die außergewöhnlichen Umstände des Einzelfalles eine Abweichung geboten erscheinen lassen. Die genannten Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten bilden eine Anlage der VO PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen und zwar für diejenigen Fälle, in denen marktgängige Preise fehlen, etwa weil der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist (vgl. § 5 VO PR Nr. 30/53). Soweit Marktpreise ausscheiden, werden für Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge Selbstkostenpreise berechnet, d. h. „angemessene Kosten“ des Auftragnehmers dienen als Richtmaß, wofür die Leitsätze Preisbildungsregeln aufstellen.

Die Genehmigungspraxis der Preisstellen wird somit im Ausgangspunkt dadurch bestimmt, daß in Auslegung der §§ 1, 12 a BTO Elt den EVU Selbstkostenpreise nach dem Richtmaß einer bestimmten — allerdings nicht ganz

klaren — Vorstellung von den „Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung“ und einer bestimmten Angemessenheitsvorstellung im Sinne „elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung“ zugestanden werden.

Die Streitfälle resultieren zu einem Teil aus unterschiedlichen Auffassungen über die Auslegung der Genehmigungsvorschriften, in beträchtlichem Maße aber aus Meinungsverschiedenheiten über die Frage, welche betriebswirtschaftliche Methode der Kostenrechnung für einzelne Rechnungsgrößen allgemein anerkannt oder jedenfalls seitens der Preisstellen den EVU für deren kalkulatorische Rechnung überlassen werden muß. In einer Reihe von Fällen haben EVU, nachdem die von ihnen beantragten Tarifgenehmigungen zum Teil versagt oder mit belastenden Nebenbestimmungen versehen worden waren, die Verwaltungsgerichte angerufen. Im Rahmen dieser Verwaltungsprozesse haben sich sogleich weitere Rechtsfragen daraus ergeben, daß die Geltungsdauer der Preisgenehmigungen wegen der Befristung in der Regel weitaus kleiner ist als der Zeitbedarf eines durch mehrere Instanzen geführten Verwaltungsprozesses und weiter daraus, daß das EVU bei Obsiegen im Verwaltungsprozeß keine rechtliche Möglichkeit zu haben scheint, die erstrittene Genehmigung für die zunächst versagte Tarifierhebung — gewissermaßen „rückwirkend“ — zu nutzen. Diese Rechtsfragen haben überwiegend ihren Grund in materiellrechtlichen Eigenschaften der Tarifgenehmigung und des Rechtsverhältnisses zwischen der die Preisaufsicht ausübenden Verwaltung und den die Tarifgenehmigung beantragenden EVU.

Die Arbeitsgemeinschaft Regionaler Energieversorgungs-Unternehmen e. V. — ARE, Hannover, und die Deutsche Verbundgesellschaft e. V., Heidelberg, haben den Unterzeichnenden beauftragt, im Hinblick auf die entstandenen Zweifelsfragen durch ein Rechtsgutachten Aufschluß über Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12 a BTO Elt zu finden.

# A. Die neuere Praxis der energierechtlichen Preisaufsicht über die Tarife der Elektrizitätsversorgungsunternehmen

## I. Streitfälle in Genehmigungsverfahren

Die in den letzten Jahren eingetretene außergewöhnliche Verteuerung der Primärenergie, besonders das Ansteigen des Ölpreises, aber auch die Entwicklung anderer Faktoren bei den Kosten, die zur Bereitstellung von Elektrizität erforderlich sind, hat 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 und die Anträge im übrigen, soweit die erteilte Tarifgenehmigung hinter ihnen zurückblieb, mit mehr oder weniger eingehenden Begründungen zurückgewiesen. In einigen Fällen hat das EVU daraufhin die Verwaltungsgerichte angerufen, parallel dazu aber auch erneute Anträge auf Tarifgenehmigungen gestellt. Die Einzelfragen, die in den Verfahren kontrovers geblieben sind, sind sehr zahlreich. Sie betreffen oftmals die konkreten Verhältnisse des antragstellenden EVU, in einer Reihe von Punkten jedoch grundsätzliche Probleme der Auslegung und Anwendung der für die energierechtliche Preisaufsicht maßgebenden Vorschriften. Die Streitfälle haben insbes. dort einen repräsentativen Charakter, wo sich die Auseinandersetzungen über einzelne Grundsätze der „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)“ in den Genehmigungsverfahren für den zu beurteilenden Einzelfall fortsetzen.

Die Streitfälle in ihren Einzelheiten darzustellen und rechtlich zu würdigen, ist praktisch nicht möglich und für eine Betrachtung des Maßstabs und der Grenzen der energierechtlichen Preisaufsicht auch nicht fruchtbar. Wenn im folgenden drei Streitfälle dargestellt werden, so deswegen weil sie eine gute Veranschaulichung der grundsätzlichen Fragestellungen ermöglichen. Das Material, das diese drei Streitfälle bieten, ist seinerseits nur in Ausschnitten aufgegriffen, so daß anhand der hier gegebenen Schilderung nicht etwa eine rechtliche Beurteilung der Einzelfälle möglich ist. Die allein nachzuzeichnende Grundlinie, die sich aus der neueren Praxis der energierechtlichen Preisaufsicht ablesen läßt, — wie auch die anschließende Darlegung zu einigen besonders kontroversen Abschnitten der „Arbeitsanleitung“ — hebt den Umkreis der Rechtsfragen ins Licht, die sich bei der Auslegung und Handhabung der für die energierechtliche Preisaufsicht einschlägigen Vorschriften stellen. Die Begutachtung zielt nicht auf die rechtliche Beurteilung der Einzelfälle selbst ab, wiewohl sie dazu beiträgt, deren Lösung vorzubereiten.

## *1. Genehmigungsverfahren der Fränkischen Überlandwerk AG, Nürnberg (FÜW)*

Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr erteilte der FÜW mit Bescheid vom 22. 1. 1981 eine preisrechtliche Genehmigung und begründete die darin ausgesprochene teilweise Ablehnung der beantragten Tarifänderung mit einem weiteren Bescheid vom 30. 1. 1981. Die Tarifgenehmigung wurde für den Zeitraum vom 1. 2. 1981 bis 30. 6. 1982 erteilt und mit dem Bemerken versehen, daß die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung davon ausgehe, daß die Strompreise für letztverbrauchende Sonderabnehmer nur im kartellrechtlich zulässigen Umfang erhöht würden.

Im Hinblick auf die teilweise Ablehnung des Genehmigungsantrages durch den Bescheid vom 22. 1. 1981 beantragte die FÜW mit Schriftsatz vom 26. 1. 1981 beim Verwaltungsgericht Ansbach eine einstweilige Anordnung. Der Hauptantrag ging dahin, den Freistaat Bayern bis zur Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung zu verpflichten, der FÜW die beantragte Tarifgenehmigung zu erteilen, den so genehmigten Tarifpreisen die mit dem angegriffenen Bescheid genehmigten Tarifpreise in Klammern hinzuzufügen und in die Tarife einen Erstattungsvorbehalt für den Fall des Unterliegens der FÜW im Hauptsachestreit aufzunehmen. Mit dem Hilfsantrag wurde begehrt, den Freistaat Bayern zu verpflichten, in die mit dem angegriffenen Bescheid erteilte Tarifgenehmigung als Klammerzusatz die beantragten Tarifsätze einzufügen und in die Tarife einen Nachberechnungsvorbehalt für den Fall des Obsiegens der FÜW im Hauptsachestreit aufzunehmen.

Das Verwaltungsgericht Ansbach folgte mit dem Beschluß vom 12. 2. 1981 (RdE 1981, 95) dem Hilfsantrag der FÜW. Die Antragstellerin könne bei Obsiegen in der Hauptsache die ihr bis zu diesem Zeitpunkt entgangene Tarifierhöhung nicht rückwirkend gegen die Abnehmer geltend machen. Nur durch eine Änderung der Tarife und damit der Versorgungsverträge könne eine gegenüber den Kunden wirksame Regelung erreicht und damit der drohende wesentliche Nachteil für die Antragstellerin abgewendet werden. Dies aber setze die öffentliche Bekannngabe voraus (§ 6 Abs. 1 EnWG, § 4 Abs. 2 AVBEltV). Die Genehmigung nach § 12 a BTO Elt stehe nicht im Ermessen der Genehmigungsbehörde. Das EVU habe einen Anspruch auf Genehmigung, wenn die Voraussetzungen des § 12 a erfüllt seien. Diese seien grundsätzlich der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegende unbestimmte Rechtsbegriffe (vgl. BVerwGE 40, 353, 358).

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof änderte auf die Beschwerde des Freistaates Bayern hin den Beschluß des Verwaltungsgerichts ab und lehnte den Antrag der FÜW in vollem Umfang ab (Beschluß vom 2. April 1981 — Nr. 22 CE 81 A.396 — BayVBl. 1982, 18 = RdE 1981, 91 = ET 1982, 516). Die Amtlichen Leitsätze dieser Entscheidung lauten:

1. Eine einstweilige (vorläufige) Tarifgenehmigung (§ 12 a BTO Elt) ist dem Energiewirtschaftsrecht unbekannt.

2. Ob eine Tarifpreisgenehmigung rückwirkend erteilt werden kann, mag dahinstehen. Jedenfalls ist das Energieversorgungsunternehmen nach den AVBEltV nicht berechtigt, eine Strompreiserhöhung rückwirkend in die Versorgungsverträge mit seinen Kunden einzuführen. Ein entsprechender Nachforderungsvorbehalt kann von der Preisgenehmigungsbehörde im Rahmen des § 12 a BTO Elt nicht aufgegeben werden. Seine Einführung fällt vielmehr in den Zuständigkeitsbereich des Bundeswirtschaftsministers als Verordnungsgeber (§ 7 Abs. 2 EnWG).

Das Gericht sieht in dem Hauptantrag der Antragstellerin der Sache nach das Begehren, eine vorläufige Tarifgenehmigung zu erlangen, die dann rückwirkend wegfallen sollte, wenn der Hauptsachestreit erfolglos ausgehen sollte. Damit werde der — rechtlich nicht mögliche — rückwirkende Fortfall der (vorläufig) genehmigten und veröffentlichten höheren Tarifpreise vorausgesetzt. Der Genehmigungsvorbehalt des § 12 a BTO Elt bilde das Gegengewicht zu der weitreichenden Befugnis der EVU, die Preise durch einseitige Erklärung an die Kostenentwicklung anzupassen. Er diene vor allem dem Schutz der Tarifkunden vor ungerechtfertigten Preiserhöhungen. Eine vorläufige Preisgenehmigung könne diesen Zweck nicht erfüllen und sei auch mit den Anforderungen der Rechtssicherheit nicht vereinbar. Für die Antragstellerin habe das keine unzumutbaren Folgen. Ihre wirtschaftliche Existenz stehe unstrittig nicht auf dem Spiel. Sie befürchte wegen der zu erwartenden Mindererlöse vor allem eine Beeinträchtigung des ihr zur Verfügung stehenden Investitionsrahmens. Investitionen der EVU dienten vor allem dem Erfordernis einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung (vgl. §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 12 a Abs. 2 Nr. 2 BTO Elt). Diesem Erfordernis müßten auch die Tarifpreise genügen, d. h. sie müßten den EVU Erlöse in einer Höhe gewähren, die die unter dem Gesichtspunkt einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung unumgänglichen Investitionen ermögliche. Investitionen unterlägen aber in aller Regel keinen kurzfristigen Zeitzwängen. „Wird die Tarifgenehmigung nach § 12 a 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. § 12 a Abs. 2 Nr. 2 BTO Elt). Der Nachteil, der der Antragstellerin durch Abwarten einer Hauptsacheentscheidung zugemutet wird, liegt demnach darin, daß sie einen Teil ihrer bis 30. 6. 1982 geplanten Investitionen in den darauffolgenden Tarifzeitraum verschieben muß.“ Das Gericht räumt ein, daß der im Hauptsacheverfahren verfolgte Anspruch auf uneingeschränkte Genehmigung ihres Preiserhöhungsantrages durch Ablauf des streitgegenständlichen Tarifzeitraums oder durch einen neuen überholenden Preiserhöhungsantrag seine Erledigung finden könnte, bevor die Hauptsache rechtskräftig entschieden sei. Doch auch dann werde der Rechtsschutz nicht verkürzt, weil von der zunächst erhobenen Verpflichtungsklage regelmäßig zu einer Fortsetzungs-

feststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO übergegangen werden könne.

Der Hilfsantrag könne ebenfalls nicht erfolgreich sein. Denn nach der durch §§ 6 Abs. 1 EnWG, 4 Abs. 2 AVBELtV gestalteten Rechtslage sei das EVU nicht berechtigt, Tarifierhöhungen nachträglich und rückwirkend zum Inhalt der privatrechtlichen Versorgungsverträge mit den Kunden zu machen. Der Inhalt der Versorgungsverhältnisse sei durch die AVBELtV grundsätzlich abschließend gestaltet. Diese ließen weder eine rückwirkende Tarifierhöhung zu noch ermächtigten sie zur Nachberechnung in der begehrten Form.

## *2. Genehmigungsverfahren der Isar-Amperwerke AG, München (IAW)*

Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr erteilte den IAW mit Bescheid vom 22. 1. 1981 eine preisrechtliche Genehmigung und begründete die darin ausgesprochene teilweise Ablehnung der beantragten Tarifänderung mit einem weiteren Bescheid vom 12. 2. 1981. Nach Auffassung der Genehmigungsbehörde waren verschiedene Kosten, die die IAW als Kosten in die kalkulatorische Rechnung eingestellt hatten, dem allgemeinen Unternehmerwagnis zuzurechnen und deshalb aus dem kalkulatorischen Gewinn zu tragen. Die Genehmigungsbehörde gab zur Begründung des Bescheids weiter an, daß den IAW eine für 1981/82 absehbare Kostenunterdeckung zumutbar sei, weil 1975/76 bis 1980/81 erhebliche Überschüsse erzielt worden seien und außerdem ein Ausgleich durch weitere Strompreiserhöhungen für das Geschäftsjahr eröffnet bleibe.

Die IAW haben gegen diese Bescheide Klage zum Verwaltungsgericht München erhoben (M 634 III 81). In der mündlichen Verhandlung am 1. 2. 1982 haben sie beantragt, festzustellen, a) daß die Bescheide vom 22. 1. 1981 und 12. 2. 1981 rechtswidrig waren, soweit dadurch der Antrag der Klägerin auf Genehmigung von Tarifierhebungen abgelehnt wurde, b) daß der Beklagte verpflichtet war, die mit Antrag der Klägerin vom 28. 11. 1980 begehrten Tarifierhebungen zu genehmigen. Nach Erhebung der Klage haben die IAW im April 1981 einen neuen Antrag auf Tarifgenehmigung gestellt. Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr erteilte den IAW die Tarifgenehmigung für den Zeitraum vom 1. 7. bis 31. 12. 1981, folgte dabei aber dem Antrag wiederum nicht in vollem Umfang. Es wurden dieselben Kriterien wie in dem vorangegangenen Genehmigungsverfahren zugrundegelegt. Die IAW haben wiederum Klage zum Verwaltungsgericht München erhoben (M 2284 III 81). In der mündlichen Verhandlung am 1. 2. 1982 haben sie beantragt, festzustellen, a) daß der Bescheid vom 2. 6. 1981 rechtswidrig war, soweit dadurch der Antrag der Klägerin auf Genehmigung von Tarifierhebung abgelehnt wurde, b) daß der Beklagte verpflichtet war, die mit Antrag der Klägerin vom 28. 4. 1981 begehrten Tarifierhebungen zu genehmigen. Auf einen weiteren Antrag der IAW wurde mit Bescheid vom 27. 11. 1981 zum 1.1. 1982 eine weitere Tarifierhöhung genehmigt.

Das Verwaltungsgericht München hat die beiden Klagen mit Urteil vom 1. 2. 1982 abgewiesen. Die Klagen seien als Fortsetzungsfeststellungsklagen zulässig (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). Unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr könne ein berechtigtes Interesse der Klägerin daran, daß das Gericht feststelle, von welcher Rechtsauffassung die Behörde in Zukunft auszugehen habe, nicht verneint werden. Die Klagen seien unbegründet. Für die Behauptung, daß aufgrund der Kosten- und Erlöslage eine Tarifierhöhung erforderlich sei, trage die Klägerin gem. § 12 a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt in vollem Umfang die Nachweispflicht. Ob die von dem Beklagten getroffene Entscheidung rechtmäßig sei, beurteile sich nach dem Zeitpunkt der Genehmigungserteilung, sowohl hinsichtlich der möglichen Kenntnis der Daten der Vergangenheit, als auch hinsichtlich der prognostischen Einschätzung der künftigen Daten. Die Entscheidung, ob eine Tarifierhöhung erforderlich sei, verlange einmal eine Bewertung der Kosten- und Ertragslage hinsichtlich der vergangenen Geschäftsjahre und zum anderen eine Prognose im Hinblick auf die in Zukunft zu erwartende Ertragslage. Grundlage der Beurteilung der Kosten- und Ertragslage in der Vergangenheit seien im wesentlichen die handels- und steuerlichen Bilanzen und ggf. eine nachkalkulatorische Berechnung, deren Werte an diese Bilanzen angeglichen würden. Soweit die Entscheidung auf einer Prognose beruhe, sei der Behörde eine weite Beurteilungsermächtigung eingeräumt mit der Folge, daß die gerichtliche Überprüfung beschränkt sei. Soweit der Entscheidung über den unbestimmten Rechtsbegriff „erforderlich“ die Bewertung zukünftiger Entwicklungstendenzen zugrunde liege, sei der Behörde eine Beurteilungsermächtigung zugestanden. Die nach § 12 a BTO Elt zu treffende Entscheidung sei nämlich dem gestaltenden Planrecht zuzurechnen; sie setze eine Prognose voraus, die nicht einzelfallbezogen sei, sondern eine Vielzahl von Entwicklungstendenzen mit einzubeziehen habe. Dem trage die Regelung des § 12 a BTO Elt Rechnung, die eine flexible Gestaltungsmöglichkeit für die Anpassung der Tarife an die reale Entwicklung für die Behörde und für das EVU schaffe. Die richterliche Kontrolldichte könne gegenüber einer solchen — anpassungsfähigen und anpassungsbedürftigen — Verwaltungsentscheidung nicht umfassend sein. Die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) werde durch diesen unüberprüfbaren Spielraum der Behörde zu eigener Beurteilung nicht zu Lasten des EVU verkürzt. Abgesehen von den Sachgegebenheiten gelte das umso mehr deswegen, weil der zunächst sehr weite Beurteilungsspielraum bei der Prognose angesichts jederzeit möglicher neuer Anträge auf Gebührenerhöhung von der Bewertung der inzwischen verfügbaren Ist-Zahlen abgelöst werde, in dem Maße wie der Prognosezeitraum jeweils abgelaufen sei. Die Überprüfung der beanstandeten Genehmigungsbescheide des Beklagten, soweit ihnen prognostische Werte zugrunde lägen, beschränke sich somit darauf, ob das vorgesehene Verfahren eingehalten worden sei, insbes. ob die Behörde ihrer Erläuterungspflicht in hinreichendem Maße nachgekommen sei, ob sie von zutreffenden Sachverhaltsannahmen ausgegangen sei, ob sie die in den gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Wertungsmaßstäbe eingehalten habe, sich insbes. nicht von sachfremden und willkürlichen Erwägungen habe leiten lassen, und ob ihre Entscheidung dem Abwägungsge-

bot entspreche. Die den zu erstellenden Prognosen zugrunde liegenden Bewertungen hinsichtlich der Entwicklung der Kosten- und Ertragslage unterlägen im Rahmen eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit Beurteilungsermächtigung der gerichtlichen Überprüfung nur insoweit, als zu prüfen sei, ob die von der Behörde vorgenommenen Wertungen und Erwägungen offensichtlich fehlerhaft, eindeutig widerlegbar oder willkürlich seien. Demnach bedürfe es keiner abschließenden Entscheidung, ob die Arbeitsanleitung von 1980 und die darauf gegründeten Wertungen des Beklagten wissenschaftlich eindeutig und unzweifelhaft zutreffend seien, vielmehr sei ausreichend, daß die in den streitigen Punkten vom Beklagten getroffenen Wertungen einer gerichtlichen Prüfung innerhalb des oben angegebenen Rahmens standhielten. Nach diesen Direktiven geht das Gericht dann auf die einzelnen Streitpunkte ein und unterwirft die angegriffenen Teile der Genehmigungsbescheide einem Plausibilitätstest nach dem vorher aufgestellten Vertretbarkeitsmaßstab. Hinsichtlich der kalkulatorischen Abschreibungen habe der Beklagte seiner Arbeitsanleitung (C II 5.) eine von mehreren wissenschaftlichen Meinungen zugrunde gelegt, so daß seine in diesem Punkt getroffene Wertung keinesfalls als offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar angesehen werden könne. Die von dem Beklagten vertretene Auffassung, die Aufwendungen für die Nachrüstung des Kernkraftwerks Isar I sowie der anteiligen kalkulatorischen Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen während des Stillstands, der durch Nachrüstungsmaßnahmen in Erfüllung behördlicher Auflagen erforderlich sei, seien dem allgemeinen Unternehmerwagnis zuzurechnen und damit nicht als Kostenbestandteil anzusetzen, sei zumindest vertretbar.

Die Bestimmung des § 1 Abs. 1 BTO Elt fordere, bei der Genehmigung von Tarifen auf die Versorgungsbedürfnisse der Kunden einerseits und auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit für das EVU andererseits Rücksicht zu nehmen und beide Interessen gegeneinander abzuwägen. Hier ergebe sich, daß die in den beiden beanstandeten Genehmigungen vorgenommenen Kürzungen nicht für die Klägerin unzumutbar seien. Der Klägerin seien innerhalb eines Jahres drei Tarifierhöhungen in Höhe von 10,5%, 8,5% und 6,6% zugewilligt worden, wobei nunmehr mit der letzten Genehmigung der Klägerin insgesamt Tarifierhöhungen zugeflossen seien, die denen entsprächen, die sie in den streitgegenständlichen Genehmigungsverfahren beantragt habe. Ein Verfahren derartiger sukzessiver Tarifierhöhungen sei zulässig.

Die IAW haben gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts (abgedruckt RdE 1982, 122; dazu H. P. Hermann/R. Diescher/M. Herzog, RdE 1982, 114) Berufung eingelegt.

### *3. Genehmigungsverfahren der Hannover-Braunschweigischen Stromversorgungs AG, Hannover (HASTRA)*

Die Bezirksregierung Hannover erteilte mit Bescheid vom 6. 2. 1981 eine preisrechtliche Genehmigung zunächst mit Wirkung vom 1. 1. bis 30. 6. 1981. Die

Tarifierhebung wurde „in Höhe von 70% der beantragten Änderungen der Allgemeinen Tarife“ bewilligt. Auf Widerspruch der HASTRA erging der Widerspruchsbescheid vom 8. 7. 1981, mit dem die in dem angegriffenen Bescheid getroffene Regelung als endgültig bestimmt und darauf hingewiesen wurde, daß nachgewiesene Mindererlöse bei der nächsten Genehmigung berücksichtigt werden könnten. Dieser Hinweis, wie auch die Erklärung, daß die Vorläufigkeit des Ausgangsbescheids fehlerhaft gewesen sei, werden mit Ausführungen aus dem Beschluß des Bayer. Verwaltungsgerichtshofes vom 2. April 1981 (siehe oben unter 1) begründet.

Vor der Entscheidung über den Widerspruch war aufgrund desselben Antrages der HASTRA, der zu dem Bescheid vom 6. 2. 1981 geführt hatte, eine weitere preisrechtliche Genehmigung vom 26. 6. 1981 mit Wirkung vom 1. 7. 1981 bis zum 30. 6. 1982 erteilt worden. Auch diese Genehmigung blieb in der Tarifierhebung hinter dem Antrag zurück. Im Entscheidungssatz der Genehmigung ist die Nebenbestimmung festgelegt, der Bescheid stehe unter der „auflösenden Bedingung“, daß Preise für Sondervertragskunden während der Dauer der Genehmigung nicht erhöht würden. Die HASTRA hat gegen diesen Bescheid Widerspruch eingelegt.

Gegen den Bescheid vom 6. 2. 1981 und den Widerspruchsbescheid vom 8. 7. 1981 hat die HASTRA Klage zum Verwaltungsgericht Hannover erhoben, um eine „Nachholung“ der Tarifierhebung in dem durch die Preisbehörde versagten Umfang auf dem Wege zu erstreiten, den der Beschluß des BayVGH vom 2. April 1981 vorgezeichnet hat. Werde nachträglich die Rechtswidrigkeit der Ablehnung einer beantragten Preiserhöhung festgestellt, sei die Genehmigungsbehörde zum Erlaß einer Preisgenehmigung verpflichtet, die den notwendigen Ausgleich der Mindererlöse pro futuro sichere. Aus § 12 a BTO Elt ergebe sich für das EVU ein Anspruch auf Genehmigung zumindest kostendeckender Preise. Auf dieser Grundlage stellt die Klägerin einen Verpflichtungsantrag, mit dem sie den „Nachholungs“-Anspruch geltend macht, und hilfsweise einen Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in entsprechender Anwendung).

Während der Anhängigkeit der Klage gegen den Bescheid vom 6. 2. 1981 und des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 26. 6. 1981 hat die HASTRA erneut einen Genehmigungsantrag vom 11. 8. 1981 gestellt, über den mit Bescheid vom 25. 9. 1981 entschieden worden ist, und schließlich einen weiteren Genehmigungsantrag vom 30. 10. 1981 eingebracht, der zu dem Bescheid vom 29. 12. 1981 geführt hat. Die beiden neuen Tarifgenehmigungen weisen — wie schon der Bescheid vom 26. 6. 1981 — die Technik von Formularentscheidungen auf, die jeweils mit den konkreten Angaben und mit sonstigen den Einzelfall betreffenden Ausführungen ergänzt sind. Die Genehmigung vom 25. 9. 1981 betrifft den Zeitraum vom 1. 10. 1981 bis 30. 9. 1982, die Genehmigung vom 29. 12. 1981 gilt für den Zeitraum vom 1. 1. 1982 bis 31. 12. 1982. In dem Bescheid vom 29. 12. 1981 ist der auflösenden Bedingung noch die Anordnung hinzugefügt, daß für den Fall des Eintretens der Bedingung die der jetzt erteilten Genehmigung vorangehende Tarifgenehmigung gelte.

## **II. Die „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)“**

### *1. Beurteilungskriterien der „Arbeitsanleitung“ für die Ermittlung von Kosten und Gewinn*

Die „Arbeitsanleitung“ wird jetzt in der Fassung vom 19. Mai 1981 angewandt. Sie ist in dieser Fassung von einer Arbeitsgruppe formuliert worden, die der Bund-Länder-Arbeitsausschuß „Energiepreise“ eingesetzt hatte. Versuche einer Abstimmung mit einzelnen Gruppen von EVU haben in einer Reihe von Punkten nicht zu übereinstimmenden Auffassungen geführt. In dem Bund-Länder-Arbeitsausschuß ist ein Übereinkommen dahin erzielt worden, die „Arbeitsanleitung“ im Interesse einer möglichst einheitlichen Praktizierung der strompreisrechtlichen Vorschriften in den einzelnen Genehmigungsverfahren als eine Beurteilungshilfe heranzuziehen. Die „Arbeitsanleitung“ umfaßt nach einem kurzen Abschnitt „Allgemeines“ (A) die Abschnitte B. Grundsätzliches zur Ermittlung der Kosten- und Erlöslage, C. Bestandteile der Selbstkosten, D. Kostenmindernde Absetzungen, E. Stromerlöse und F. Kalkulatorischer Gewinn. Als Anlage sind mehrere Erhebungsbögen beigelegt, die eine übersichtliche Darstellung und Abrechnung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung für ein antragstellendes Unternehmen in einem Geschäftsjahr ermöglichen sollen und auch die „Abhängigkeit zwischen kalkulatorischer und bilanzieller Rechnung“ erfassen wollen. Die „Arbeitsanleitung“ geht davon aus, daß für den durch § 12 a BTO Elt geforderten Nachweis, daß die beantragte Erlösverbesserung notwendig ist, neben dem handels- und steuerrechtlichen Jahresabschluß eine kalkulatorische Rechnung geboten ist, von der eine „kostenverursachungsgerechte, perioden- und betriebsbezogene Ermittlung der Kosten- und Erlöslage“ erwartet werden kann. Hinsichtlich der Kosten seien die Vorschriften der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP — Anlage zur VO PR Nr. 30/53 vom 21. 11. 1953) entsprechend anzuwenden. Soweit die besonderen Verhältnisse der Energieversorgung Abweichungen erforderten, seien diese in den Bestimmungen der „Arbeitsanleitung“ ausdrücklich geregelt. Sollten aufgrund außergewöhnlicher Umstände darüber hinausgehende Abweichungen im Einzelfall notwendig werden, bedürften sie der besonderen Begründung.

Entstehung und Inhalt der „Arbeitsanleitung“ zeigen, daß es sich dabei um ein als Verwaltungsvorschrift eingeführtes Hilfsmittel bei der Ausführung der BTO Elt handelt. Zu einem Teil wird damit lediglich eine Erleichterung bei der Erfassung, Zusammenstellung und Beurteilung des entscheidungserheblichen Tatbestandes angestrebt; bestimmte Begriffe und Erkenntnisse der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung sind dabei für die Sachverhaltsermittlung aufgenommen oder vorausgesetzt. Zu einem anderen Teil — und vorgreiflich auch für die eben bezeichnete Hilfsfunktion der „Arbeitsanleitung“ für die

Sachverhaltsermittlung — werden bestimmte Auffassungen für die Auslegung und den Vollzug der maßgeblichen Vorschriften entwickelt und vorausgesetzt. Diese Auffassungen lassen sich weder betriebswirtschaftlich noch unter Bezugnahme auf das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen rechtfertigen, sondern nur aus den einschlägigen Vorschriften des Energierechts. Soweit die „Arbeitsanleitung“ eine Auslegung von Rechtsvorschriften enthält, voraussetzt oder den Ermittlungs- und Beurteilungsregeln für die Rechnungen des antragstellenden Unternehmens zugrundelegt, muß sie sich rechtlich, d. h. anhand des EnWG und der BTO Elt, als zutreffend erweisen.

Die „Arbeitsanleitung“ gesteht den EVU nur „Selbstkosten“ zuzüglich eines kalkulatorischen Gewinns zu und stellt in einzelnen Hinsichten Kriterien für die Angemessenheit von Kosten auf.

Das Betriebswirtschaftliche Gutachten von W. Kern verwendet den Begriff der „vertretbaren“ Kosten (vgl. dort Tz 110).

Sie legt fest (B. 2), daß in die Selbstkosten der Stromversorgung nach Art und Höhe nur die Kosten einzustellen sind, die bei elektrizitätswirtschaftlich rationaler Betriebsführung entstehen (§ 12 a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt). Für die Art der Kosten- und Erlösermittlung wird vorgeschrieben, die Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung auf mindestens drei Jahre zu erstrecken, nämlich

- das abgelaufene Geschäftsjahr, dessen Istkosten und Isterlöse nachkalkulatorisch erfaßbar sind,
- das laufende Geschäftsjahr, dessen Kosten und Erlöse teils nachkalkulatorisch, teils vorkalkulatorisch ermittelt werden müssen, und
- das bevorstehende Geschäftsjahr, dessen Sollkosten und Sollerlöse nur vorkalkulatorisch erfaßbar sind.

Dieser Ermittlungsregel liegen die Prämissen zugrunde, daß die für die Tarifgenehmigung maßgebliche „gesamte Kosten- und Erlöslage“ (§ 12 a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt) nicht notwendig auf den Genehmigungszeitraum beschränkt zu betrachten ist und daß die Entscheidung über die Genehmigung ein prognostisches Element einschließt.

Als Bestandteil der Selbstkosten erscheinen — mit einem Satz — die Strombeschaffungskosten, nämlich die tatsächlichen bzw. die für die voraussichtlichen Abgabemengen und -verhältnisse errechneten Kosten der Strombeschaffung, und die Kosten der Stromverteilung. Die Regeln über die kalkulatorischen Abschreibungen, d. h. die kalkulatorischen Kosten der Wertminderung der für das Stromgeschäft betriebsnotwendigen Anlagegüter, sind — wie es unter C.II.5 heißt — analog Nrn. 37 bis 42 LSP gebildet. Die „Arbeitsanleitung“ verlangt zwar, als Abschreibungsausgangswert grundsätzlich die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten zugrunde zu legen, läßt es aber zu, auch Wiederbeschaffungswerte anzuwenden, um durch den Geldwertschwund bedingte Substanzverluste zu vermeiden. Würden die Abschreibungen auf der Basis der Wiederbeschaffungswerte berechnet, dürfe aber nur der eigenfinanzierte Anteil des Sachanlagevermögens Berücksichtigung finden. Denn das zur Finanzierung eingesetzte Fremdkapital müsse nur zum Nominalwert zurückgezahlt

werden und dementsprechend unterläge das fremdfinanzierte Sachanlagevermögen insoweit keinem geldwertbedingten Substanzverlust. Auf demselben Gedanken beruht die Regel, Baukostenzuschüsse nicht dem „Eigenkapital“ zuzuordnen. Die so finanzierten Anlagegüter unterlägen nicht dem Geldwertschwund. Schließlich wird bei der Abschreibung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten gefordert, den technisch-wirtschaftlichen Fortschritt durch Abschläge von den eingesetzten Werten zu berücksichtigen (Nr. 38 und 40 LSP).

Die Regeln über die kalkulatorischen Zinsen, d. h. die kalkulatorischen Kosten für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals, sind — wie es unter C.II.6 heißt — analog Nrn. 43 bis 46 LSP gebildet. Im Unterschied zu den LSP bemißt allerdings die „Arbeitsanleitung“ das betriebsnotwendige Kapital allein nach Anschaffungswerten. Als Zinssatz könne der vom Bundesminister für Wirtschaft festgesetzte Höchstsatz angewandt werden; dieser betrage derzeit 6,5%. Die „Arbeitsanleitung“ läßt bei der Errechnung der kalkulatorischen Zinsen die tatsächlichen oder voraussichtlich anfallenden Aufwendungen für Fremdfinanzierungen außer Ansatz. Für die Errechnung des Basiswertes „betriebsnotwendiges Kapital“ wird vorgeschrieben, alle dem Unternehmen zinslos zur Verfügung gestellten Geldmittel („Abzugskapital“) von den Teilen des Anlage- und Umlaufvermögens abzuziehen, die für das Stromgeschäft oder die Mitarbeiter eingesetzt, betrieben oder betriebsnotwendig in Reserve gehalten werden („betriebsnotwendiges Vermögen“). Zu dem Abzugskapital werden auch erhaltene Baukostenzuschüsse gezählt. Diese würden aufgrund der spezifischen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft als einmalige Finanzierungsbeiträge vereinnahmt, um den Stromabnehmern entsprechend günstigere Strompreise einzuräumen. Die Vorteile aus diesen Zuschüssen müßten in vollem Umfang den Stromabnehmern zugute kommen.

Als letzte Größe unter den Kosten der Stromverteilung erscheinen die kalkulatorischen Einzelwagnisse, verstanden analog Nrn. 47 bis 50 LSP (C.II.10). Für die betriebsbezogenen Einzelwagnisse, d. h. die mit der Leistungserstellung in den einzelnen Tätigkeitsgebieten des Betriebes verbundenen Verlustgefahren, werden kalkulatorische Wagniskosten zugestanden, z. B. für das Kraftwerksausfallwagnis.

Die Einzelwagnisse, die als betriebsbezogene Risiken mit einem kalkulatorischen Kostenbeitrag zu Buche schlagen dürfen, werden von dem „allgemeinen Unternehmerwagnis“ unterschieden, für das der kalkulatorische Gewinn Deckung geben muß (Abschnitt F). Mit dem kalkulatorischen Gewinn solle auf lange Sicht die Existenz des EVU gegen die Gefahren und Risiken abgesichert werden, die mit der unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind. Das auf dem freien Markt entscheidende Risiko, aus dem Markt verdrängt zu werden, treffe die EVU wegen der Demarkationsverträge zwar nicht. Es müßten aber andere mit der Stromerzeugung und -verteilung verbundene Risiken, z. B. Verzögerungen im Kraftwerksbau, Zerstörung von Leitungsnetzen durch höhere Gewalt, abgedeckt werden. Die „Arbeitsanleitung“ ordnet an, daß mit dem kalkulatorischen Gewinn abzugelten seien:

a) das allgemeine Unternehmerwagnis, soweit nicht besondere Einzelwagnisse anzusetzen sind, b) die Möglichkeit der Zahlung von Konzessionsabgaben und c) besondere unternehmerische Leistungen im technischen und wirtschaftlichen Bereich. Als Beurteilungsregel wird angegeben: „Die Bemessung des kalkulatorischen Gewinns erfolgt im Rahmen des Genehmigungsverfahrens jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung betriebsspezifischer Gesichtspunkte.“

Das Niedersächsische Wirtschaftsministerium hat im Jahre 1981 auf der Basis der zwischen den Preisreferenten des Bundes und der Länder abgestimmten „Arbeitsanleitung“ eine zusätzliche Verwaltungsvorschrift ausgearbeitet, die „Grundzüge des Verfahrens zur Prüfung von Erhöhungen der allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Elektrizität nach der Bundestarifordnung Elektrizität i. d. F. der Verordnung vom 30. 1. 1980“. Die „Grundzüge“ folgen in der Gliederung und im Inhalt weitgehend der „Arbeitsanleitung“, nehmen allerdings eine Reihe von Ergänzungen vor. Sie sind im Oktober 1982 als „Grundsätze des Verfahrens zur Prüfung von Erhöhungen der allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Elektrizität nach der Bundestarifordnung Elektrizität i. d. F. der Verordnung vom 30. 1. 1980“ neugefaßt worden.

Die „Grundsätze“ geben eine ausführliche Erläuterung zur Frage der Angemessenheit der Kosten (1.2 und 2.4; Arbeitsanleitung, B.2). Hierfür wird hauptsächlich das Grundmerkmal des § 12 a BTO Elt kommentiert, nämlich der von dem EVU zu erbringende Nachweis, daß die mit der angestrebten Tarifgenehmigung angestrebte Erlösverbesserung erforderlich ist. Die „Grundsätze“ bestimmen:

„Der Nachweis, die gesamte Kosten- und Erlöslage eines EVU erfordere eine Erlösverbesserung, ist nicht schon dann erbracht, wenn im Vergleich zu Vorjahren deren Verschlechterung beweiskräftig dargetan werden kann. Vielmehr muß das EVU in einem solchen Fall zusätzlich nachweisen, daß die so verschlechterte Kosten- und Ertragslage *angesichts der Versorgungsaufgabe* des EVU aufgebessert werden muß. Der bloße Wandel einer guten Kosten- und Ertragslage in eine befriedigende oder auch nur ausreichende, macht Erlösverbesserungen ebenso wenig erforderlich wie fehlende Zuwachsraten im Elektrizitätsverbrauch.“

Dieser Passus ist fast wörtlich (einschließlich der Hervorhebung) aus der Kommentierung von *Obernolte* zu § 12 a BTO Elt übernommen; siehe *E. Eiser/J. Riederer/W. Obernolte/W. Danner*, *Energiewirtschaftsrecht*, Stand Jan. 1982, *EnergPreis* III S. 134 g. Von dort ist die Passage ebenfalls übernommen worden in dem Urteil des VG Minden vom 3. 12. 1981 — 2 K 558/80 — Ausfertigung S. 7.

Im weiteren wird das Erfordernis der rationellen Betriebsführung mit der Erforderlichkeit der Erlösverbesserung verknüpft. Die Erlösverbesserung sei besonders dann nicht erforderlich, wenn die unbefriedigende Kosten- und Erlöslage auf fehlende oder unzureichende rationelle Betriebsführung zurückzuführen sei. „Überhöhte“ Kosten, die auf einer unwirtschaftlichen Betriebsführung im technischen oder im verwaltungsmäßigen Bereich beruhen, dürfen nicht berücksichtigt werden.

„Im allgemeinen wirtschaftlichen Sprachgebrauch gilt die Betriebsführung dann als rationell, wenn sie die technischen, organisatorischen und personellen Möglichkeiten nutzt, die nach dem jeweiligen Stand der Erkenntnis in einem bestimmten Wirtschaftsbereich zur Erzielung eines optimalen Betriebsergebnisses beitragen. Das Ergebnis elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung soll nicht allein dem EVU, sondern auch seinen Kunden zugute kommen.“

In den „Grundzügen“ von 1981 hatte es hier geheißen, die Erzielung eines optimalen Betriebsergebnisses „im Sinne der Gewinnmaximierung“ habe im Bereich der Elektrizitätsversorgung nicht die gleiche Bedeutung wie nach dem allgemeinen wirtschaftlichen Sprachgebrauch. Denn: „Der Grundsatz der Gewinnmaximierung ist mit den Zielen des § 1 BTO Elt einer möglichst sicheren und kostengünstigen Versorgung nur bedingt zu vereinbaren und daher nur relativ optimal erreichbar.“

Die „Grundzüge“ von 1981 hatten unter 7.2 im Hinblick auf den Beschluß des BayVGH vom 2. April 1981 Folgerungen „zum Erfordernis der Erlösverbesserung“ gezogen. Es müsse nicht jede Kostenerhöhung zum Anlaß eines Erhöhungsantrages werden. Dem EVU sei zuzumuten, seine zukünftige Kostensituation unter Berücksichtigung sich als konkret abzeichnender Kostenänderungen so genau wie möglich zu schätzen. Das gelte umso mehr, als die wirtschaftliche Existenz des EVU dadurch nicht tangiert werde und ferner eventuell zurückgestellte Investitionen ohne Gefährdung des Erfordernisses einer möglichst sicheren Elektrizitätsversorgung nachgeholt werden könnten. „Die Preisbehörde wird dem dann erhöhten Investitionsbedarf durch eine entsprechende Verbesserung der Erlöse Rechnung tragen.“ Diese Erwägungen kehren in den „Grundsätzen“ von 1982 nicht wieder. In ihnen findet sich unter 1.2 „Zum Erfordernis der Erlösverbesserung“ stattdessen die neue — und mit der Ausgestaltung der Tarifgenehmigung und der Periodizität der kalkulatorischen Kosten schwer in Einklang zu bringende — Erläuterung, es werde darauf ankommen, ob die Erlöse aus der für das EVU wesentlichen Leistung „auf längere Zeit hinaus“ die notwendigen Kosten deckten. Es könne somit davon ausgegangen werde, daß eine Verbesserung der Erlöse dann erforderlich sei, wenn wesentliche Kostensteigerungen bei Beibehaltung der bisherigen Tarife nachhaltig zu kalkulatorischen Verlusten führten, die sich bei Berechnung nach diesen Prüfungsgrundsätzen ergäben und die sich auch bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung nicht vermeiden ließen.

Über die „Arbeitsanleitung“ und über die „Grundzüge“ von 1981 hinaus setzen sich die „Grundsätze“ von 1982 näher mit der den EVU obliegenden „Nachweispflicht“ auseinander.

Unter 1.1 und 1.2. — Die Nachweispflicht wird ohne weiteres auch für die Voraussetzungen nach § 12 a Abs. 2 Nr. 2 BTO Elt angenommen, obwohl ausdrücklich nur in § 12 a Abs. 2 Nr. 1 von den EVU verlangt wird, bestimmte Sachverhalte nachzuweisen.

Die Nachweispflicht wird so verstanden, daß sie in erster Linie eine Verpflichtung zu erhöhter Mitwirkung im Genehmigungsverfahren sei. Die EVU müßten die allein ihnen bekannten wirtschaftlichen Verhältnisse, die die in § 12 a BTO Elt enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe ausfüllen sollten, zunächst

darlegen, um der Genehmigungsbehörde eine zweckdienliche Prüfung und Bearbeitung des Antrags zu ermöglichen. Bestandteil der Nachweispflicht sei auch der Nachweis rationeller Betriebsführung. Sofern die Preisbehörde aufgrund der ihr obliegenden Prüfung konkrete Zweifel an der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung habe, werde sie das EVU darauf hinweisen. Das EVU habe dann seinerseits alle Tatsachen vorzutragen und durch prüfungsfähige Unterlagen zu unterstützen, die der Preisbehörde eine Beurteilung ermöglichen, ob im Einzelfall eine elektrizitätswirtschaftlich rationelle Betriebsführung vorliege. Aus dem Tatbestandsmerkmal des § 12 a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt, daß die geforderte Erlösverbesserung auch „unter besonderer Berücksichtigung der Kosten- und Erlöslage in dem betreffenden Tarif erforderlich“ sein müsse, leiten die „Grundsätze“ außerdem für den Antragsteller die Pflicht ab, eine Kostenträgerrechnung vorzulegen, räumen jedoch ein, daß es übergangsweise bei einem von dem EVU angewandten plausiblen Verfahren der Kostenzuordnung sein Bewenden haben könne, bis sich eine den tatsächlichen Erfordernissen gerecht werdende praktikable Regelung der Kostenzuordnung allgemein durchgesetzt habe (1.4).

Um die entsprechende Anwendung des Preisrechts der öffentlichen Aufträge bei der Darstellung der Kosten- und Erlöslage der EVU im Energiepreisrecht zu rechtfertigen, wird auf die „gleiche Zielsetzung“ beider Rechtsquellen und darauf abgestellt, daß die BTO Elt und die VO PR 30/53 gestützt auf § 2 PreisG, „mit derselben Zielrichtung, nämlich der Aufrechterhaltung des Preisstandes“ erlassen worden seien (1.5).

Diese Darlegung ist mißverständlich. Die Nichterwähnung der Bestimmung des § 7 EnWG (die in den „Grundzügen“ von 1981 noch neben § 2 PreisG genannt war) verkürzt den maßgeblichen Sachzusammenhang; denn für das Energiepreisrecht kommt es gerade nicht schlechthin auf die „Aufrechterhaltung des Preisstandes“ an. Siehe hierzu im einzelnen unten unter B, zu § 2 PreisG unter B.I.2. — Auch die Schlußfolgerung aus der analogen Anwendung der LSP, der „allgemeine Kostenbegriff der Betriebswirtschaftslehre“ müsse den besonderen Zielen der BTO Elt angepaßt werden, ist durch hochgradige Vereinfachung mißverstehbar; denn die Vorschrift des § 12 a BTO Elt hat nicht eine „Anpassung“ oder sonstige Korrektur der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung selbst zur Folge.

Die kalkulatorischen Abschreibungen werden von den „Grundsätzen“ als die Kosten der Wertminderung der für die Elektrizitätsversorgung betriebsnotwendigen Anlagegüter bezeichnet. Gegenüber der „Arbeitsanleitung“ hinzugefügt ist die Erläuterung zum Unterschied der Bilanzrechnung und der kalkulatorischen Rechnung. Während die Handelsbilanz vom Prinzip der Vorsicht beherrscht und die Steuerbilanz darauf abgestellt sei, den steuerlichen Gewinn zu ermitteln, stellten die LSP auf die Ermittlung der betriebswirtschaftlich richtigen Abschreibungen ab (3.2.4.1; Arbeitsanleitung, C.II.5.1). Deutlich ergänzt sind dann die Anwendungsregeln zur kalkulatorischen Verrechnung von Wiederbeschaffungswerten (3.2.4.2). Wiederbeschaffungswerte dürften nur angesetzt werden, wenn durch den Geldwertschwund verursachte Substanzverluste des mit Eigenkapital finanzierten Sachanlagevermögens vermie-

den werden sollten. Die grundsätzlich zu verwendende Abschreibung auf den Anschaffungspreis oder die Herstellkosten könne die Substanzerhaltung der Betriebe dann nicht sichern, wenn wesentliche Preiserhöhungen den Betrieb daran hinderten, mit den erwirtschafteten Abschreibungen die erforderlichen Ersatzinvestitionen zu tätigen. Es müßte eine erhebliche und nicht nur vorübergehende Abweichung des Wiederbeschaffungswertes vom Anschaffungswert nachgewiesen werden; als „erheblich“ werde eine Abweichung von mehr als 10% angesehen. Als Beurteilungsregel für den kalkulatorischen Gewinn wird in den „Grundsätzen“ angegeben (Abschnitt 6): „Die Bemessung des kalkulatorischen Gewinns erfolgt im Rahmen des Prüfungsverfahrens jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung branchen- und betriebspezifischer Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Unternehmerwagnisses in Erzeugung und Verteilung.“

## *2. Der Streit über die betriebswirtschaftliche „Richtigkeit“ der „Arbeitsanleitung“*

Soweit die Ermittlungs- und Beurteilungsregeln der „Arbeitsanleitung“ von den Genehmigungsbehörden in den einzelnen Verfahren als vorgegebene Kriterien verwandt werden, um Kosten, kalkulatorischen Gewinn und Erlöse zu erheben und um die Angemessenheit einzelner Ansätze der Kostenrechnung zu beurteilen, muß die „Arbeitsanleitung“ mit den einschlägigen Rechtsvorschriften in Einklang stehen und muß sie ihrerseits folgerichtig im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung praktiziert werden. Das oben unter A.I ausgebreitete Anschauungsmaterial zeigt die dabei auftretenden Schwierigkeiten und Auseinandersetzungen. Es zeigt vor allem die Grenzen der „Arbeitsanleitung“ für das Ziel, die Entscheidung des Einzelfalles zu entlasten. Die grundsätzliche Entscheidung für das Selbstkostenprinzip führt nicht im Wege zwingender Ableitungen zu einer im Sinne der rechtlichen Maßstäbe richtigen Beurteilung darüber, welcher kalkulatorische Zinssatz oder welcher kalkulatorische Gewinn „angemessen“, d.h. unter dem Blickwinkel der möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung genehmigungsfähig ist. Wird — um ein weiteres Beispiel zu nennen — die (partielle) Anerkennung eines Aufwandes als Bestandteil der kalkulatorischen Kosten nach einer Unterscheidung des „allgemeinen Unternehmerwagnisses“ und bestimmter betriebsbezogener „Einzelwagnisse“ entschieden, muß diese Unterscheidung selbst gerechtfertigt sein, sachgerecht und berechenbar vorgenommen werden und auch folgerichtig angewandt werden.

Da die Ermittlung von Selbstkosten jedenfalls nicht ohne die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung möglich ist und die „Arbeitsanleitung“ im Grundsatz davon ausgeht, daß die entscheidungserhebliche Kosten- und Erlöslage des antragstellenden EVU mit Hilfe der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung zu ermitteln ist, werden damit für ein Teilstück der Rechtsanwendung die Grundsätze und Regeln des kalkulatorischen Rechnungswesens maßgeblich. Bei den Rechnungsgrößen, für die eine feste und anerkannte betriebswirt-

schaftliche Qualifizierung besteht, ist auch juristisch nicht zweifelhaft, daß die Genehmigungsbehörde fordern kann, daß in den Rechnungen des antragstellenden Unternehmens diese Einordnung der fraglichen Rechnungsgröße vorgenommen wird. Wenn dagegen mehrere Rechnungswege betriebswirtschaftlich akzeptabel sind, wie z. B. bei der kalkulatorischen Abschreibung von Anlagegütern, darf die Genehmigungsbehörde aus noch zu erörternden Rechtsgründen den von dem antragstellenden Unternehmen eingeschlagenen Rechnungsweg nicht beanstanden, sofern nicht die rechtlichen Maßstäbe der Genehmigungsentscheidung ergeben sollten, daß die mehreren betriebswirtschaftlich äquivalenten Wege rechtlich nicht gleichwertig sind. Die Genehmigungsbehörde darf sich somit weder über anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze und Regeln hinwegsetzen, noch dem antragstellenden Unternehmen eine bestimmte betriebswirtschaftlich mögliche Rechnungsführung vorschreiben, wenn dafür nicht eine energiepreisrechtliche Rechtfertigung gegeben ist.

Die allgemeine Prämisse der rechtlichen Erheblichkeit einzelner Annahmen der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung ist im Auge zu behalten, wenn über die betriebswirtschaftliche „Richtigkeit“ einzelner Positionen der „Arbeitsanleitung“ gestritten wird. Kontrovers sind hauptsächlich folgende Punkte:

- Ist für den Nachweis nach § 12 a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt neben der kalkulatorischen Rechnung der handels- und steuerrechtliche Jahresabschluß materiellrechtlich notwendig und deshalb im Genehmigungsverfahren vorzulegen (Abschn. A der „Arbeitsanleitung“)?
- Darf bei der Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten nur der eigenfinanzierte Anteil des Sachanlagevermögens Berücksichtigung finden (Abschn. C.II.5.2)?
- Ist es richtig, die Baukostenzuschüsse deshalb nicht dem eigenfinanzierten Anteil zuzuordnen, weil die so finanzierten Anlagegüter nicht dem Geldwertschwund unterliegen (Abschn. C.II.5.2)?
- Muß der technisch-wirtschaftliche Fortschritt bei der Ermittlung der Wiederbeschaffungswerte noch durch Abschläge berücksichtigt werden (Abschn. C.II.5.3)?
- Ist es für die Bemessung der kalkulatorischen Zinsen richtig, das Anlagevermögen mit dem Mittelwert der kalkulatorischen Restwerte am Anfang und Ende des Kalkulationsjahres, ermittelt auf der Basis der Anschaffungswertabschreibung, anzusetzen (Abschn. C.II.6.5)?
- Sind die Konzessionsabgaben nicht als Kosten anzusetzen (Abschn. C.II.9 und F)?
- Worin besteht das berechenbare Kriterium für die Abgrenzung der kalkulatorischen Einzelwagnisse vom kalkulatorischen Gewinn, warum müssen beispielsweise die Zerstörung von Leitungsnetzen durch höhere Gewalt oder das Stilllegungs- und Nachrüstungsrisiko bei Kernkraftwerken mit dem kalkulatorischen Gewinn abgegolten werden und woran darf sich ein Unternehmen bei der Bemessung des angemessenen kalkulatorischen Gewinns orientieren (Abschn. C.II.10 und F)?

Zu den betriebswirtschaftlichen Beurteilungskriterien und Einzelfragen wird auf das Betriebswirtschaftliche Gutachten „Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12 a BTO Elt“ von Professor Dr. rer. pol. Werner Kern (März 1982) Bezug genommen. Aus dieser gutachtlichen Untersuchung sind folgende Punkte hervorzuheben.

Nach dem betriebswirtschaftlichen Kosteneinwirkungsprinzip wird jeder Güterverzehr als kostenwirksam betrachtet, ohne den die Verwirklichung des Sachziels des Unternehmens nicht möglich wäre (Tz 54). Kosten sind bewertete, sachzielbezogene und ordentliche Güterverzehrsmengen (Tz 61). Für die Preisprüfung ist der Nachweis von Aufwendungen und Erträgen anstelle der Kosten und Erlöse („Erlöse“ im Sinne betriebswirtschaftlich zu definierender Leistungen) nicht gerechtfertigt (Tz 99 ff., 109).

Der Betrag, der Bezugsbasis für die Abschreibungen eines Sachanlagegutes sein soll, muß sämtliche Kosten umfassen, die angefallen sind oder am Bewertungsstichtag anfallen würden, um die Leistungsfähigkeit dieses Sachanlagegutes dem EVU in der Weise verfügbar zu machen oder verfügbar zu erhalten, wie es zur Erfüllung seiner Sachziele nötig ist. Daher darf er nicht nur die Anschaffungs- oder Herstellkosten (Wiederbeschaffungs- oder Wiederherstellkosten) umfassen, sondern muß zusätzlich u. a. Umrüstkosten und Nachrüstungskosten einschließen (Tz 282, 283). Der kostenwirksame Güterverzehr kann auch als ein durch höhere Einwirkung erzwungener Verzehr (Zwangsverbrauch) erfolgen. Ein typischer Fall von Zwangsverbrauch bei einem EVU sind die nicht aktivierten Aufwendungen (Kosten) für Nachrüstungen bei Ersatzinvestitionen, sofern sie durch hoheitliche Auflagen vorgeschrieben sind oder jene zumindest antizipieren (Tz 53). Um- und Nachrüstkosten sind nicht aus dem allgemeinen Unternehmergewinn zu decken. Denn sie stellen einen — ggf. auf mehrere Nutzungsperioden zu verteilenden — sachzielbezogenen Güterverzehr dar, bedeuten also Kosten, die als Abschreibungen auszuweisen sind. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, sie als kalkulatorische Einzelwagnisse zu erfassen (Tz 287, 289).

Um dem energierechtlich begründeten Erfordernis der Substanzerhaltung des EVU gerecht zu werden, sind an die kalkulatorischen Abschreibungen eine Reihe von Anforderungen zu stellen, nämlich:

- Das Ziel der Substanzerhaltung wird durch die gespaltene Abschreibung (Nettomethode) erreicht (Tz 244), wenn die anteiligen Ertragsteuern in die Kosten einbezogen werden (Tz 245, 248), und wenn bei Ersatzinvestitionen Abschläge auf den Tagesneuwert zur Berücksichtigung des technisch-wirtschaftlichen Fortschritts — sofern dieser nicht anderweitig eliminiert wurde — vorgenommen werden (Tz 208, 277).
- Das Ziel der Substanzerhaltung wird unter bestimmten Voraussetzungen auch durch die undifferenzierte Abschreibung (Bruttomethode) erreicht (Tz 216f.).
- Der sog. Kapazitätserweiterungseffekt darf die kalkulatorischen Abschreibungen nicht mindern (Tz 236).

- Erweiterungsinvestitionen sind durch zusätzliches Eigen- oder Fremdkapital zu finanzieren; Zuschläge für Erweiterungsinvestitionen dürfen Abschreibungen nicht enthalten (Tz 277).

Abschreibungen auf Sachanlagen für die Zeit einer Betriebsstilllegung oder Betriebsstillsetzung sind gerechtfertigt, wenn die vorübergehende Stillsetzung der Anlage wirtschaftlicher ist als ihre endgültige Stilllegung und evtl. Neuinvestitionen (Tz 293). Abschreibungen auf Sachanlagen endgültig stillgelegter Betriebe sind nur in besonderen Fällen als Kosten gerechtfertigt (vgl. Tz 296 – 298).

Für die Frage, ob und in welcher Höhe kalkulatorische Zinsen zu berücksichtigen sind, gilt:

- Die Höhe des kalkulatorischen Fremdkapitalzinssatzes kann als durchschnittlicher Fremdkapitalzinssatz entsprechend den tatsächlich verursachten Kosten der Beschaffung von Fremdkapital bestimmt werden (Tz 336).
- Die Höhe des Eigenkapitalzinssatzes läßt sich nicht generell festlegen. Der Tendenz nach muß der Eigenkapitalzinssatz höher liegen als der kalkulatorische Fremdkapitalzinssatz; denn der Eigenkapitalzins muß u. a. das höhere Risiko von Eigenkapital entgelten.
- Als Zinsen im Sinne von Opportunitätskosten sind nur die um die Inflationsrate gekürzten Kapitalmarktzinsen anzusetzen (Tz 349). Konkret bietet sich insbes. der Nominalzins auf Anschaffungswertbasis an (Tz 355).

Zu den Streitfragen, ob die Elektrizitätswirtschaftlichen Zuschüsse erfolgswirksame Ertrags- oder erfolgsneutrale Kapitalzuschüsse darstellen, ob sie das betriebsnotwendige Kapital und damit die kalkulatorischen Zinskosten mindern und ob sie als Eigenkapital behandelt werden dürfen, ergibt sich folgendes:

- Kapitalzuschußrückstellungen kommt der Charakter von Eigenkapital zu (Tz 370). Sie können nicht als Kostengutschriften berücksichtigt werden (Tz 371).
- Ertragszuschüsse, die eine besondere Leistungsverpflichtung der EVU in einer künftigen Periode begründen, haben den Charakter von Fremdkapital (Tz 378).
- Ertragszuschüsse, die zur allgemeinen Kostendeckung späterer Perioden als der Zuschußvereinnahmung ohne besondere Leistungsverpflichtung der EVU dienen (Baukostenzuschüsse nach AVB), besitzen weder Eigenkapital- noch Fremdkapitalcharakter (Tz 377 f.). Baukostenzuschüsse dienen der Deckung eines Teils der von den Kunden verursachten Kosten (Tz 381).

Konzessionsabgaben sind trotz ihrer Gewinnabhängigkeit Kosten der EVU (Tz 391).

Der kalkulatorische Gewinn ist deutlich vom handels- und vom steuerrechtlichen Gewinn zu unterscheiden (Tz 400). Körperschaftsteuern auf Gewinnanteile in Form von Kosten, die als Betriebsausgaben steuerrechtlich nicht anerkannt werden, sind Kosten. Körperschaftsteuern auf den Teil des Bilanzgewinns, den ein Unternehmen als Überschuß der Leistungen über die Faktor-

kosten erzielt, stellen demgegenüber keine Kosten dar (Tz 414). Keine Bestandteile des kalkulatorischen Gewinns sind Konzessionsabgaben, Um- und Nachrüstungskosten sowie Sturmschäden (Tz 417).

Im Hinblick auf die energie- und kartellrechtliche Preisaufsicht ist der betriebswirtschaftliche Kostenbegriff auf den Ansatz „vertretbarer Kosten“ im Sinne der normativen Preisbildungsregeln oder Aufsichtsmaßstäbe einzuengen (Tz 110). Die dabei auch zu beachtenden wirtschaftspolitischen Anwendungsbereiche des Vertretbarkeitsbegriffs, die den Wunsch des Abnehmers nach kostengünstiger Elektrizitätsversorgung schützen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 und 3 BTO Elt), entziehen sich jedoch einer betriebswirtschaftlichen Analyse (Tz 140). Eine Finanzierung von Erweiterungsinvestitionen aus Erlösen als Abschreibungsgegenwerten kann im Grundsatz nicht befürwortet werden. Dem Ziel einer Selbstfinanzierung von Erweiterungsinvestitionen aus Erlösen des Stromabsatzes, also auch über die genehmigungsbedürftigen Tarife, kann im Grundsatz nicht gefolgt werden; das Interesse an einem in den Augen von Eigen- und Fremdkapitalgebern leistungsfähigen Unternehmen ist ein allgemeiner Aspekt der Tarifhöhe und damit keine Frage der Abschreibungen, sondern eine Frage der angemessenen Höhe des kalkulatorischen Gewinns (Tz 274 ff.).

Es lassen sich nach alledem folgende terminologische und begriffliche Festlegungen treffen. „Kosten“ im Sinne des betriebswirtschaftlichen Rechnungswesens sind der bewertete Verzehr von Gütern und Diensten zur Erstellung von Leistungen. Kosten unterscheiden sich von den „Ausgaben“, d. h. den Auszahlungen (reinen Geldausgängen), und von den „Aufwendungen“, d. h. dem nicht auf die Leistungserstellung abstellenden Güterverbrauch, der unter Berücksichtigung handels- und steuerrechtlicher Vorschriften einzelnen Perioden zugerechnet wird. „Kostenwirksam“ ist jeder Güter- und Dienstverzehr, ohne den das produktive Unternehmensziel — nach Menge und Zeit spezifiziertes Produktions- und Absatzprogramm — nicht erreicht werden kann. Die periodische (monatliche, jährliche, etc.) „Kostenrechnung“ hat die Aufgabe, den kostenwirksamen Güter- und Dienstleistungsverzehr nach- oder vorzuzeichnen. Als ein besonderer Teil der Kostenrechnung verfolgt die „Kalkulation“ das Ziel, die Kosten ihren Bezugsobjekten („Kostenträgern“) einheitsbezogen zuzurechnen. Als Vorkalkulation prognostiziert sie künftig erwartete Kosten von Bezugsobjekten, als Nachkalkulation ordnet sie die tatsächlich entstandenen Kosten (Ist-Kosten) den Bezugsobjekten zu. Einen anderen Aufgabenbereich der Kostenrechnung bildet die Kostenerfassung. Dem Prinzip nach wird die Kostenrechnung von der Betriebswirtschaftslehre als eine originäre Rechnung angesehen, d. h. als eine Rechnung, die von Handelsbilanz und Steuerbilanz unabhängig ist. Das schließt allerdings nicht aus, daß die Abweichungen von Kostenrechnung und Bilanzierung mit Hilfe von Überleitungsrechnungen (vgl. das Betriebswirtschaftliche Gutachten, Tz 407) oder von buchhalterischen Kostenabgrenzungskontierungen jedenfalls formal dargestellt werden können. Diese Möglichkeit gestattet eine — gewissermaßen sekundäre — Vorgehensweise,

Siehe aber die Einschränkungen unter Tz 407 – 409 des Betriebswirtschaftlichen Gutachtens.

bei der (zumindest bei Nachrechnungen) versucht wird, die Kosten vereinfachend aus den Aufwendungen mittels entsprechender Zu- und Abrechnungen abzuleiten. Die Kostenverteilung ordnet, wie oben beschrieben, die einzelnen Kostengrößen den betrieblichen Kostenstellen und den Kostenträgern zu. „Kostenträger“ sind die einzelnen Produkte, aus deren Erlösen die Kosten zu decken sind. „Erlöse“ sind Gegenwerte verkaufter Leistungen. Von dem betriebswirtschaftlichen Begriff der Erlöse

Sowie von dem von diesem nochmals abweichenden Begriff der „Leistungen“ (siehe das Betriebswirtschaftliche Gutachten, Tz 66).

ist der handelsrechtliche Begriff (vgl. §§ 149, 157 AktG) der „Erträge“ zu unterscheiden. Gegenüber den Erlösen schließen die Erträge insbes. Anderserträge und -leistungen, Zusatzerträge und -leistungen (darunter die außerordentlichen betrieblichen und nichtbetrieblichen Erträge), Lagerbestandsveränderungen sowie Werte selbsterstellter und innerbetrieblich genutzter Güter ein.

Vgl. das Betriebswirtschaftliche Gutachten, Tz 66, 89 ff.

Wenn es nicht nur darum geht, die Kosten einer bestimmten betrieblichen Leistung eines Unternehmens zu erfassen, um die betriebswirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu beurteilen, sondern vielmehr darum, die Preise eines Unternehmens daraufhin zu beaufsichtigen, ob sie einem bestimmten wirtschaftspolitischen, z. B. energiewirtschaftlichen Maßstab entsprechen, liegt dieser aufsichtlichen Beurteilung ein normativer Kostenbegriff zugrunde, dessen Berechtigung sich nach den die Aufsicht begründenden und begrenzenden Rechtsvorschriften bestimmt.

Wegen der Kosten bei normaler Betriebsführung siehe das Betriebswirtschaftliche Gutachten, Tz 183 ff.

Es ist natürlich möglich, daß die einschlägigen Rechtsvorschriften auf die betriebswirtschaftlichen Kosten, also gewissermaßen auf die faktischen Kosten des konkreten Unternehmens abstellen. Es kann aber auch so sein — und im Falle des Energiepreisrechts ist es so —, daß die Rechtsvorschriften eine bestimmte Vorstellung der „Angemessenheit“ der Kosten zugrunde legen.

Siehe den Begriff der „Vertretbarkeit“ der Kosten, den das Betriebswirtschaftliche Gutachten, Tz 110, verwendet.

Wenn beispielsweise in § 17 Abs. 2 BImSchG gesagt ist, daß eine nachträgliche Anordnung zu Lasten einer genehmigten lästigen Anlage nicht getroffen werden darf, wenn die der Behörde bekannten Tatsachen ergeben, daß die Anordnung „für den Betreiber und für Anlagen der von ihm betriebenen Art wirtschaftlich nicht vertretbar“ ist, wird damit der Betriebsführung ein Maßstab wirtschaftlicher Vertretbarkeit entgegengehalten, den diese je nach ihrem Vorgehen unterschreiten oder überschreiten kann. Im Grundsatz vergleichbar ist die Rechtslage, wenn einem Unternehmen für eine bestimmte Leistungserstellung „Kosten“ nur im Sinne einer Selbstkostenermittlung zugestanden werden. Dann sind (nur) diejenigen Kosten gemeint, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistung entstehen.

### III. Vorschriften über die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen

Die „Arbeitsanleitung“ nimmt für die von ihr geregelte Darstellung der Kosten- und Erlöslage des antragstellenden EVU auf die preisrechtlichen Vorschriften über die Selbstkostenrechnung bei öffentlichen Aufträgen Bezug und entwickelt einen großen Teil ihrer Ermittlungs- und Beurteilungsregeln im Wege einer „analogen“ Heranziehung der dort einschlägigen Vorschriften.

Die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. 11. 1953 (BANz. Nr. 244), geändert durch die Verordnung PR Nr. 7/67 vom 12. 12. 1967 (BANz. Nr. 237), ist aufgrund § 2 des Preisgesetzes erlassen worden, um — wie es in der Präambel heißt — „marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchzusetzen“.

Zum Preisrecht öffentlicher Aufträge siehe die Darstellung von *J. Pietzcker*, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978, S. 280 ff. Dort ist auch dargetan, daß § 2 PreisG in der Auslegung durch BVerfGE 8, 274/310 ff. Preisregelungen rechtfertigt, die für besondere Bereiche des Wirtschaftslebens zum Nutzen des Gemeinwohls geboten sind (aaO. S. 284 f.).

Für Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge ist bei der Vereinbarung von Preisen grundsätzlich Marktpreisen vor Selbstkostenpreisen der Vorzug zu geben (§§ 1 Abs. 1, 4 und 5 VO PR Nr. 30/53). Selbstkostenpreise dürfen nur ausnahmsweise vereinbart werden, wenn Preise nach Preisvorschriften oder für marktgängige Leistungen nicht festgestellt werden können oder wenn eine Mangellage vorliegt oder der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und hierdurch die Preisbildung im Sinne von Wettbewerbspreisen nicht nur unerheblich beeinflusst wird. Selbstkostenpreise müssen auf die angemessenen Kosten des Auftragnehmers abgestellt werden (§ 5 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53). „Selbstkosten“ sind nicht die tatsächlichen oder die geschätzten tatsächlichen Kosten, sondern die nach bestimmten Kriterien normativ beschränkten „angemessenen“ Kosten. Zu den „Selbstkosten“ gehört auch eine kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals. Der Preisbildung mit Hilfe der 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.

*P. Kirchhof*, *Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken*, 1977, S. 355 Anm. 197; *J. Pietzcker*, *Staatsauftrag aaO.*, S. 289; *P. Salje*, *Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen*, 1978, S. 142.

Werden Selbstkostenpreise vereinbart, so sind die als Anlage der Verordnung beigefügten „Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“ (LSP) anzuwenden (§ 8 VO PR Nr. 30/53).

Für die Bildung der Selbstkostenpreise werden die Kosten aus Menge und Wert der für die Leistungserstellung verbrauchten Güter und in Anspruch genommenen Dienste ermittelt. Der Selbstkostenpreis ist dann gleich der Summe der nach den LSP ermittelten, der Leistung zuzurechnenden Kosten zuzüglich

des kalkulatorischen Gewinnes (Nr. 4 Abs. 1 und 3 LSP). In Preisermittlungen aufgrund von Selbstkosten sind nach Art und Höhe nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistungen entstehen (Nr. 4 Abs. 2 LSP).

In den Leitsätzen für die Ermittlung von Preisen für Bauleistungen aufgrund von Selbstkosten (LSP-Bau), die eine Anlage zur Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 6. März 1972 (BGBl. I S. 293) darstellt, heißt dieser Grundsatz: „In Preisermittlungen auf Grund von Selbstkosten ... sind nach Art und Höhe nur die angemessenen Kosten des Auftragnehmers bei wirtschaftlicher Betriebsführung zu berücksichtigen“ (Nr. 4 Abs. 2 LSP-Bau).

Die Einschränkung der Kosten durch Nr. 4 Abs. 2 LSP beruht darauf, daß den Selbstkostenpreisen die wirksame Kontrolle durch den Markt fehlt.

*H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 4. Aufl., 1977, Nr. 4 LSP, Anm. 3.

Die LSP enthalten Abschnitte über die kalkulatorischen Kosten, die nach Anlageabschreibungen, Zinsen und Einzelwagnissen unterteilt sind, und über den kalkulatorischen Gewinn. Die Anlageabschreibungen werden als die Kosten der Wertminderung betriebsnotwendiger Anlagegüter definiert (Nr. 37 Abs. 1 LSP). Diese Wertminderung muß das Unternehmen über den Preis vergütet bekommen, damit es in der Lage ist, zu gegebener Zeit die nicht mehr verwendungsfähigen Anlagegüter durch neue zu ersetzen. Die auf diese Weise für Reinvestitionen anzusammelnden Beträge müssen so bemessen sein, daß sie die Substanzerhaltung des Betriebes ermöglichen.

*H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen aaO., Nr. 38 LSP, Anm. 5.

Werden für Anlagegüter zur Ermittlung der Abschreibungen Wiederbeschaffungswerte zugrundegelegt, so sind diese Wiederbeschaffungswerte entsprechend der geringeren Wirtschaftlichkeit der vorhandenen Anlagegüter gegenüber wiederzubeschaffenden Anlagen gleicher Leistungsfähigkeit zu berichtigen (Nr. 40 LSP).

Für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals können kalkulatorische Zinsen angesetzt werden (Nr. 43 Abs. 1 LSP). Ohne Rücksicht darauf, wie sich das Vermögen im einzelnen zusammensetzt und aus welchen Finanzierungsquellen die verwendeten Mittel stammen (Eigenkapital/Fremdkapital) wird das betriebsnotwendige Kapital zu einem einheitlichen Satz verzinst.

*H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen aaO., Nr. 43 LSP, Anm. 1.

Die für Fremdkapital tatsächlich entstandenen Aufwendungen bleiben mit Ausnahme der Aufwendungen für den Zahlungsverkehr außer Ansatz (Nr. 43 Abs. 3 LSP). Das betriebsnotwendige Kapital besteht aus dem betriebsnotwendigen Vermögen (die Teile des Anlage- und Umlaufvermögen, die dem Betriebszweck dienen), vermindert um die dem Unternehmen zinslos zur Verfügung gestellten Vorauszahlungen und Anzahlungen durch öffentliche Auftraggeber und solche Schuldbeträge, die dem Unternehmen im Rahmen des

gewährten Zahlungszieles von Lieferanten zinsfrei zur Verfügung gestellt werden (Nr. 44 Abs. 1 und 2 LSP).

Es wird davon ausgegangen, daß der Auftragnehmer bei zinsfreien Vorauszahlungen die sonst für Fremdkapital erforderlichen Zinsen einspart (*H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen aaO., Nr. 44 LSP, Anm. 3).

Die LSP verstehen unter „Wagnis (Risiko)“ die Verlustgefahr, die sich aus der Natur des Unternehmens und seiner betrieblichen Tätigkeit ergibt, und unterscheiden weiter wie folgt (Nrn. 47, 48 LSP): Wagnisse, die das Unternehmen als Ganzes gefährden, die in seiner Eigenart, in den besonderen Bedingungen des Wirtschaftszweiges oder in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet sind, bilden das allgemeine Unternehmerwagnis; dieses wird im kalkulatorischen Gewinn abgegolten.

In Nr. 38 Abs. 2 LSP-Bau heißt es: „Wagnisse, die das Unternehmen als Ganzes gefährden und die in dessen Eigenart, in den besonderen Bedingungen des Wirtschaftszweiges oder in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet sind, bilden das allgemeine Unternehmerwagnis.“

Einzelwagnisse sind die mit der Leistungserstellung in den einzelnen Tätigkeitsgebieten des Betriebes verbundenen Verlustgefahren; für sie können kalkulatorische Wagniskosten (Wagnisprämien) in die Kostenrechnung eingesetzt werden. Bei nach Selbstkosten abgerechneten Leistungen wie bei marktgängigen Leistungen muß der Gewinn auf lange Sicht die Existenz des Unternehmens gegen die Gefahren und Risiken sichern, die mit der unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind. Da das allgemeine Unternehmerwagnis preisrechtlich nicht geregelt ist, muß die Höhe des Ansatzes vereinbart werden.

*H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen aaO., Nr. 51 LSP, Anm. 2.

Neben dem allgemeinen Unternehmerwagnis — in das auch die sonst nicht vorgesehenen Aufwendungen gerechnet werden — muß der kalkulatorische Gewinn bei Vorliegen einer besonderen unternehmerischen Leistung in wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Hinsicht einen „Leistungsge-  
winn“ abgelden, der der unternehmerischen Mehrleistung entsprechen soll (Nr. 51 LSP).

## B. Die rechtlichen Grundlagen der energierechtlichen Preisaufsicht

### I. Die Tarifgenehmigung

#### *1. Die Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität, BTO Elt)*

Eines der Ziele, die mit der BTO Elt vom 26. November 1971 (BGBl. I S. 1865) verfolgt wurden, war es, eine den heutigen Gegebenheiten angepaßte staatliche Preisaufsicht zu schaffen. Die Monopolstellung der EVU zu überwachen, solle Aufgabe der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht nach dem GWB bleiben.

Entwurf des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen, BRat Drucks. 288/71, Begründung, Allgem. Teil. — S. *Borggrefe*, Die neue Bundestarifordnung Elektrizität, Elektrizitätswirtschaft 1972, 178.

Als Ermächtigung gaben die Eingangsworte in der Fassung des Entwurf nur die Vorschrift des § 7 EnWG an. Die allgemeinen Grundsätze für die Pflichttarife waren in § 1 des Entwurfs niedergelegt. In § 1 Abs. 1 Satz 1 wurde gesagt: „Elektrizitätsversorgungsunternehmen, für die die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 6 des Energiewirtschaftsgesetzes besteht, haben für die Versorgung in Niederspannung allgemeine Tarife anzubieten, die dem Erfordernis einer möglichst sicheren und billigen Elektrizitätsversorgung genügen.“ Die Anhebung der tariflichen Arbeitspreise im Rahmen der von der Tarifordnung festgelegten Höchstpreise wurde einer Genehmigungspflicht unterworfen (§§ 3 Abs. 4 und 1 Abs. 1 des Entwurfs). Durch eine Ermessensentscheidung konnte von einzelnen Verpflichtungen der Tarifordnung befreit werden (§ 15 des Entwurfs).

Die Begründung des Entwurfs (a.a.O., Besonderer Teil, Zu § 1) versteht die Tarifgrundsätze des § 1 Abs. 1 als Korrelat für die monopolartige Stellung der EVU. Der nach dem EnWG maßgebende Grundsatz für die energieaufsichtliche Tätigkeit des Staates, daß die Elektrizitätsversorgung „so sicher und billig wie möglich“ zu gestalten sei, komme in der Verpflichtung aus § 1 Abs. 1 BTO Elt zum Ausdruck. „Die Anforderung des Satzes 1 (möglichst sicher und billig) zielt auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Elt-VU, ist also — anders als nach der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht auf der Grundlage des Als-Ob-Wettbewerbs — in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 7 EnWG (wirtschaftlich gestalten) an der individuellen Kostenstruktur ausgerichtet.“ Im weiteren werde ein „ausgewogenes“ Tarifsysteem gefordert. Ein Urteil über die Ausgewogenheit eines Tarifsystems ergebe sich zunächst aus

dem Vergleich der angebotenen Tarife untereinander, sodann durch die Untersuchung der Frage, inwieweit die Tarife auf die Versorgungsbedürfnisse der Kunden ausgerichtet seien. „Die Grenze der Verpflichtung, bei Anbietetung eines ausgewogenen Tarifsystems sich auch auf die Versorgungsbedürfnisse der Kunden auszurichten, wird von dem Maße des für das jeweilige Elt-VU wirtschaftlich Zumutbaren abgesteckt; dabei bezieht der zweite Halbsatz unter Anknüpfung an das Merkmal der Zumutbarkeit im ersten Halbsatz auch die Strompreisgestaltung anderer Elt-VU in die Betrachtung ein.“

Die Begründung zu der Ermächtigung für preisrechtliche Verfügungen zur Korrektur von Tarifverstößen — § 14 des Entwurfs, § 13 BTO Elt — (a.a.O., Besonderer Teil, Zu § 14) kommt noch einmal auf die materiellen Tarifgrundsätze zurück. Die Regelung über die inhaltliche Gestaltung tarifrechtlicher Verfügungen trage dem Umstand Rechnung, daß die meisten Vorschriften der Tarifordnung keine positiven, konkreten Bestimmungen über die Gestaltung der Tarife träfen, sondern lediglich einen Rahmen absteckten, 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.“

Auf Empfehlung seines Wirtschaftsausschusses beschloß der Bundesrat, mit dessen Zustimmung nach Art. 80 Abs. 2 GG die Verordnung zu erlassen war, daß als der BTO Elt zugrundeliegende Ermächtigung in die Eingangsworte auch die Bestimmung des § 2 des Preisgesetzes aufzunehmen sei. Diese Änderung sollte zum einen der Rechtslage Rechnung tragen, daß die BTO Elt an die Stelle der Tarifordnung für elektrische Energie vom 25. Juli 1938 trete, und den Bedenken vorbeugen, daß die Ermächtigungsvorschrift des § 7 EnWG verfassungswidrig und ungültig sein könnte. Zum anderen komme § 2 Abs. 2 PreisG als zusätzliche Rechtsgrundlage auch für materielle Vorschriften der Verordnung in Betracht, und zwar insoweit, als diese Vorschriften angesichts der monopolartigen Stellung der EVU ‚unerlässlich sind, um Gefährdungen und ernsthafte Störungen des gesamten Preisstandes abzuwehren‘. Zu der in Parenthese gesetzten Formulierung wird auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum PreisG hingewiesen (BVerfGE 8, 274; 8, 276 dürfte ein Schreibversehen sein).

BRat Drucks. 288/1/71, S. 3 f.; BRat Drucks. 288/71, S. 1 f.

Die BTO Elt ist am 1. Januar 1974 in Kraft getreten (§ 18 BTO Elt). Schon vorher erwies sich eine Neufestsetzung der Höchstsätze für die Arbeitspreise wegen der wirtschaftlichen Entwicklung seit Erlaß der BTO Elt als notwendig. Wegen der geänderten Voraussetzungen wurde auch eine Änderung der Genehmigungs- und Befreiungsvorschriften in §§ 3 Abs. 4, 15 BTO Elt vorgenommen. Dies erfolgte durch die Verordnung zur Änderung der Bundestarif-

ordnung Elektrizität vom 14. November 1973 (BGBl. I S. 1667), die am 1. Januar 1974 in Kraft trat.

Entwurf des Bundesministers für Wirtschaft, BRat Drucks. 602/73.

Nach der ursprünglichen Fassung des § 3 Abs. 4 Satz 3 wurde die Genehmigung zur Anhebung der Arbeitspreise im Rahmen der Höchstpreise nur erteilt, wenn das EVU gleichzeitig die zugehörigen Grundpreise entsprechend oder mindestens in wirtschaftlich zumutbarem Umfang senkte oder wenn es nachwies, daß ihm eine Senkung nach den allgemeinen Tarifgrundsätzen des § 1 Abs. 1 nicht zumutbar war. An die Stelle dieses Satzes trat aufgrund der Änderungsverordnung eine Regelung, die in der Fassung des Entwurfs wie folgt lautete:

„Die Genehmigung wird nur erteilt, soweit das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nachweist, daß eine entsprechende Verbesserung seiner Erträge in Anbetracht

— seiner gesamten Kosten- und Ertragslage sowie

— der Kosten- und Ertragslage in dem betreffenden Tarif

erforderlich ist, und soweit eine Ertragsverbesserung durch Erhöhung der Grundpreise dieses Tarifs mit den in den §§ 1 Abs. 1 und 3 Abs. 2 Satz 2 zum Ausdruck kommenden Grundsätzen nicht im Einklang sein würde. Hierbei stehen jedoch ungeachtet § 1 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz die von anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen angebotenen Tarife einer Anhebung des Arbeitspreises nicht entgegen.“

Für die Beurteilung der Notwendigkeit einer Erlösverbesserung sollten demnach eine Gesamtbetrachtung und eine tarifbezogene Betrachtung angestellt werden. In Anlehnung an diese Regelung über die Anhebung der Arbeitspreise auf die Höchstsätze wurden in § 15 die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Einhaltung der Höchstsätze für die Arbeitspreise konkretisiert. Die Genehmigungsvoraussetzungen dafür wurden gegenüber der Genehmigung nach § 3 Abs. 4 durch den hier anzuwendenden § 1 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz (Berücksichtigung des Tarifangebots anderer Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen) verschärft.

Der Empfehlung seines Wirtschaftsausschusses folgend hat der Bundesrat den neuen § 3 Abs. 4 Satz 3 etwas anders gefaßt, um eine „doppelte Nachweispflicht“ der EVU und die entsprechende Überprüfungslast der Preisaufsichtsbehörden zu vermeiden.

BRat Drucks. 602/1/73; BRat Drucks. 602/73.

Der erste Halbsatz dieser Bestimmung lautete in der Fassung der Änderungsverordnung wie folgt: „Die Genehmigung wird nur erteilt, soweit das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nachweist, daß eine entsprechende Verbesserung seiner Erträge in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Ertragslage unter besonderer Berücksichtigung der Kosten- und Ertragslage in dem betreffenden Tarif erforderlich ist, ...“

Eine grundlegende Umgestaltung erfuhren die Vorschriften über die Genehmigung von Tarifanhebungen durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Bundestarifordnung Elektrizität vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122).

Die Novellierung hat durch die Vorschrift des § 12 a BTO Elt das Institut einer einheitlichen Tarifgenehmigung eingeführt und die bisherige Zweiteilung der Genehmigung von Tarifierhebungen innerhalb der Höchstpreise (§ 3 Abs. 4) und der Befreiung von der Höchstpreisregelung (§ 15) ebenso beseitigt wie die unterschiedliche preisrechtliche Behandlung der Grundpreise und der Arbeitspreise. Unter Bezugnahme auf die 2. Fortschreibung des Energieprogramms der Bundesregierung von 1977 (BTag Drucks. 8/1357) wird eine Anpassung der in der BTO Elt vorgesehenen Tarifstruktur an die Erfordernisse einer sparsamen und rationellen Energieversorgung zum Ziel genommen. Die Novellierung soll auch einen ersten Schritt zur Bereinigung des Strompreissrechts darstellen. Weitere strompreisrechtliche Maßnahmen insbes. zur Verbesserung der Abgrenzung der Befugnisse von Kartell- und Preisaufsicht könnten erst dann ergriffen werden, wenn das laufende Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Kartellgesetzes (4. Novelle zum GWB) abgeschlossen sei.

In den allgemeinen Tarifgrundsätzen des § 1 Abs. 1 BTO Elt nimmt die Novelle zwei Änderungen vor. In Satz 1 heißt es nunmehr an Stelle von „Erfordernis einer möglichst sicheren und billigen Elektrizitätsversorgung“: Erfordernis einer möglichst sicheren und „kostengünstigen“ Elektrizitätsversorgung. Die beispielhafte Erläuterung der geforderten „Ausgewogenheit“ des Tarifsystems in Satz 3 wird durch die Eigenschaft ergänzt, daß die Tarife „kostenorientiert“ ausgerichtet sein müssen. Die Begründung des Entwurfs

A.a.O., B. Im einzelnen, Zu Art. 1 Nr. 1, a.

erklärt dazu, unter den veränderten energiewirtschaftlichen Gegebenheiten erscheine es zweckmäßiger und unmißverständlicher, künftig nicht mehr von billiger, sondern von kostengünstiger Elektrizitätsversorgung zu sprechen. Dies unterstreiche im übrigen auch, daß die EVU gehalten seien, im Kundeninteresse ihre Kosten so gering wie möglich zu halten. Die Kostenorientierung sei ein notwendiger allgemeiner Grundsatz der Tarifgestaltung. Er bedeute allerdings nicht „Kostenechtheit“. Kostenorientiertheit zwingt insbes. nicht dazu, die Tarife „spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur auszugestalten“. Beispielsweise könnten die Arbeitspreise nicht nur variable Kosten, sondern auch Fixkostenbestandteile enthalten. „Die Kostenorientierung läßt mithin Spielräume, die nicht zuletzt auch im Interesse der Motivation der Kunden zu sparsamem und rationellem Stromverbrauch durch eine stärkere tarifliche Betonung des verbrauchsabhängigen Arbeitspreises genutzt werden können. Sie wäre allerdings tangiert, wenn der Tarif als solcher oder einzelne seiner Bestandteile kostenmäßige Zusammenhänge nicht mehr hinreichend erkennen ließen.“

Zu der neuen Bestimmung des § 12 a BTO Elt siehe sogleich unter B.I.3.

## 2. Die gesetzlichen Ermächtigungen für den Erlass der Bundestarifordnung Elektrizität

Die BTO Elt ist aufgrund des § 7 EnWG und des § 2 PreisG erlassen worden. Inhalt, Zweck und Ausmaß dieser Ermächtigungen bestimmen das Programm, zu dessen Ausführung die Ermächtigungen ausgeübt werden dürfen, und geben damit auch Aufschluß über die Entscheidungsbefugnisse, die durch die in Ausübung der Ermächtigungen erlassenen Rechtsverordnungen begründet werden dürfen. Durch § 7 Abs. 1 EnWG wird der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen Tarifpreise der unter die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht des § 6 Abs. 1 EnWG fallenden EVU durch Rechtsverordnung wirtschaftlich zu gestalten. Das Gesetz erlaubt damit eine Regelung der allgemeinen Tarifpreise durch Rechtsverordnung und legt als inhaltliche Richtlinie fest, daß der Verordnungsgeber die allgemeinen Tarifpreise „wirtschaftlich gestalten“ darf.

In dieser Klausel liegt trotz ihrer Weite und Allgemeinheit eine rechtliche Bindung der Exekutive. Der übergreifende Zweck des EnWG, die Energieversorgung so sicher und so billig wie möglich zu gestalten, der Grundsatz des EnWG, die Energieversorgung zwar einer weitreichenden Wirtschaftsaufsicht zu unterwerfen, dennoch aber wirtschaftlich handelnden Versorgungsunternehmen zu überlassen, und schließlich der Umstand, daß die durch § 7 Abs. 1 EnWG eröffnete Preisaufsicht auf die mit einem Gebietsmonopol ausgestatteten EVU bezogen ist, geben der Auslegung der Ermächtigung die wesentlichen Direktiven. Nach der Begründung des EnWG ist diese 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“.

*E. Eiser/J. Riederer/W. Obernolte/W. Danner, Energiewirtschaftsrecht, Stand Januar 1982, III 19.*

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. Auf die „Wirtschaftlichkeit“ der Kosten, nicht nur auf die Angemessenheit der Gewinne der EVU muß sich eine Preisaufsicht richten, die dem Ziel einer möglichst sicheren und billigen Energieversorgung verpflichtet ist. Das Gesetz beschränkt die mögliche administrative Beaufsichtigung der Tarifpreise nicht auf die Prüfung, ob die Preise mit den betriebswirtschaftlich korrekt ermittelten Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinnes übereinstimmen, also auf der Basis der „Selbstkosten“ gebildet werden. Auch die Angemessenheit der Kosten im Sinne des energiewirtschaftlichen Leitgrundsatzes wird von der Preisaufsicht gemäß § 7 Abs. 1 EnWG erfaßt. Der Maßstab dieser Aufsicht ist energiewirtschaftlich begrenzt, schließt also nicht sozialpolitische Zwecke

oder wirtschaftspolitische Ziele allgemeiner Art ein. Den gesetzlich festgelegten energiewirtschaftlichen Zielen aber müssen sich die EVU hinsichtlich ihrer Kosten unterwerfen, soweit sie diese Kosten über die Preise und Erlöse decken wollen. Zu diesen Zielen gehört 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“ heißt danach 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. In dieser Hinsicht schreibt das Gesetz nicht eine bestimmte Methode betriebswirtschaftlicher Rechnung vor, um den notwendigen Investitionsbedarf zu gewährleisten. Es schreibt nur vor, daß dieser Investitionsbedarf gesichert werden muß, und zwar in Rücksicht der allgemeinen energiewirtschaftlichen Erfordernisse und in Rücksicht der unternehmensindividuellen Merkmale des jeweiligen Versorgungsgebietes. Zu dem zu sichernden Investitionsbedarf gehören die Ersatzbeschaffungen zur Substanzerhaltung der Anlagen, die voraussichtlichen Erweiterungs- und Verbesserungsmaßnahmen und die langfristige Sicherung der Energiebeschaffung.

Zu dieser Auslegung des § 7 Abs. 1 EnWG siehe *Eiser/Riederer/Obernolte/Danner* a.a.O. I 177 ff. und III 94; *W. Tegethoff/U. Büdenbender/H. Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand Dezember 1981, § 7 EnWG, RNrn. 35 ff.; *H. Gröner*, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, 1975, S. 381 ff. — Abw. wollen *Tegethoff/Büdenbender/Klinger* a.a.O. RNr. 37 „technische und wirtschaftliche Unzulänglichkeiten des Versorgungsunternehmens“ nicht zu den Belangen rechnen, die die Preisaufsicht berücksichtigen dürfe; dies sei allein durch Aufsichtsmaßnahmen nach § 8 EnWG zur Geltung zu bringen.

Dadurch daß das Gesetz eine Aufsicht über die „Wirtschaftlichkeit“ der Energiedarbietung durch die EVU zuläßt und damit nach einem bestimmten energiewirtschaftlichen Maßstab die Kostenverursachung an eine normative Leitlinie bindet, dringt es auch im Bereich der Preisaufsicht in die freie unternehmerische Gestaltung der EVU ein.

Vgl. *K. Henckel*, Die Staatsaufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz, 1970, S. 74; *W. Meng*, Die Auszehrung der allgemeinen preisrechtlichen Ermächtigungsgrundlage (§ 2 Abs. 1 Preisgesetz), DVBl. 1980, 613/618.

Ob die Kosten einer bestimmten unternehmerischen Maßnahme, z. B. der Verkabelung von Freileitungen, über die Preise und Erlöse gedeckt werden können oder nur aus Überschüssen gedeckt werden dürfen, ist ein wesentliches Datum der unternehmerischen Entscheidung. Diese Beurteilung ist damit Sache der EVU, denen das Gesetz die sichere und wirtschaftliche Energieversorgung auch als eigene Aufgabe zugewiesen hat.

BayVGH Beschl. vom 20. 8. 1981 NVwZ 1982, 130/131.

Die Preisaufsicht darf die unternehmerische Entscheidung nicht selbst treffen, sie darf diese Entscheidung aber über die Anerkennung oder Nichtanerken-

nung der mit ihr verbundenen Aufwendungen als Kosten beeinflussen. Diese administrative Beeinflussung des unternehmerischen Handelns ist ein Eingriff, der nur aufgrund und nach Maßgabe der gesetzlichen Ermächtigung und nur nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, bes. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zulässig sein kann. Die rechtliche Gebundenheit der Preisaufsicht durch § 7 Abs. 1 EnWG hat zur Folge, daß die Anerkennung von Aufwendungen als Kosten im Rahmen der Entscheidung über die Tarifgenehmigung nur verweigert werden darf, wenn die unternehmerische Maßnahme objektiv zur angemessenen Sicherstellung der Energieversorgung nicht erforderlich ist.

Zur rechtlichen Bedeutung des Maßstabs der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung siehe unten unter B II 1.

Durch § 2 des Übergangsgesetzes über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) vom 10. April 1948 (WiGBl. S. 27), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 7. Januar 1952 (BGBl. I S. 7), werden die für die Preisbildung zuständigen Stellen ermächtigt, Anordnungen und Verfügungen zu erlassen, durch die Preise, Mieten, Pachten, Gebühren und sonstige Entgelte für Güter und Leistungen jeder Art, ausgenommen Löhne, festgesetzt oder genehmigt werden, oder durch die der Preisstand aufrechterhalten werden soll. Der Inhalt dieser Vorschrift ist durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 1958 (BVerfGE 8, 274), bestätigt durch den Beschluß vom 4. Dezember 1979 (BVerfGE 53, 1) im grundsätzlichen geklärt.

*H. Ebisch*, Preisrecht, in: *W. Reuss*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Ergänzungsband, 1966/67, Abschn. I – V, S. 16 ff.; *H.P. Ipsen*, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, 1976, S. 50 ff.; *P. Kirchhof* a.a.O., S. 351 f.; *R. Lukes*, BB 1980, 1593/1596; *W. Meng*, DVBl. 1980, 613. — BGHZ 51, 174; Bay-ObLG GwArch 1971, 107.

Danach gilt folgendes. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 PreisG ermächtigt zum Erlaß von Rechtsverordnungen, durch die Preise festgesetzt oder genehmigt werden oder durch die sonst der Preisstand aufrechterhalten werden soll. Die Aufrechterhaltung des Preisstandes — nicht einzelner Preise oder der Preise für einzelne Waren oder Leistungen — und damit das Ziel, das allgemeine Preisniveau zu stabilisieren und eine gesunde Relation der Preise untereinander zu erhalten, ist die materielle Richtlinie für preisrechtliche Maßnahmen, die sich auf Preise für einzelne Waren oder Dienstleistungen beziehen. Dementsprechend kommt der Ermächtigung eine vornehmlich ordnungssichernde, schützende und bewahrende Funktion zu. Sie soll der Exekutive die Mittel zur Verfügung stellen, um die Auswirkungen von Störungen und Krisen des wirtschaftlichen Lebens auf die Preisentwicklung in Grenzen zu halten und durch Einwirkung auf die Preise Gefahren abzuwehren, die dem gesamten wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben durch eine ungestüme Preisentwicklung drohen können. Demgemäß ermächtigt § 2 Abs. 1 PreisG nur zu solchen Preisregelungen, die zur Abwehr ernsthafter, für den gesamten Preisstand relevanter Störungen unerläßlich sind; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel muß dabei gewahrt bleiben. Dieser auf Siche-

zung einer vorgegebenen Preis- und Wirtschaftsordnung gerichtete Zweck der Ermächtigung schließt es aus, durch Preisregelungen eine aktive, die Preis- und Wirtschaftsordnung umgestaltende Wirtschaftspolitik zu betreiben. Nur ‚konservierende‘ Maßnahmen sind erlaubt.

Deswegen war eine für Sonderabnehmer verfügte Preissenkung zur Angleichung an die von den benachbarten EVU vorgenommene Preissenkung im Interesse der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der gewerblichen Betriebe im Versorgungsgebiet unzulässig (BayVGH RdE 1969, 1). Ebenso war es unzulässig, durch preisrechtliche Maßnahmen zu einem Strukturwandel auf dem Schulbuchmarkt in geordneten Bahnen beizutragen; denn § 2 PreisG ermächtigt nicht zu Maßnahmen, die einem durch tendenziell marktwirtschaftliche Veränderungen ausgelösten Strukturwandel aus kulturpolitischen Gründen vermittels Preisfestsetzungen entgegenwirken oder ihn verzögern wollen (BVerfGE 53, 1).

Da das Preisgesetz als ein „Übergangsgesetz“ für den Übergang zu freieren Preisverhältnissen, also zu einer freien Preisbildung auf dem Markt als Regel dienen soll, bedarf es für den Erlaß von Preisbindungen in einem bestimmten Bereich des Wirtschaftslebens in jedem Fall besonderer Umstände, die die Regelung als notwendig rechtfertigen. Zur Aufrechterhaltung des Preisstandes sind preisbegrenzende Maßnahmen, z. B die Einführung von Höchstpreisen, zulässig, aber auch Maßnahmen zur Verhinderung eines Preisverfalls oder zur Vermeidung allzu großer Preisschwankungen. Dem Ordnungsgeber steht bei Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme der Stabilisierung des allgemeinen Preisniveaus, der Wahrung einer gesunden Relation der Preise untereinander dient und zur Abwehr ernsthafter, für den gesamten Preisstand relevanter Störungen unerlässlich ist, ein wirtschaftlicher Einschätzungs- und Wertungsspielraum zu, innerhalb dessen die Gerichte, die auf Rechtserkenntnis beschränkt sind, nicht ihre Einschätzung und Wertung an die Stelle des Ordnungsgebers setzen dürfen.

BVerfGE 8, 274/307 ff.; 53, 1/16 ff.

Die inhaltliche Begrenztheit der Ermächtigung des § 2 Abs. 1 PreisG bedingt, daß

Abweichend von der Auffassung des Bundesrates beim Erlaß der BTO Elt, BRat Drucks. 288/71.

die Monopolstellung der EVU als solche kein zulässiger Anknüpfungspunkt für preisrechtliche Anordnungen nach § 2 Abs. 1 PreisG sein kann, wie überhaupt aus dieser Ermächtigung keine energiewirtschaftlichen oder auf ein Sachprogramm gestützte wirtschaftspolitische Befugnisse der Preisbehörden abgeleitet werden können.

Die BTO Elt hält sich im Rahmen der Ermächtigung in § 7 EnWG und verletzt keine den EVU etwa zustehenden Grundrechte.

BVerfG, Beschl. vom 15. 11. 1973, ET 1974, 61 = *Eiser/Riederer/Obernolte/Danner* a.a.O. III 144b. Abl. *W. Ludwig/A. Cordt/J. Stech/H. Odenthal*, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Stand 1981, I S. 30 unter Bezugnahme auf *O. Kimminich*, DÖV 1970, 223.

In Fortführung der bisherigen Rechtsprechung betont das Bundesverfassungsgericht, daß der Gesetzgeber bei der Festlegung wirtschaftlicher Zielsetzungen und der zu ihrer Verfolgung geeigneten Maßnahmen einen Beurteilungs- und Handlungsspielraum hat. Er darf auch durch wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen das freie Spiel der Kräfte korrigieren. „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.“ Die Beschränkungen, die sich aus preisrechtlichen Regelungen für das Eigentum, die freie Berufsausübung und die allgemeine Wirtschaftsfreiheit einschließlich der Vertragsfreiheit ergeben können, bleiben grundsätzlich im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen (Art. 14, 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG). Insbes. entspricht eine gesetzliche Regelung, die es möglich macht, aus gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen die zum Nutzen des allgemeinen Wohls gebotenen preisrechtlichen Maßnahmen zu treffen — wie § 2 Abs. 1 PreisG —, dem Sozialstaatsprinzip, das auch die Vertragsfreiheit inhaltlich bestimmt und begrenzt und dessen Ausgestaltung im wesentlichen dem Gesetzgeber obliegt.

BVerfGE 8, 274/329.

Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 6 RabattG hat das Bundesverfassungsgericht betont, daß der Schutz des mittelständischen Einzelhandels vor der überlegenen Konkurrenz der Großbetriebe des Einzelhandels ein vertretbares und verfassungsrechtlich zulässiges wirtschaftspolitisches Ziel ist. Der Gesetzgeber könne deshalb zum Schutz des Mittelstandes auch regelnd in das freie Wirtschaftsleben, insbes. die freie Preisgestaltung eingreifen.

BVerfGE 21, 292/299.

Im Hinblick auf das Zweckentfremdungsverbot bei Wohnraum hat das Gericht dargelegt, die Verweisung des Ordnungsgebers auf eine ‚Normal-situation‘, die ihm immer noch eine nicht ganz unerhebliche Bandbreite der Beurteilung lasse, sei für Verordnungsermächtigungen zur Angebots- und Preislenkung typisch, aber auch unerlässlich, wenn — bei grundsätzlich marktwirtschaftlich orientierter Wirtschaftspolitik des Gesetzgebers — die Verordnungsermächtigung nicht zu einer aktiven, die Tendenz der bisherigen Wirtschaftspolitik umkehrenden Politik führen, sondern mittel- und langfristige diese Politik dadurch stützen solle, daß die Funktionsfähigkeit des Marktes wieder hergestellt und gefördert werde.

BVerfGE 38, 348/360f. unter Bezugnahme auf BVerfGE 8, 274/311, 313 f.

Die repressive Preisüberwachung zur Verhinderung unangemessener Preise ebenso wie die staatliche Preisbildung, bei der — z.B. im Rahmen eines Genehmigungsvorbehalts — die Höhe der Entgelte für die im privatwirtschaftlichen Verkehr umgesetzten Güter und Leistungen durch unmittelbaren staatlichen Eingriff bestimmt wird, gehören zu den herkömmlichen Instrumenten der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Preislenkung.

*E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2. Bd., 1954, S. 303.

Entscheidend ist, daß ein bestimmter öffentlicher Zweck entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in einem berechenbaren Aufsichtsmaßstab durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes festgelegt wird, um entsprechend besonderer rechtfertigender Gründe im Einzelfall eine staatliche Preisbildung oder Preisaufsicht zuzulassen.

### 3. Die Vorschrift des § 12a BTO Elt

Die Bestimmung des § 12 a BTO Elt ist durch die zweite Änderungsverordnung vom 30. Januar 1980 in die BTO Elt eingefügt worden. Sie regelt das neue Institut der Tarifgenehmigung.

Dazu *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a.a.O. III 134dff.; *U. Büdenbender* Energierecht, 1982, S. 137ff.

Die Begründung des Entwurfs der Änderungsverordnung bemerkt erläuternd, daß die materiellen Kriterien der neuen Bestimmung weitestgehend den bisherigen in § 15 Abs. 1 und § 3 Abs. 4 BTO Elt enthaltenen Voraussetzungen entsprächen. Zusätzlich sei klargelegt, daß nur solche Kosten in den Preis eingehen dürften, die bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung entstanden seien. Für die Anwendung der Preisstopverordnung vom 26. 11. 1936 (RGBl. I S. 955) bleibe im gesamten Tarifsektor künftig kein Raum mehr.

BRat Drucks. 459/79, Begründung, B. Im einzelnen, Zu Art. 1 Nr. 9. — Für Sondervertragskunden hatte die Preisstopverordnung ihre Geltung zunächst behalten (siehe *U. Büdenbender* a.a.O. S. 148), bis sie durch die Zweite Preisfreigabeverordnung (PR Nr. 1/82) vom 12. 5. 1982 (BGBl. I S. 617) aufgehoben wurde. Wie in der Begründung zur Zweiten Preisfreigabeverordnung dargelegt (BANz vom 19. 5. 1982, II Zu § 1, Nr. 2a), wird durch die Aufhebung der Preisstopverordnung und anderer Vorschriften im Strombereich bei der Elektrizität der Sonderabnehmerbereich der staatlichen Preisaufsicht entzogen und damit uneingeschränkt der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht unterstellt. Damit werden zugleich die Befugnisse der Preisbehörden und der Kartellbehörden besser abgegrenzt.

In der Fassung des Entwurfs des Bundesministers für Wirtschaft hatte die Genehmigungsvoraussetzung in § 12a Abs. 2 Nr. 1 gelaute:

„Die Genehmigung wird nur erteilt soweit

1. das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nachweist, daß eine entsprechende Verbesserung seiner Erträge in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Ertragslage bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung und unter besonderer Berücksichtigung der Kosten- und Ertragslage in dem betreffenden Tarif erforderlich ist und ...“

Auf Empfehlung seines Wirtschaftsausschusses beschloß der Bundesrat, in § 12a Abs. 2 Nr. 1 das Wort „Erträge“ durch das Wort „Erlöse“ und jeweils das Wort „Ertragslage“ durch das Wort „Erlöslage“ zu ersetzen.

BRat Drucks. 459/1/79; BRat Drucks. 459/79.

Die Begründung erinnert zuerst daran, daß die vorgeschlagene Fassung aus dem § 3 Abs. 4 Satz 3 der bisherigen Tarifordnung übernommen worden sei und daß sie sicherstellen solle, daß bei der Beurteilung von Tarifpreiserhöhungen die Kosten der EVU den jeweiligen betrieblichen Erträgen gegenübergestellt würden. Die Begründung hält dem jetzt entgegen, daß nach allgemeinem betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch diese Erträge als „Erlöse“ bezeichnet würden. Der Ertragsbegriff sei weiter und umfasse auch außerordentliche betriebliche und nichtbetriebliche (neutrale) Erträge. Mit der Änderung solle klargestellt werden, daß bei der Beurteilung von Tarifpreiserhöhungen die Erlöse des Unternehmens maßgeblich seien. Diese Klarstellung führe zu keiner materiellen Änderung gegenüber der derzeitigen Rechtslage. Die in Geltung getretene Fassung des § 12 a BTO Elt folgt der Beschlußfassung des Bundesrates.

Mit dem jetzt gewählten Wortlaut entspricht der Verordnungsgeber dem korrekten betriebswirtschaftlich-kalkulatorischen Sprachgebrauch, der auf „Kosten“ und „Erlöse“ abstellt; die Sprache der Bilanz verwendet die Ausdrücke „Aufwendungen“ und „Erträge“.

Die in § 12 a Abs. 2 Nr. 1 gegenüber der Fassung des Entwurfs vorgenommene Änderung hat nach dem erklärten Willen des Bundesrates keine sachliche sondern nur eine terminologische Bedeutung. Es kam dem Bundesrat offenbar allein darauf an, auch in der Ausdrucksweise Klarheit darüber zu schaffen, daß in die Preisprüfung nur die Erträge aus der Stromabgabe, also die aus der energiewirtschaftlichen Leistung des EVU stammenden „Erlöse“ einbezogen werden dürften. Von dieser Klarstellung abgesehen, ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung, wie er nun gewählt worden ist, keine inhaltliche Auslegungshilfe für die Frage, wie weit die Prüfungsaufgabe und die Prüfungsbefugnis der Preisbehörde reicht, wenn sie über einen Tarifgenehmigungsantrag zu entscheiden hat. Insbes. kann nicht allein unter Berufung auf dieses Detail der Entstehungsgeschichte Klarheit darüber gewonnen werden, ob die Tarifaufsicht auch die Verwendung der Erlöse durch das EVU in die Beurteilung einbeziehen und die dafür notwendigen Nachweise von dem antragstellenden EVU verlangen darf. Ob schließlich der nun gegebene Wortlaut dem heutigen Sprachgebrauch und der heutigen Begriffsbildung der Betriebswirtschaftslehre genügt, ist eine Frage, die möglicherweise ein Licht auf die Entstehungsweise heutiger Rechtsvorschriften werfen kann, die aber für die von Rechts wegen bestehende Reichweite der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Preisbehörde kein selbständiges Gewicht hat.

## **II. Der Genehmigungsvorbehalt für die Tarife im Gesamtzusammenhang der Energieaufsicht**

### *1. Die sichere und billige (kostengünstige) Energieversorgung als Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes*

Die Energiewirtschaft untersteht der Aufsicht des Staates (§ 1 EnWG). Das Gesetz legt die Befugnisse fest, die der Verwaltung zur Gewährleistung einer

sicheren und kostengünstigen Energieversorgung, zur Beaufsichtigung der über eine regionale Monopolstellung verfügenden EVU und zur Herbeiführung einer rationellen und sparsamen Energieverwendung zustehen.

*Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a.a.O. I 42; *U. Immenga*, Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten, 1967, S. 233 ff.; *R. Lukes*, Energieaufsichtsrecht als Instrument zur Beseitigung von Preisdisparitäten, ET 1981, 757; Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage (1975), BTag Drucks. 7/3595, S. 1.

Zu diesen Befugnissen gehören die Gestaltung der allgemeinen Tarifpreise der EVU nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 7 Abs. 1 EnWG) und die auf dieser gesetzlichen Grundlage eingeführte Tarifgenehmigung (§ 12 a BTO Elt).

*Forsthoff* sah in den Regelungen des EnWG ein Beispiel für die gesetzliche Indienststellung einer bestimmten Gruppe von Unternehmen, die mit der Auflegung von Leistungspflichten zur Wahrnehmung der Daseinsvorsorge einer besonderen Verantwortung gegenüber der Verwaltung unterworfen werden. Er grenzte aber die Art dieser Inpflichtnahme klar ab und erläuterte, daß hier die im Dienste der Daseinsvorsorge stattfindende Notwendigkeit der Ausschließung freier Konkurrenz und der sozial angemessenen, durch staatliche Gewährleistung gesicherten Versorgungsleistungen im Wege der staatlichen Beaufsichtigung der Versorgungsleistungen privater Unternehmen verwirklicht wird.

*E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, 10. Aufl, 1973, S. 373, 514.

Der Ausdruck „gesetzliche Indienststellung“ erweist sich demnach als zu weitgehend. Daß das EnWG sich für das System der Staatsaufsicht und nicht für ein System der Staatswirtschaft entschieden hat, gilt ungeachtet dessen, daß die öffentliche Hand in ihren verschiedenen Trägern in breitem Maß an den Handelsgesellschaften beteiligt ist, die die EVU betreiben.

Die Bundesregierung erklärte, daß „Wettbewerb, Markt und Preise“ das „entscheidende Mittel zur ökonomischen und damit rationellen Energieverwendung“ seien, gesetzliche oder administrative Maßnahmen aber subsidiär wirken sollten, wenn die Steuerung über den Preis oder die Information der Verbraucher keine ausreichende Wirkung verspreche.

Antwort auf eine Große Anfrage (1975) a.a.O., S.1 f.

Vom verfassungsrechtlichen Standpunkt ist der politische Spielraum des Gesetzgebers für die Beeinflussung der Preise und allgemein für die Ausgestaltung der Energieaufsicht recht groß. Die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung ist — wie das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Mineralölbevorratung ausgeführt hat — auch in einer grundsätzlich marktwirtschaftlich geordneten Wirtschaft eine legitime Aufgabe der staatlichen Wirtschaftspolitik, die von der Verantwortung des Staates für den ungestörten Ablauf des wirtschaftlichen Geschehens im ganzen ausgeht. Das Gericht weist dem Gemeinwohlinteresse an einer geordneten und langfristig ge-

sicherten Energieversorgung einen hohen Rang zu. Die Sicherheit der Energieversorgung wird als ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges, als ein von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiges ‚absolutes‘ Gemeinschaftsgut erkannt. Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen sei eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft. Die überragende Bedeutung der Energiewirtschaft rechtfertige weitgehendende staatliche Interventionen als sie auf anderen Wirtschaftsgebieten üblich und zulässig seien.

BVerfGE 30, 292/311 f., 323 f. — Ebenso BayVGh NVwZ 1982, 130/132.

Die sehr eingreifend ausgestaltete Energieaufsicht nach dem EnWG und das hohe Gewicht der Energieversorgung im verfassungsrechtlichen Beurteilungskalkül der Verhältnismäßigkeit gesetzlicher Eingriffe ändern nichts daran, daß die Befugnisse der Verwaltung hier wie sonst nur so weit reichen, wie im Gesetz begründet, und daß die Energieversorgung im EnWG als eine Aufgabe der wirtschaftlich handelnden, wenn auch staatlich beaufsichtigten EVU vorausgesetzt ist. Es besteht als Grundsatz eine unternehmerische Ordnung der Energieversorgung und zwar im Gesamtbereich der öffentlichen Energieversorgung, ohne Rücksicht auf die mehrgestaltigen Beteiligungsverhältnisse an den einzelnen EVU. Das EnWG gibt den Stellen der Staatsaufsicht über die EVU nicht ein allgemeines oder umfassendes Mandat der Steuerung der als öffentliche Unternehmen organisierten EVU. Die Entscheidungs- und Einflußmöglichkeiten aufgrund von Anteilsrechten der öffentlichen Hand sind klar und streng getrennt von den Entscheidungs- und Aufsichtsbefugnissen der Stellen der Energieaufsicht. Zu Recht wies die Bundesregierung gegenüber einer parlamentarischen Anfrage zur Durchsetzbarkeit der Energiepolitik der Bundesregierung darauf hin, daß innerhalb der Rahmendaten und Maßnahmen des Staates „die konkrete Investitionsentscheidung entsprechend unseren wirtschaftlichen Ordnungsprinzipien in der Verantwortung der Elektrizitätswirtschaft selbst“ bleibt.

Schriftliche Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs beim Bundesminister für Wirtschaft namens der Bundesregierung, ET 1978, 707/708.

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.

*Tegethoff/Büdenbender/Klinger* a.a.O. § 1 EnWG, Anm. 2, 4; *Th. Maunz*, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50, 1959, S. 315; *U. Büdenbender*, JuS 1978, 150/152.

Das so beschaffene energieaufsichtliche Grundverhältnis gibt die unternehmerische Verantwortung für die Investitionen und für den Kostenbedarf zuerst und grundsätzlich in die Hand der EVU. Dies muß, wenn diese unternehmerische Verantwortung einen Sinn haben soll, einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum der EVU einschließen, der auch im Bereich der Tarife und der

Tarifaufsicht zur Geltung kommt. Die Preisaufsicht hat die Preise am Maßstab der rechtlichen Kriterien zu überwachen und gewinnt dadurch einen Einfluß auf die Investitionsbereitschaft und die Kosten der EVU. Sie muß dabei aber die Investitionen und Kosten, soweit sie auf die Tarife sich auswirken, anerkennen, wenn sie zur Erfüllung des Versorgungsauftrages notwendig sind und sonst den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.

Zur rechtlichen Begrenztheit der durch § 7 EnWG begründeten und mit dem Genehmigungsvorbehalt des § 12 a BTO ausgestalteten Eingriffsbefugnis siehe oben unter B I 2.

Die Verwaltung darf die unternehmerische Freiheit nur einschränken, soweit das gesetzlich vorgesehen ist. Kraft der gesetzlichen Ermächtigung liegen die Maßstäbe der Preisbildung in der Hand der das Preisrecht vollziehenden Behörde. Im Einzelfall darf die unternehmerische Entscheidung für einen bestimmten Tarif und für die einzelnen der Tarifbildung zugrundeliegenden Faktoren und Einschätzungen von der Genehmigungsbehörde nur dann nicht anerkannt werden, wenn der darin liegende Eingriff normativ gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Demzufolge darf auch die Anwendung einer betriebswirtschaftlich anerkannten Methode zur Ermittlung notwendiger Investitionskosten durch das Unternehmen nicht beanstandet werden. Die Preisaufsicht bleibt überwachende Verwaltung mit gesetzlich begrenzten Befugnissen. Sie darf nicht die Linie zu einer eigenen unternehmerischen Entscheidung und Verantwortung überschreiten.

Diese Scheidungslinie betont zu Recht die VDEW in ihrer Stellungnahme der Elektrizitätswirtschaft zum Ersten Zwei-Jahres-Gutachten der Monopolkommission, 1977, S. 55 ff. — Der Tarifpreis muß „kostenmäßig gerechtfertigt“ sein (*W. Holzapfl*, Stompreise und Stompreisaufsicht, Elektrizitätswirtschaft 1967, 378). Die Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Versorgungsunternehmen ist aber nur möglich, wenn sich die Strompreise an den betriebswirtschaftlich notwendigen Kosten orientieren können (*G. Klätte*, Kosten- und Preisentwicklung in der Elektrizitätswirtschaft, ET 1982, 633).

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.“

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

Die regionale Monopolstellung der EVU, die nach dem Prinzip der geschlossenen Versorgungsgebiete auf Konzessions- und Demarkationsverträgen beruht und in den wirtschaftlich-technischen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung ihren Grund hat, ruft nach einer staatsaufsichtlichen Begrenzung des nicht durch Wettbewerb gezügelten unternehmerischen Verhaltens, insbes. der Leistungsdarbietung und Preisgestaltung.

Vgl. Monopolkommission a. a. O. S. 382 ff.; *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. I 5; *H. D. Jarass*, Formen staatlicher Einwirkung auf die Energiewirtschaft, Staat 17, 1978, S. 507/517 ff.; *J. F. Baur*, Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, 1981; *U. Büdenbender*, Energierecht, 1982, S. 34. — Die Kartellaufsicht über die EVU (§§ 103 ff. GWB) ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Man müßte allerdings fehlgehen, wenn man Grund und Maß der Energieaufsicht vorrangig nach dem Gesichtspunkt des fehlenden Wettbewerbs beurteilen würde. Dieser Punkt ist bedeutend, aber nicht allein ausschlaggebend. Auf dem Boden der Einsicht, daß der Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft nicht als entscheidend wirksamer Marktordnungsfaktor in Rechnung gestellt werden kann, setzt das EnWG die Wettbewerbsbeschränkung als Mittel zur Verwirklichung seines Zieles, der sicheren und billigen Versorgung, ein.

*U. Immenga* a. a. O. S. 235 ff.; *H. Gröner* a. a. O. S. 326.

Wie es in der Richtschnur der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung zum Ausdruck kommt, orientiert sich das EnWG ausschlaggebend an der überragenden Bedeutung einer leistungsfähigen Energieversorgung und weiter an den wirtschaftlichen und technischen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. Die Darbietung der Versorgungsleistungen ist kapitalintensiv und ihrer Kostenstruktur nach durch einen hohen Festkostenanteil gekennzeichnet, der durch die Herstellung und Unterhaltung von Kraftwerken und Leitungen bedingt ist. Die gesetzlich angeordnete und in ihrem Ausmaß unbeschränkte Versorgungspflicht zwingt die EVU zur Vorhaltung von Kapazitäten, die dem Spitzenbedarf gerecht werden und auch angesichts möglicher Störfälle Sicherheit bieten. Die mangelnde Speicherfähigkeit des Stroms und die daraus resultierende praktische Gleichzeitigkeit von Energie-darbietung und Energieverbrauch sind eine sehr kostenintensive Eigenart der Elektrizitätswirtschaft.

*U. Büdenbender*, JuS 1978, 150/151; ders., Energierecht a. a. O. S. 7 ff., 109. — Es ist nicht erkennbar, wie *V. Emmerich* (Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 356) seine These belegen will, die Behauptung, die Eigenart der Energiemärkte für leitungsgebundene Energie schließe es aus, echte Wettbewerbsverhältnisse zu schaffen, könne heute als widerlegt gelten.

„Lange Planungs- und Bauzeiten, sprunghaft wachsende finanzielle Größenordnungen und ständig anspruchsvoller werdende Technik sind besondere Kennzeichen der Energieinvestitionen. Die Investitionen können von den Energieunternehmen nur verlässlich vorbereitet, finanziert und getätigt werden, wenn die Investitionsabläufe vorhersehbar sind.“

Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage (1977), BTag Drucks. 8/570, S. 1.

Die Änderungsverordnung zur BTO Elt von 1980 ist aus einer Überprüfung der bestehenden Stromtarife mit dem Ziel hervorgegangen, ohne Vernachlässigung der notwendigen Kostenorientierung energiesparende Elemente zu stärken. Nach Auffassung der Bundesregierung sollten die Energiepreise die langfristigen Knappheitsverhältnisse wiedergeben und dadurch zum sparsamen und rationellen Umgang mit Energie anhalten. Die gesamtwirtschaftliche Situation und die Wettbewerbsfähigkeit energieintensiver Industrien müßten aber berücksichtigt werden.

Antwort auf eine Große Anfrage (1977) a. a. O. S. 5, 15. — Die „energieintensive“ Industrie fällt, wie vorsorglich hinzuzusetzen ist, in den Sondervertragsbereich.

Die „Billigkeit“ oder „Kostengünstigkeit“ der Energieversorgung darf demnach nicht als ein isoliertes Kriterium der Preisaufsicht betrachtet werden. Insbes. darf daraus nicht geschlossen werden, daß dem EnWG allein an einer am Abnehmerinteresse mit kurzfristigem Horizont ausgerichteten „Billigkeit“ der Stromlieferung gelegen wäre. Das selbständige Gewicht der „Kostengünstigkeit“ zeigt sich darin, daß dieses Kriterium die Investitionsentscheidungen und die Kostenverursachungen durch die EVU bindet und damit ggf. begrenzt. Die notwendige Versorgungssicherheit soll nicht zu jedem Preis und nicht jenseits der vorausschaubaren Erfordernisse hergestellt und über die Preise auf die Abnehmer überwältzt werden. Nur solche preiswirksame Aufwendungen sind danach gerechtfertigt, die notwendig sind, um den voraussehbaren Versorgungsbedarf sicher decken zu können. Die Leistungserstellung selbst muß ebenfalls „kostengünstig“, d. h. rationell und sparsam erfolgen.

*Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. I 13a; *Tegethoff/Büdenbender/Klinger* a. a. O., Präambel EnWG, Anm. 3, 5; *K. Henckel* a. a. O. S. 57 ff.; *U. Büdenbender*, JuS 1978, 150/152; ders., *Energierrecht* a. a. O., S. 30.

Das „Spannungsverhältnis“ zwischen einer sicheren und einer billigen Energieversorgung ist nicht einfach mit dem Interessengegensatz der EVU und der Stromabnehmer gleichzusetzen. Denn die Sicherheit der Versorgung dient dem längerfristigen Interesse der Abnehmer, die dementsprechend über die Energiepreise an der Deckung der hier zu erwartenden Investitionen zu beteiligen sind. Indem die Preisaufsicht die beabsichtigte Erlösverbesserung eines EVU daraufhin prüft, ob sie zur gebotenen Sicherheit der Energieversorgung erforderlich ist, nimmt sie neben den allgemeinen energiewirtschaftlichen Erfordernissen auch das längerfristige Abnehmerinteresse gegenüber dem kurzfristigen Interesse an der „Billigkeit“ des Stromes wahr. Zugleich aber vertritt sie mit dem Kriterium der „Billigkeit“ (Kostengünstigkeit) das langfristige Abnehmerinteresse an einer rationellen und sparsamen Energiedarbietung und -verwendung.

Zur sicheren Versorgung gehört auch die hinreichende Vorhaltung von Reservekapazitäten (*H. Gröner* a. a. O. S. 38 ff.).

In einem Vortrag von *Schill* über die Neuordnung des Rechts der Versorgung mit leitungsgebundener Energie im Jahre 1975 wurde zutreffend unterstrichen, welche Komplexität der Maßstab der Preisaufsicht aufweist:

„In der jetzigen Energieversorgungslage wird jeder erkennen, daß preiswürdige Versorgung nicht mehr niedriges Niveau um jeden Preis bedeuten kann. . . Die Verteuerung der Primärenergien, der Ausbau sicherer Energiequellen und der mit der Umstellung auf Kernkraft ganz erheblich gestiegene Investitionsbedarf müssen sich vielmehr auf das Preisniveau auswirken. Andererseits wird mit Mitteln der nach wie vor beibehaltenen Preisaufsicht und der verbesserten Kartellaufsicht sichergestellt werden können, daß die notwendigen Preisanhebungen über die eingetretenen Kostensteigerungen nicht hinausgehen. Die Preisaufsicht wird sich aber auch auf diese Funktion als Gegengewicht zur Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen beschränken und nicht als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen (etwa im Rahmen der Stabilitätspolitik) zu verwenden sein. . .“

Zur Reform des Energiewirtschaftsrechts, ET 1975, 217/218.

Die Tarife dürfen somit seitens der Preisbehörde nicht einseitig unter dem Blickwinkel geprüft werden, ob sie eine möglichst geringe Steigerungsrate der Strompreise zur Folge haben. Die Befugnis der Tarifaufsicht besteht nur für das gesamte Spektrum der Beurteilungskriterien und sie wird deshalb überschritten, wenn die in dem Aufsichtsmaßstab einbegriffene Vielfalt der energierechtlichen Ziele bei der Entscheidung über einen Genehmigungsantrag verkürzt wird. Eine möglichst kostengünstige Energiedarbietung und eine möglichst rationelle und sparsame Energiedarbietung und -verwendung sind ebenso zu beachtende Beurteilungskriterien wie die weitsichtige Gewährleistung einer sicheren und ausreichenden Energieversorgung durch Erlöse der EVU, die die Kosten aus den dafür notwendigen Investitionen decken können. Der Bundestagsausschuß für Wirtschaft hat anlässlich des Energieprogramms der Bundesregierung zu Recht dem Bundestag zur Beschlußfassung 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.“

Erste Beschlußempfehlung und Erster Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (1978), BTag Drucks. 8/2370, S. 2. In der Anlage (Zusammenfassung der schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen der Sachverständigen und Verbände anlässlich der öffentlichen Anhörung zur Energiepolitik) ebd. S. 35 f. zum steigenden Investitionsbedarf im Energiebereich.

Darin liegt nicht nur ein politisches Ziel, sondern auch ein rechtlich bindendes Element des Aufsichtsmaßstabes der Preisbehörde.

## *2. Die energierechtliche Preisaufsicht als Erscheinung der Wirtschaftsaufsicht*

Die durch § 7 Abs. 1 EnWG zugelassene und in § 12a BTO Elt geregelte Tarifgenehmigung fügt sich in den weiteren Zusammenhang der staatlichen

Aufsicht ein, unter der die Energiewirtschaft zur Gewährleistung einer sicheren und billigen Energieversorgung steht. Die nach Aufgabe, Maßstäben und Befugnissen der Verwaltung im EnWG näher ausgestaltete Energieaufsicht hat das Wirtschaftsverhalten der EVU (§ 2 Abs. 2 EnWG) zum Gegenstand und ist eine Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht.

*Eiser/Riederer/Oberholte/Danner a. a. O. I 42; Tegethoff/Büdenbender/Klinger a. a. O. § 1 EnWG, Anm. 3,4 und 3,5.*

Die als „Wirtschaftsaufsicht“ bezeichnete Technik der Wirtschaftsverwaltung schließt ein vielfältiges Ensemble gesetzlich begründeter Verwaltungsaufgaben ein. Das Gesetz bestimmt, ob und welche Anforderungen an die beaufsichtigten Unternehmen bestehen und welche Überwachungs-, Berichtigungs- oder sonstige Eingriffsbefugnisse die Verwaltung hat. Nur mit großer Vorsicht kann deshalb von einem Rechtsinstitut der Wirtschaftsaufsicht ausgegangen werden, von dessen allgemeiner Warte dann Folgerungen für die Auslegung einzelner Rechtsvorschriften zu ziehen wären. Zu Recht ist beispielsweise die Auffassung abgelehnt worden, Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung müßten klar getrennt werden und um Wirtschaftsaufsicht handle es sich stets nur dort, wo vorgegebene Aufsichtsmaßstäbe im Einzelfall gegen die Unternehmen durchgesetzt würden.

So *M. Bullinger*, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL 22, 1965, S. 264/285 f. u. ö. Dagegen sogleich die Einwände von *H. P. Ipsen* ebd. S. 332 und *W. Weber* ebd. S. 340, sowie später *E. Stein*, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 6f.; *E. Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1977, S. 110.

Von Wirtschaftsaufsicht ist dann zu sprechen, wenn das Gesetz zur fort-dauernden Sicherung eines wirtschaftspolitischen Zieles oder Zielkomplexes Anforderungen an das Wirtschaftsverhalten von Unternehmen durch Befugnisse der Verwaltung gegenüber den beaufsichtigten Unternehmen garantiert und diese Befugnisse im Hinblick auf die zu wählenden Schutzzwecke rechtlich bindet. Die rechtliche Bindung der Aufsichtsbefugnisse erfolgt häufig, aber nicht notwendig durch bestimmte Aufsichtsmaßstäbe, aus denen sich zugleich die mit Hilfe der Befugnisse sanktionierten Pflichten der beaufsichtigten Unternehmen ergeben.

*R. Schmidt*, Wirtschaftsaufsicht, HdWW Lfg. 23, 1980, S. 34/36f. sieht die Wirtschaftsaufsicht ähnlich wie *M. Bullinger* zu eng nur als Durchsetzung vorgegebener Maßstäbe.

Die Schutzzwecke der Wirtschaftsaufsicht lassen sich nicht auf einen Nenner bringen. Wenn besonders auf die im Regelfall das unternehmerische Verhalten steuernde Wirkung des Wettbewerbs abgestellt wird, läßt sich die Wirtschaftsaufsicht insoweit als Korrelat mangelnden oder mangelhaften Wettbewerbs begreifen, als bei einzelnen Unternehmen oder Wirtschaftsbereichen der Wettbewerb nicht ausreichend wirkt oder beschränkt werden darf. In dieser Hinsicht — und das ist jedenfalls eine Dimension auch der Energieaufsicht — übernimmt die Wirtschaftsaufsicht eine „Ergänzungs- und Ersatzfunktion für den Wettbewerb“, z. B. zur Garantie kostensparender Rationalisierung.

*E. Steindorff* a. a. O. S. 109.

Gleichwie aber ob die Wirtschaftsaufsicht nur eine vorsorgliche Mißbrauchskontrolle oder aber eine wirtschaftslenkende Beeinflussung der Unternehmer ist, ob sie nur kompensatorisch für mangelhaften Wettbewerb eintritt oder im Interesse der Daseinsvorsorge eine leistungsstaatliche Versorgungsaufgabe garantiert, stets bleibt sie Aufsicht über das Verhalten der Unternehmen, deren Tätigkeit überwacht, gebilligt oder beanstandet wird, deren Tätigkeit aber nicht durch eigene (quasi-unternehmerische) Entscheidungen der Aufsichtsbehörde ersetzt werden darf.

*M. Bullinger* a. a. O. S. 287 f.; *E. Stein* a. a. O. S. 15; *K. Henckel* a. a. O. S. 56 f.; *E. Steindorff* a. a. O. S. 109 f. — Der dogmatische Standpunkt *E. Steins*, daß „Funktionen“ geschützt würden, deren Zuordnung zu einem Unternehmen oder Verwaltungsträger letztlich nicht entscheidend wäre, hat zur Folge, daß die Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit des Beaufsichtigten nach seiner Meinung kein notwendiges Element des allgemeinen Aufsichtsbegriffs sind.

Die gesetzlichen Befugnisse der Wirtschaftsaufsicht begründen ein Rechtsverhältnis zwischen der beaufsichtigenden Verwaltung und dem beaufsichtigten Unternehmen, in dem durch die rechtliche Bindung der Behörde eine Unterscheidung der Verantwortlichkeitssphären eingerichtet ist. Diese grundsätzliche Rechtsbeziehung jedes Aufsichtsverhältnisses ist durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedingt, wonach jeder Eingriff der Verwaltung eine definierte Befugnis kraft gesetzlicher Ermächtigung voraussetzt und so der gesetzlichen Rechtfertigung bedarf. Materiell tritt auf der verfassungsrechtlichen Ebene hinzu, daß die Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit eine spezifische sachliche Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs verlangen.

*P. Badura*, Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 367; ders., Wirtschaftsfreiheit, Staatsplanung und Intervention, ZSR NF 100, 1981, I S. 265.

Die aufsichtliche Beurteilung und Entscheidung hat demnach die unternehmerische Gestaltungsfreiheit zu respektieren und nur nach Maßgabe der Aufsichtsbefugnisse ggf. in ihre rechtlichen Grenzen zurückzuweisen. Die Energieaufsicht nach dem EnWG ist mit verschiedenartigen Befugnissen ausgestattet, in die sich die Preisaufsicht einfügen muß, die zugleich aber auch die inhaltliche Begrenztheit der Preisaufsicht unterstreichen.

Vgl. *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. I 5, 179.

Insbesondere ist die Preisaufsicht nicht als ein allgemeines Instrument der Investitionskontrolle und der Sicherstellung einer hinreichenden Versorgung (siehe § 8 EnWG) ausgestaltet. Eine Befugnis zur allgemeinen Investitionskontrolle ist nicht einmal durch die Befugnis zur Investitionsaufsicht nach § 4 EnWG eingeräumt.

Siehe *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. I 107 ff.; *U. Budenbender*, Energierecht a. a. O. S. 58 f. — Aus der Befugnis der Aufsichtsbehörde, den Bau, die Erneuerung, die Erweiterung und die Stilllegung von Energieanlagen der EVU zu beanstanden und zu untersagen, wenn Gründe des Gemeinwohls es

erfordern, kann für die Preisaufsicht geschlossen werden, daß die Freigabe oder die Nichtbeanstandung eines angezeigten Vorhabens zum Ausdruck bringen, daß das Vorhaben und damit die darauf bezogene Investitionsentscheidung energiewirtschaftliche Erfordernisse nicht beeinträchtigt.

Die Befugnis der Verwaltung, im Rahmen des Genehmigungsvorbehalts Aufsicht darüber zu führen, daß die Preise wirtschaftlich gestaltet sind, darf deshalb nicht dahin überschritten werden, daß eine allgemeine und fortlaufende Investitions-, Kosten- oder Verhaltenskontrolle der EVU ausgeübt wird. Damit würde die kraft § 7 Abs. 1 EnWG bestehende gesetzliche Bindung der Verwaltung verletzt und die rechtlich geschützte unternehmerische Handlungsfreiheit der EVU unter Verstoß gegen die Rechtsbindung der Aufsicht beeinträchtigt werden.

### *3. Preisaufsicht und Kartellaufsicht*

Die Preisabrede als Bestandteil eines privatrechtlichen Vertrages ist wie der Vertragsabschluß selbst und sein sonstiger Inhalt dem Grundsatz nach Ausdruck der Vertragsfreiheit. Als die wesentlichen sachlichen Schranken der Vertragsfreiheit sieht das bürgerliche Recht die guten Sitten (§§ 138, 826 BGB), Treu und Glauben (§ 242 BGB) und gesetzliche Verbote (§ 134 BGB). Die Richtigkeitsgewähr des Vertrages, auch für den „gerechten Preis“,

*Th. Mayer-Maly*, Der gerechte Preis, in: Festschrift für Heinrich Demelius, 1973, S. 139.

erwartet das bürgerliche Recht von der freien Willenseinigung der Vertragsparteien, die unter den Bedingungen marktwirtschaftlichen Wettbewerbs nach ihrem vernunftbestimmten Interesse handeln. In ständig zunehmendem Maße hat sich allerdings der Gesetzgeber dazu verstanden, in Erfüllung sozialstaatlicher Ziele oder sonst zur Durchsetzung wirtschafts- oder sozialpolitischer Zwecke die Vertragsfreiheit oder ihre Ausübung durch Rechtsvorschriften des Privatrechts und des öffentlichen Rechts auszugestalten und zu beschränken.

Die in den Marktverhältnissen begründete Übermacht einer Partei und die daraus folgende Ungleichgewichtigkeit der Vertragsbeziehungen stören die Bedingungen, unter denen die Vertragsfreiheit zu Abreden führen kann, die von der Rechtsordnung anerkannt werden können. Bereits das bürgerliche Recht tritt daher, zumindest durch seine Generalklauseln, dem Mißbrauch von Monopolstellungen entgegen und gibt der schwächeren Seite Ansprüche und Einwendungen gegen den über eine Monopolstellung verfügenden Vertragsgegner. Für diese ausgleichenden Vorkehrungen der Rechtsordnung kommt es nicht darauf an, ob das Monopol rechtlich geschaffen oder anerkannt oder ob es faktisch zustandegekommen ist. Über die allgemeinen Schutzmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts hinaus sind im Rahmen des Wettbewerbsrechts zur Sicherung der Wettbewerbsordnung und des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs Vorkehrungen gegen mißbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen entwickelt worden. Der durch das

Kartellrecht gewährte Schutz umfaßt privatrechtliche Ansprüche desjenigen, der durch diskriminierendes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens benachteiligt oder geschädigt wird (§§ 26 Abs. 2, 35 Abs. 1 GWB), und Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen (§§ 22, 37 a GWB). Alle diese Schranken und Beschränkungsmöglichkeiten zu Lasten der Vertragsfreiheit marktmächtiger Unternehmen erfassen auch die von einem solchen Unternehmen geforderten und vereinbarten Preise.

Bei dem Angebot und der Lieferung von Strom treten die EVU ihren Abnehmern in einer Monopolstellung entgegen. Für die Strompreise gelten die spezifischen Vorkehrungen des Energiepreisrechts, zu denen die hier zuerst interessierende Preisgenehmigung im Tarifbereich (§ 12 a BTO Elt) gehört, außerdem aber die Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Kartellrechts, deren wesentliches Wirkungsfeld der Sondervertragsbereich ist. Wegen der technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung hat das Kartellrecht hier zugunsten der wettbewerbsbeschränkenden Gebietsschutzverträge eine Freistellung vorgesehen und damit eine Mißbrauchsaufsicht über diese Verträge und die Art ihrer Durchführung verbunden (§§ 103, 103 a, 104 a GWB).

Die marktbeherrschende Stellung von EVU beruht im Regelfall auf Konzessions- und Demarkationsverträgen, die einen regionalen oder örtlichen Gebietsschutz für ein bestimmtes Versorgungsgebiet vermitteln. Soweit das Verhalten eines EVU in Rede steht, das auf einen derartigen vertraglichen Gebietsschutz zurückzuführen ist, kommen nicht die allgemeinen Vorschriften über die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht zum Zuge. Einschlägig ist vielmehr die mit der Freistellung der Gebietsschutzverträge von den §§ 1, 15 und 18 GWB verbundene Mißbrauchsaufsicht nach den §§ 103 ff. GWB. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes war die Mißbrauchsaufsicht über die EVU zusammen mit der Mißbrauchsaufsicht in anderen Freistellungsfällen in § 104 GWB geregelt. Sie ermächtigte die Kartellbehörden zu Maßnahmen, soweit die freigestellten Verträge oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften des GWB erlangten Stellung im Markt darstellten. 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.

Vgl. den Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmereiche des GWB (1975), BTag Drucks. 7/3206, S. 30 ff., sowie das Hauptgutachten 1973/1975 — Mehr Wettbewerb ist möglich — der Monopolkommission, 1976, S. 411 ff. Zu diesem Grundgedanken siehe ferner BGH WuW/E BGH 655 — Zeitgleiche Summenmessung; BGHZ 59, 42/45 f. — Strom-Tarif; BGH NJW 1975, 2065/2067 — Grenzmengenabkommen; B. Börner/D. Kuhnt/S. Klaue, Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, VEnergR 39/40, 1977 (dazu P. Badura, AöR 104, 1979, S. 658).

Die Vierte Novelle zum GWB vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458) hat die Freistellungsvorschriften erheblich geändert.

*D. Braun*, Die Vorschläge der Bundesregierung für eine Reform des Ausnahmebereichs Versorgungswirtschaft im Rahmen der Vierten Kartellnovelle, ET 1979, 677; *S. Klaue*, Die „neue“ Mißbrauchsaufsicht nach § 103 GWB über Unternehmen der Versorgungswirtschaft, ET 1980, 586; ders., in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB 1981, § 103, bes. RNrn. 45 ff.; *F. J. Säcker*, Grundsätze der wettbewerbsrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über die Preisgestaltung von Energieversorgungsunternehmen, RdE 1980, 2; *J. F. Baur*, Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, 1981; *U. Büdenbender*, Energierecht a.a.O., S. 207 ff.

Nach wie vor aber gibt das Kartellrecht den EVU eine besondere Stellung, deren Grund letztlich darin zu sehen ist, daß die Energiewirtschaft durch das Gesetz in einem Zustand der Leistungsfähigkeit erhalten werden soll, der kartellrechtlich als die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung gekennzeichnet ist. Diese Leistungsfähigkeit soll wegen der überragenden Wichtigkeit der Versorgungsaufgabe ohne Rücksicht darauf gewährleistet werden, wie sich die Erfüllung dieser Aufgabe bei marktwirtschaftlichem Wettbewerb darstellen würde.

Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zu dem Änderungsgesetz, BTag Drucks. 8/2136, S. 17, 33 f., und ferner die Beschlußempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BTag Drucks. 8/3690, S. 31 ff.

Die Weiterentwicklung der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über die einen Gebietsschutz in Anspruch nehmenden EVU durch die Vierte GWB-Novelle hat das Verhältnis der Kartellaufsicht zu der 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, womit auch auf die technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung Bezug genommen wird, zeigt allerdings das Bestreben des Gesetzgebers, die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über die Energiepreise und die energierechtliche Preisaufsicht im Zusammenhang zu sehen. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu der Novelle ist gesagt, daß durch die Präzisierung des Mißbrauchsbegriffs auch die Voraussetzungen dafür geschaffen würden, um die Befugnisse der Kartellbehörden und der Preisbehörden im Bereich der Strompreisaufsicht besser gegeneinander abzugrenzen. Die staatlich genehmigten Tarifpreise für Strom unterlägen nicht der Kartellaufsicht.

Regierungsentwurf, BTag Drucks. 8/2136, S. 33.

Ein EVU, das seine Strompreise entsprechend der ihm für diese Preise erteilten Tarifgenehmigung berechnet, kann nicht dem Vorwurf eines kartellrechtlich mißbräuchlichen Verhaltens ausgesetzt sein. Den Grund dafür darin zu sehen, daß die energierechtliche Regelung der Strompreise eine speziellere (sachnähere) und abschließende Regelung der Beaufsichtigung der Strompreise im Sinne der Ausgestaltung als Fachaufsicht ist, erscheint einleuchten-

der, als die konstruktive Ableitung aus § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB, wonach die Tarifgenehmigung der Nachweispflicht des EVU für Umstände zugeordnet wird, „die ihm nicht zurechenbar sind“.

Vgl. S. Klaue, in: V. Emmerich/R. Lukes, Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, RTW 15, 1977, S. 15/19; ders., in: Immenga/Mestmäcker a.a.O., Vor § 103, RNr. 19, und § 103, RNr. 64; E. Langen/E. Niederleithinger/L. Ritter/U. Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., 1982, § 103, RNr. 48; U. Büdenbender, Energierecht a.a.O., RNr. 634. Anders U. Immenga, in: V. Emmerich/R. Lukes a.a.O. S. 3/12f.; R. Lukes, Das Kartellrecht als Instrument zur Angleichung des Energiepreinsniveaus, in: Festgabe für Max Kummer, 1980, S. 401/406ff. — Die Frage, ob ein von den genehmigten Tarifpreisen ausgehendes sonstiges Preisverhalten des EVU, insbes. gegenüber den Sondervertragskunden, als „mittelbare Auswirkung“ der Tarifgenehmigung ebenfalls von der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht ausgenommen ist oder nicht, kann hier dahinstehen.

Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über EVU ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

## C. Die Rechtsgebundenheit der Preisaufsichtsbehörde

### I. Die Entscheidungsbefugnis der Preisaufsichtsbehörde, insbes. die Genehmigungsvoraussetzungen

Das eine Anhebung seiner Tarife begehrende EVU macht mit dem Antrag auf Erteilung der Preisgenehmigung einen Anspruch geltend, über dessen Bestehen die Genehmigungsbehörde an Hand der materiellrechtlichen Preisbildungsregeln der §§ 1, 12 a BTO Elt in einem Verwaltungsverfahren zu entscheiden hat. Der Anspruch besteht, wenn die aus der Tarifierhebung zu erwartende Verbesserung der Erlöse nach der Lage des EVU erforderlich ist und die begehrte Tarifierhebung den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung sowie eines ausgewogenen Tarifsystems im Sinne des § 1 Abs. 1 BTO Elt entspricht. Ob die angestrebte Verbesserung der Erlöse erforderlich ist, bestimmt sich nach der gesamten Kosten- und Erlöslage des EVU unter besonderer Berücksichtigung der Kosten- und Erlöslage in dem betreffenden Tarif und ist nach dem Maßstab der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung zu prüfen. Das EVU muß in dem Antrag auf Tarifgenehmigung die Tatsachen, Annahmen und Berechnungen angeben und ggf. „nachweisen“, d. h. durch Unterlagen, Gutachten oder sonst geeignete Beweismittel belegen, die nach den genannten Rechtsvorschriften tatbestandliche Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches sind.

Das entscheidende Tatbestandsmerkmal für den Anspruch des EVU ist, daß die angestrebte Verbesserung „seiner“ Erlöse „erforderlich“ ist. Die Tarifpreise müssen dem EVU Erlöse in einer Höhe gewährleisten, die eine sichere Energieversorgung einschließlich der dafür notwendigen Investitionen ermöglichen. Richtmaß für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe die Erlösverbesserung erforderlich ist, ist die nach Gebietsstruktur und Zeithorizont konkrete Versorgungsaufgabe des EVU.

Siehe oben unter A.II.1 zu dem entsprechenden Passus der niedersächsischen „Grundsätze“ mit den gleichlautenden Belegen sowie oben unter B.II.1 zu dem allgemeinen Maßstab der Energieaufsicht.

Die Kosten einer bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung erforderlichen Investition müssen aus den Erlösen gedeckt werden können, rechtfertigen also je nach Sachlage eine entsprechende Anhebung der Tarife. Das hat allerdings auch zur Folge, daß das antragstellende EVU den Investitionsbedarf und dessen Notwendigkeit zur Erfüllung der konkreten Versorgungsaufgabe gegenüber der Genehmigungsbehörde dartun und ggf. belegen muß. Die Investitionsentscheidung ist Sache des EVU, die Genehmigungsbehörde hingegen hat diese Entscheidung an Hand der normativen Preis-

bildungsregeln zu beaufsichtigen. Sie muß deshalb die Genehmigung aussprechen, wenn sich die Investitionsentscheidung hinsichtlich der von dem EVU daraus abgeleiteten Folgerungen für die begehrte Erlösverbesserung und Tarifierhebung in den rechtlichen Grenzen der Preisbildungsregeln hält. Die Investitionsentscheidungen kommen damit nur dann und nur insoweit in die Reichweite der Preisaufsicht, als die Deckung der Kosten mit Hilfe einer Tarifierhebung erfolgen soll. Die verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffe, mit denen das Tarifaufsichtsrecht die Aufsichtsmaßstäbe und insbes. die Preisbildungsregeln festlegt, sind nach der Richtschnur des EnWG auszulegen,

Vgl. *U. Büdenbender*, Einführung a.a.O., S. 153; *R. Lukes*, Energieaufsichtsrecht als Instrument zur Beseitigung von Preisdisparitäten, ET 1981, 757.

daß die Energieversorgung durch eine unternehmerisch handelnde Energiewirtschaft so sicher und so billig wie möglich vorzuhalten und darzubieten ist. Die Einwirkungsmöglichkeiten, die das Gesetz und die BTO Elt im Wege dieser unbestimmten Rechtsbegriffe den Preisaufsichtsbehörden in die Hand geben, schließen energiewirtschaftliche Wertungen ein, verlassen aber nicht deshalb den Boden einer Rechtsaufsicht.

Siehe oben unter B.II.2. — Einwirkungen der Steuerung, Lenkung etc. sind entgegen der Meinung von *H. P. Ipsen*, Preiskontrolle a.a.O., S. 34 auch im Rahmen einer „Rechtsaufsicht“ möglich.

Das EVU muß seine konkrete Versorgungsaufgabe nach dem Richtmaß der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung erfüllen können. Bei der daran ausgerichteten Verursachung von Kosten und Veranschlagung von Erlösen müssen — einschränkend — die Regeln elektrizitätswirtschaftlich rationaler Betriebsführung und die Grundsätze eines ausgewogenen Tariffsystems im Sinne des § 1 Abs. 1 BTO Elt beobachtet werden. Die begehrte Erlösverbesserung muß schließlich in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage des EVU und unter Berücksichtigung der Kosten- und Erlöslage in dem betreffenden Tarif erforderlich sein.

Die zahlreichen Merkmale, welche die BTO Elt damit als Genehmigungsvoraussetzung aufstellt, überschneiden sich und belasten den dem antragstellenden EVU nach § 12 a Abs. 2 Nr. 1 obliegenden Nachweis, daß eine bestimmte Erlösverbesserung erforderlich ist, mit Unsicherheiten.

Das mag einer der Gründe sein, weswegen die Vorschrift des § 12 a BTO Elt von seiten der Energiewirtschaft als „sowohl aus betriebswirtschaftlicher als auch aus rechtlicher Sicht . . . weitgehend mißglückt“ eingestuft worden ist (Regionale Energieversorgung 1980 – 1981, Tätigkeitsbericht der Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungs-Unternehmen — ARE — e.V., 1982, S. 160).

So besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Erfordernis der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung und dem limitativen, die Wirtschaftlichkeit der Energiedarbietung betreffenden Merkmal der elektrizitätswirtschaftlich rationalen Betriebsführung. Die Forderung, daß die Tarife auf die Versorgungsbedürfnisse der Kunden in einem für die EVU wirtschaftlich

zumutbaren Maß ausgerichtet sein müssen (§ 1 Abs. 1 Satz 3), erscheint äußerlich als Eigenschaft eines „ausgewogenen Tarifsystems“ (§ 12 a Abs. 2 Nr. 2 und § 1 Abs. 1 Satz 2), ist jedoch auch und zuerst eine Folgerung aus dem Hauptmaßstab der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung. Bei dieser Sachlage ist für einen gesetzmäßigen Vollzug des Tarifgenehmigungsvorbehalts ausschlaggebend, daß sein Gehalt und seine Begrenztheit als Eingriffstatbestand gegenüber dem unternehmerischen Verhalten der EVU

Dazu des näheren oben unter B.I.2 und B.II.1.

stets gegenwärtig bleibt.

Inhalt und Grenzen der Entscheidungsbefugnis der Genehmigungsbehörde nach den rechtlich festgelegten Preisbildungsregeln betreffen als einen der Faktoren bei der Beurteilung, ob eine Erlösverbesserung erforderlich ist, die entstandenen oder voraussichtlich zu erwartenden Kosten des EVU bei der Stromlieferung. Die Genehmigungsbehörde muß für ihre Entscheidung den entscheidungserheblichen Sachverhalt korrekt ermitteln und ist insofern an die betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden der Kostenrechnung gebunden.

Dazu oben unter A.II.2 und in extenso das Betriebswirtschaftliche Gutachten, bes. Tz 400ff.

Der Hauptmaßstab des Energiepreisrechts, das Erfordernis einer sicheren und kostengünstigen Energieversorgung, hat für die Auslegung und Anwendung des § 12 a BTO Elt zur Folge, daß die Ermittlung und Beurteilung der Kosten- und Erlöslage des EVU einer Methode entspricht, die dem Grundsatz der Substanzerhaltung der Anlagen Rechnung trägt.

Demnach muß für die Abschreibungen die kalkulatorische Kostenrechnung maßgeblich sein; denn nur sie erfaßt den effektiven Güter- und Dienstverzehr in der Zeiteinheit. Sie ist der allein sachgerechte Weg, um die Leistungen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu bemessen und um der unternehmerischen Preiskalkulation die Grundlage zu bieten. Handelsbilanz und Steuerbilanz haben andere Zielsetzungen und können daher hier nicht von Nutzen sein. Die Handelsbilanz ist eine in Geldsummen (Aktiva und Passiva, Einnahmen und Ausgaben) ausgedrückte Erfolgsrechnung nach den Regeln des Handels- und Gesellschaftsrechts (vgl. § 39 HGB). Eine ihrer wesensmäßigen Funktionen ist es, daß sie „Gewinnverteilungsbilanz“ sein muß.

A. Hueck, Gesellschaftsrecht, 17. Aufl., 1975, S. 196.

Weder hier noch bei der wieder von anderen Beurteilungen abhängigen Steuerbilanz werden die Bewertungen und Abschreibungen von dem energierechtlich leitenden Grundsatz der Substanzerhaltung bestimmt.

Die „Leitsätze für die Preisermittlung von Selbstkosten“ (LSP) und die „Arbeitsanleitung“ der Preisbehörde erkennen das grundsätzlich an; siehe oben unter A II 1 und A III.

„Die *Kostenrechnung* dient im Unterschied zur Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung der unternehmens- und betriebsinternen Wirtschaftlichkeitskon-

trolle. Als interne Information ist sie nicht an gesetzliche Vorschriften gebunden. Jeder Unternehmens- und Betriebsleiter wird sie so handhaben, wie es ihm erforderlich erscheint, um die gewünschte Transparenz der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu erreichen und Grundlagen für Kalkulationen und Dispositionen zu gewinnen.“

*E. Koch*, Wirtschaftswissenschaften für Juristen, 1976, S. 85.

Die Kostenrechnung wird nur sachgerecht sein und für die Preisprüfung als Grundlage dienen, wenn sie den anerkannten Regeln der Betriebswirtschaftslehre folgt. Davon zu unterscheiden ist die andere Frage, welche der von dem EVU für die begehrte Tarifierhebung in Rechnung gestellten Kosten nach den rechtlichen Kriterien der Tarifaufsicht in die Bemessung der als notwendig zugestehenden Erlösverbesserung eingehen müssen.

Das Tarifaufsichtsrecht geht von einer bestimmten Leitlinie der Angemessenheit der Kosten aus, die einerseits von den Erfordernissen der möglichst sicheren und billigen Versorgung, andererseits von dem Kriterium der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung abhängig ist. Für die Tarifgenehmigung ist nicht schlechthin der betriebswirtschaftliche Kostenbegriff, sondern es ist ein normativer Kostenbegriff maßgebend. Die Preisbildungsregeln, denen die Angemessenheitskriterien für die Kostenbeurteilung zu entnehmen sind, ermächtigen die Genehmigungsbehörde, unwirtschaftliche — mit einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung unverträgliche — Kosten und Kostenbestandteile auszuschneiden,

Nur so weit möchte *U. Büdenbender*, Energierecht a.a.O., S. 110, die Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Preisbehörde erstrecken, versteht dabei aber unter bei rationeller Betriebsführung vermeidbaren Kosten nicht nur unwirtschaftliche, sondern — weitergehend — „unnötige“ Kosten.

darüber hinaus aber auch solche Kosten und Kostenbestandteile nicht anzuerkennen, die nicht von den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung gerechtfertigt werden. Bei diesem zweiten Kriterium müssen die strukturellen Besonderheiten des Versorgungsgebiets und der Stromlieferung in diesem Gebiet berücksichtigt werden und in diesem Sinn die Gegebenheiten der konkreten Versorgungsaufgabe des antragstellenden EVU zur Geltung kommen; denn der Aufsichtsmaßstab zielt auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen EVU und stellt damit auf die individuelle Kostenstruktur ab.

*R. Lukes*, Das Preisrecht als Instrument zur Angleichung des Energiepreinsniveaus, BB 1980, 1593/1597 f; *U. Büdenbender*, Energierecht a.a.O., S. 138. — Siehe dazu oben unter B. II. 3.

Wenn somit als allgemeiner Grundsatz postuliert wird, nach Gesetz und Verfassung habe ein Unternehmen einen Anspruch dahin, daß es nicht durch Eingriff der öffentlichen Gewalt daran gehindert werde, kostendeckende Preise zu verlangen,

*H. P. Ipsen*, Preiskontrolle a.a.O., S. 85 ff.; *U. Büdenbender*, Energierecht a.a.O., S. 109, 139.

so ist zu bedenken, daß dieser zu Recht anerkannte Grundsatz es nicht ausschließt, daß durch oder aufgrund Gesetzes im öffentlichen Interesse die Anerkennung bestimmter Aufwendungen als Kosten versagt werden darf. In diesem Sinne können Eingriffe der öffentlichen Gewalt, die eine Minderung der Rentabilität von Unternehmen zur Folge haben, zulässig sein. Nur wenn also bedacht wird, daß die Frage, was „Kosten“ sind, öffentlich-rechtlicher Regelung zugänglich ist, gilt die Annahme, daß ein Unternehmen nicht durch die öffentliche Gewalt gezwungen werden darf, „mit Verlust zu arbeiten“,

BGHZ 48, 385/394 f.

und daß die Vorenthaltung kostendeckender Preise eine Enteignung sein kann.

*H. P. Ipsen*, Preiskontrolle a.a.O., S. 85 ff.

Die öffentlich-rechtliche Regelung der Angemessenheit der Kosten wiederum ist, wie erläutert, durch § 7 Abs. 1 EnWG und die wirtschaftlichen Freiheitsrechte der EVU daran gebunden, daß die Leistungsfähigkeit des EVU zur Erfüllung seiner konkreten Versorgungsaufgabe gesichert bleiben muß, vorausgesetzt daß eine elektrizitätswirtschaftlich rationelle Betriebsführung beobachtet wird.

Eine derartige Bindung der Preisaufsicht, mit der durch die gebotene Zuerkennung kostendeckender Preise zugleich der eigentumsrechtliche Bestand des Unternehmens und dessen im öffentlichen Interesse liegende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gesichert werden soll, findet sich auch außerhalb des Energiewirtschaftsrechts.

Bei Parallelen ist auf Vergleichbarkeit der Regelungen und der Anwendungssituationen zu achten, die z.B. aus gemeinde- und leistungsverwaltungsrechtlichen Gründen im Falle der kommunalen Verkehrsbetriebe nicht besteht. Vgl. *F. Dengler*, Die preisrechtlichen Eingriffsbefugnisse in die Tarifgestaltung kommunaler Verkehrsunternehmen und die Verantwortlichkeit für die Finanzierung ihrer Defizite, *VerwArch* 73, 1982, S. 292.

So ist im Personenbeförderungsrecht im Hinblick auf die Aufsicht über die Beförderungsentgelte der Straßenbahnen folgende Regel aufgestellt (§ 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.“

Ungeachtet der Kritik, daß diese Vorschrift „außerordentlich unausgewogen, unpräzise und unter Verwendung ungeeigneter Begriffe formuliert“ sei,

*F. Dengler*, Preisrechtliche Eingriffsbefugnisse a.a.O., S. 292.

wird ihr doch mit Überzeugungskraft einerseits der Auftrag entnommen, darauf hinzuwirken, daß Tarifsteigerungen nur nach dem angesichts der Kostenentwicklung unbedingt notwendigen Maß stattfinden, andererseits die Garan-

tie zugesprochen, daß die „wirtschaftliche Lage des Unternehmers“ eine Grenze der Eingriffsvollmacht darstellt. Das Gesetz lasse doch hinreichend erkennen, daß das Unternehmen Anspruch auf einen branchenüblichen Gewinn habe und daß bei der Beurteilung der Beförderungsentgelte anhand der Kostenrechnung von Wiederbeschaffungswerten der Kostengüter unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts auszugehen sei.

*F. Dengler*, Zur Prüfung der Verkehrstarife im Personenverkehr nach § 39 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz, DÖV 1979, 662/663; ders., Preisrechtliche Eingriffsbefugnisse a.a.O., S. 293f., 296.

In diesem Zusammenhang wird auch klar zum Ausdruck gebracht, daß es sich beim Preisrecht um die Regelung eines betriebswirtschaftlichen Sachverhalts handelt,

*F. Dengler*, Prüfung der Verkehrstarife a.a.O., S. 663.

und daß die Preisprüfung als Kostenprüfung auch die Wahrung einer wirtschaftlichen Betriebsführung bei der Leistungserstellung zu gewährleisten habe, um zu verhindern, daß der Unternehmer Kosten, die offenkundig auf eine vermeidbare Unwirtschaftlichkeit zurückzuführen sind, über die Preisgestaltung auf den Leistungsempfänger abwälzen könne.

*F. Dengler*, Prüfung der Verkehrstarife a.a.O., S. 665, unter Bezugnahme auf die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP).

Die zu berücksichtigende wirtschaftliche Lage des Unternehmens begrenzt das Eingriffspotential, das in den Klauseln „öffentliche Verkehrsinteressen“ und „Gemeinwohl“ liegt. Da nach dem Gesetz die wirtschaftliche Gesundheit des Beförderungsunternehmens auch im allgemeinen Interesse liegt, muß ein Interesse der Allgemeinheit an billigen Beförderungsentgelten dann eine Grenze finden, wenn die Beförderungsentgelte in ihrem Gesamtergebnis nicht mehr kostengerecht sind und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nicht mehr so gesichert ist, wie dies die Vorschrift des § 39 Abs. 2 PBefG verlangt. Auch soweit einzelne Leistungen bei billigeren Tarifen zumindest zeitweise unrentabel zu erbringen sind, sind die wirtschaftliche Angemessenheit der Tarife im ganzen und die Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmens zu wahren. Ist die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nicht mehr gesichert, so hat der Unternehmer einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Zustimmung zu Tariferhöhungen.

BGH Urt. vom 8. 7. 1971 — III ZR 128/68, auszugsweise abgedruckt bei *H. Biding*, Kommentar zum PBefG, 2. Aufl., Stand 10.79, § 39, An. 2a. — Zu dieser Auslegung vgl. noch *G. Fromm*, Rechtsprechung zum Personenbeförderungsgesetz, BB 1980, 238/240.

Die gesetzliche Begrenztheit der preisrechtlichen Eingriffsbefugnis nach § 39 Abs. 2 PBefG hat ein verfassungsrechtliches Fundament in der Eigentumsgarantie, der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit und den rechtsstaatlichen Grundsätzen. Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der in § 51 Abs. 2 PBefG enthaltenen Ermächtigung, für den Gelegenheitsverkehr zum Zwecke des Krankentransports durch Rechtsverordnung Beförderungsentgelte festzu-

setzen, legt das Bundesverfassungsgericht dar, daß in dem Personenbeförderungsgesetz das allgemeine Ziel zum Ausdruck komme, das wirtschaftliche Interesse des Beförderungsunternehmers und das auf Gewährleistung sicherer und ausreichender Personenbeförderungsmöglichkeiten gerichtete Interesse der Allgemeinheit soweit wie möglich in einen Ausgleich zu bringen. Dieser Zweck bekunde sich auch in dem Verfahren und den Maßstäben zur Genehmigung der Beförderungsentgelte und Beförderungsbedingungen gemäß § 39 PBefG. 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“. Es gehe um den Ausgleich der beteiligten Interessen zur besten Förderung des Verkehrs. Die Maßstäbe der Verordnungsermächtigung seien hinreichend bestimmt, so u. a. in dem Gebot, daß die Entgelte — bezogen auf die Leistung Krankentransport — zumindest kostendeckend festzusetzen und darüber hinaus die Veranschlagung von angemessenen Gewinnspannen und — soweit das von der Art der Beförderungsunternehmen in Betracht komme — Aufwendungen für notwendige technische Entwicklungen zu enthalten hätten, deren Höhe unter Berücksichtigung herkömmlicher einschlägiger und repräsentativer Erfahrungswerte anzusetzen sei. Der Gesetzgeber habe in der Ermächtigung die Faktoren festzulegen, die der Ordnungsgeber bei seiner Festsetzung zugrunde zu legen habe. Der Gesetzgeber sei aber nicht gehalten, den Ordnungsgeber an bestimmte Modelle betriebswirtschaftlicher Kalkulation zu binden.

BVerfG Beschl. vom 25. 5. 1976 BVerfGE 42, 191.

Dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die dem Unternehmer im Personenbeförderungsrecht einen Rechtsanspruch auf Zustimmung oder Festsetzung von Beförderungsentgelten zubilligt, die nicht nur die Kosten decken, sondern seine wirtschaftliche Lage insgesamt sichern, ist Bedeutung für das öffentliche Preisrecht schlechthin zugesprochen worden.

*G. Fromm*, Anmerkung, DVBl. 1977, 822. — Ein ähnlicher Fall ist im Krankenhausrecht geregelt. Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Satz 2 Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29. Juni 1972 (BGBl. I S. 1009) ordnet als einen Grundsatz für die Regelung und Bemessung der Krankenhauspflegesätze an: „(Die Pflegesätze) müssen auf der Grundlage der Selbstkosten eines sparsam wirtschaftenden, leistungsfähigen Krankenhauses und einer Kosten- und Leistungsrechnung eine wirtschaftliche Betriebsführung ermöglichen und die medizinisch und wirtschaftlich rationelle Versorgung durch die Krankenhäuser sichern.“ Zur Festsetzung der Pflegesätze und ihrer gerichtlichen Kontrolle vgl. BVerwG NJW 1980, 660; BGH NJW 1979, 597 und 2353; OVG Lüneburg NJW 1978, 1211.

Sie unterstreicht vom Boden des Verfassungsrechts das Prinzip des aufsichtsrechtlichen Grundverhältnisses und die in dessen Rahmen bestehende gesi-

cherte Rechtsstellung des Unternehmens, dessen Kostengestaltung und Preispolitik normativ gebunden und nach gesetzlichen Maßstäben beaufsichtigt werden.

Die Erfordernisse der möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung sind nur gewahrt, wenn die Leistungsfähigkeit des EVU im Hinblick auf die ihm für sein Gebiet gestellte konkrete Versorgungsaufgabe durch die administrative Zulassung der dafür erforderlichen Erlöse und Erlösverbesserungen gewährleistet ist und bleibt. Kosten und Erlöse sind als Ausdruck der Leistungen und der Leistungsfähigkeit des Unternehmens nach den Regeln der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung zu bestimmen. Auf welche Art und Weise die Versorgungsaufgabe zu erfüllen ist, einschließlich der eine prognostische Beurteilung voraussetzenden Erfordernisse einer sicheren Versorgung auch in der überschaubaren Zukunft, ist Sache der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des EVU. Die getroffenen unternehmerischen Entscheidungen unterliegen jedoch mittelbar, nämlich insofern als sie Kosten verursachen und als diese Kosten über die Tarifpreise gedeckt werden sollen, den Preisbildungsgrundsätzen des Energierechts, deren Einhaltung im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens durch die Preisbehörde beaufsichtigt wird.

Zu dieser Konsequenz als einer allgemeinen Erscheinung der Preiskontrolle vgl. *H. P. Ipsen*, Preiskontrolle a.a.O., S. 19, 33, 36f.

Soll auf diesem Wege über die Beaufsichtigung der Preise nicht eine gegenständlich unbegrenzte Beeinflussung oder Lenkung des unternehmerischen Verhaltens und insbes. der Investitionsentscheidungen des Unternehmens eintreten, zu der das Gesetz und die Vorschriften über die Tarifaufsicht keine Handhabe bieten, muß die rechtliche Gebundenheit und gegenständliche Begrenztheit der Entscheidungsbefugnis der Preisbehörde als Grundsatz festgehalten werden.

## **II. Gebundenheit und Freiheit der Preisaufsichtsbehörde bei der Entscheidung über die Tarifgenehmigung**

Die Ausgestaltung der energierechtlichen Preisaufsicht in der Rechtseinrichtung der Tarifgenehmigung macht die Anhebung der Tarife eines EVU von einer vorgängigen Verwaltungsentscheidung abhängig, durch die geprüft wird, ob die angestrebte Erlösverbesserung nach den normativ festgelegten Aufsichtsmaßstäben erforderlich ist. Die Genehmigung wird nur erteilt, soweit die angestrebte Verbesserung der Erlöse nach bestimmten Kriterien erforderlich ist und die begehrte Tarifierhebung den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung sowie bestimmten Erfordernissen der Tarifgerechtigkeit Rechnung trägt. Wortlaut und Sinn der Regelung geben keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Entscheidung über die bean-

tragte Tarifgenehmigung eine — nur durch einzelne Direktiven gebundene — Ermessensentscheidung ist. Wenn die aufgeführten Preisbildungsregeln eingehalten sind und das EVU ggf. die notwendigen „Nachweise“ erbringt, wird der Genehmigungsbehörde nicht eine Wahlfreiheit dahingehend eingeräumt, dennoch die Genehmigung zu versagen oder mit einer niedrigeren Anhebungsrate zu erteilen. Es wäre ein praktischer Widerspruch, wenn eine Erlösverbesserung im Sinne der Genehmigungsvorschriften erforderlich wäre, um die Versorgungsaufgabe des EVU sachgerecht zu erfüllen, dennoch aber aus energiewirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen nach dem Urteil der Behörde die Tarifierhebung verweigert werden dürfte. Sind die rechtlichen Voraussetzungen gegeben, hat das EVU einen Anspruch auf die Tarifierhebung und damit auf die Erteilung der Tarifgenehmigung.

Hierzu im einzelnen *U. Büdenbender*, *Energierrecht* a.a.O., S. 138 ff.; *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a.a.O. III 134 i.

Die in §§ 12 a, 1 Abs. 1 BTO Elt getroffene Regelung muß demnach als Ermächtigung für eine gebundene Erlaubnis betrachtet werden.

Die zugrundeliegenden gesetzlichen Ermächtigungen und die durch Rechtsverordnung festgelegten Entscheidungsregeln für die Preisbehörde bestehen aus unbestimmten Rechtsbegriffen, wie sie auch sonst im Recht der Wirtschaftsaufsicht und der Wirtschaftslenkung in weitem Umfang anzutreffen sind. Müssen vielgestaltige Sachverhalte geregelt werden und sind die tatsächlichen Verhältnisse rascher Veränderung unterworfen, ist dem Gesetzgeber ein entsprechender Gestaltungsspielraum zuzugestehen und sind die Bestimmtheitsanforderungen nicht zu überspannen. Der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz ist hier beachtet, wenn die Regelungen so bestimmt gefaßt sind, wie es nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.

BVerfGE 49, 89/133, 136f.; 49, 168/181; BVerwG DVBl. 1979, 879.

Die in Fällen dieser Art begegnende vergleichsweise „Unbestimmtheit“ des Rechts bedeutet Bestimmbarkeit von Pflichten und Ansprüchen, Ermächtigungen und Befugnissen, aber eben ein relativ hohes Maß an Entscheidungsungewißheit. Die kann, soweit vernünftigerweise unvermeidlich, in Kauf genommen werden, vorausgesetzt aber, daß das Verwaltungsverfahren und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz die mögliche Kompensation der Unbestimmtheit des materiellen Rechts bieten.

BVerfGE 49, 168/181 f.

Das Vorhandensein unbestimmter Rechtsbegriffe bedeutet nicht zugleich Spielräume und Wahlmöglichkeiten der Verwaltung ohne rechtlichen Maßstab und ohne verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Auch wenn rechtsdogmatisch bei einzelnen Fallgruppen oder bei unbestimmten Rechtsbegriffen insgesamt eine Gestaltungsermächtigung der Verwaltung angenommen werden sollte, schließt das nicht aus, grundsätzlich dennoch dem durch die Regelung Begünstigten oder Geschützten einen Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung der Verwaltung zuzusprechen. Daran ändert sich nichts, wenn die Aus-

übung der Ermächtigung wertende Beurteilungen und prognostische Einschätzungen durch die Verwaltung bedingt. Dem entspricht es, daß die Gerichtspraxis nach wie vor nur bei Ermessensentscheidungen und bei einigen den Ermessensentscheidungen gleichartigen Fällen eine Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Justiziabilität von Vollzugsentscheidungen der Verwaltung annimmt. Es steht auf einem anderen Blatt und darf mit dem Problem der eingeschränkten Kontrolle von Ermessensakten nicht vermengt werden, daß die gerichtliche Überprüfung der Exekutive auf das beschränkt ist, „was einer Überprüfung an Rechtsmaßstäben wirklich zugänglich ist“,

*O. Bachof, JZ 1972, 641.*

und weiter daß die Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts von Prognosen abhängig sein kann, für die eine „Richtigkeit“ nur in Form der methodischen Gültigkeit zu finden ist. Dies alles heißt aber nicht, daß ein Gesetz oder eine sonstige Rechtsvorschrift allein wegen dieser Besonderheiten der Umschreibung der Ermächtigung und des Vollzugs der eingeräumten Ermächtigung der Behörde einen Entscheidungsspielraum ohne rechtlichen Inhalt und ohne verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit eröffnet. Für den Vollzug der §§ 12 a, 1 Abs. 1 BTO Elt ist demnach 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.

So aber VG München Urteil vom 15. 2. 1982 — M 634 III 81, M 2284 III 81.

Es kommt hinzu, daß das Gericht mit dem Hinweis auf wirtschaftspolitische Gesamtzusammenhänge zu Unrecht auf eine Fallgruppe aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anspielt, bei der nur eine eingeschränkte Kontrolldichte angenommen wurde; denn die rechtlichen Maßstäbe der Entscheidung über die Tarifgenehmigung orientieren die Beurteilung an der konkreten Versorgungsaufgabe des EVU, also an einer sachlich und gebietsmäßig eingegrenzten energiewirtschaftlichen Beurteilungsregel, und nicht an wirtschaftspolitischen Gesamtzusammenhängen.

Verwaltungsakte, die Rechte einzelner berühren, sind auch insoweit verwaltungsgerichtlich überprüfbar, als sie auf der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe beruhen, es sei denn, daß das Gesetz ausdrücklich oder implizit etwas anderes bestimmt.

Siehe z.B. BVerwGE 29, 279 — besoldungsrechtliche Eingruppierung; 40, 353 — „wichtiger Grund“ für eine Namensänderung; 45, 162 — Approbation eines Ausländers; 55, 250 — Genehmigung nach dem BImSchG. — Die Kritik, u. a. an der Geltung dieses Grundsatzes auch für Begriffe, deren Anwendung im Einzelfall eine Wertung einschließt (siehe *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, § 12 II 1 b), hat bisher nicht überzeugen können. Siehe dazu die neue Darstellung bei *H. Maurer*, Allgem. Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1982, § 7 Rn. 20 bis 35.

Die Beschneidung der gerichtlichen Kontrolle und damit des Rechtsschutzes ist an sich möglich; sie bedarf aber des Gesetzes und einer sachlichen Rechtfertigung. Soweit dadurch individuelle Rechte betroffen würden, insbes. die grundrechtlichen Abwehr- und Schutzrechte, ist der Spielraum des Gesetzgebers für derartige Regelungen sehr eng. Ungeachtet der grundsätzlich umfassenden Justiziabilität der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist die Grenze richterlicher Kognition zu beachten, die aus der von der Verwaltung vollzogenen Norm selbst herrührt und die den Richter aus Rechtsgründen daran hindert, selbst zur Planung und Zukunftsgestaltung überzugehen.

*K. Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757/761.

Über den eigentlichen Bereich der Ermessensentscheidungen (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO) hinaus hat die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts eine Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber der Verwaltung nur für Beurteilungsermächtigungen,

Prüfungsentscheidungen, Beurteilungen bestimmter sachverständiger Kollegialorgane, dienstliche Beurteilungen im Beamtenrecht (BVerwGE 29, 279/280; 39, 179; 39, 355).

für Planungsermächtigungen und für bestimmte wirtschaftslenkende Gestaltungsermächtigungen

BVerwG DVBl. 1972, 895 mit Anm. *K. Redeker*; BVerwG DVBl. 1979, 877 und 879 mit Anm. *P. Badura*, Jura 1980, 615.

anerkannt. Diese Fälle, in denen besondere Umstände es dem Gericht verbieten, seine Deutung des unbestimmten Begriffs an die Stelle derjenigen der Verwaltung zu setzen,

BVerwGE 40, 353/358.

lassen sich nicht verallgemeinern.

Siehe die zurückhaltende Beurteilung durch *H. Sandler*, WiVerw 1976, S. 2/21.

Die Auffassung, daß ein Beurteilungsspielraum bei Begriffen angenommen werden sollte, deren Anwendung wertende Prognosen voraussetzt, wenn diese Prognose nicht auf den konkreten Einzelfall, insbes. die Person des Adressaten eines Verwaltungsaktes, sondern auf politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Gesamtzusammenhänge ausgerichtet ist und sich deshalb zwangsläufig in erheblichem Maß der Beweisbarkeit entzieht,

*K. Redeker/H.-J. von Oertzen*, VwGO, 7. Aufl., 1981, § 114, RNr. 14.

ist in dieser Allgemeinheit von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt worden. Sie vernachlässigt den Unterschied zwischen einer prognoseabhängigen Sachverhaltsermittlung und der gesetzlichen Ermächtigung für die Behörde, bei der Entscheidung in einem umschriebenen Bereich planerischer oder sonstiger Gestaltung eine selbständige Regelbildung vorzunehmen.

Die Entscheidungsbefugnis der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf die Beurteilung der Preisbildungskriterien für die energierechtliche Tarifgenehmigung ist nicht der Fallgruppe zu vergleichen, in der die Gerichtspraxis einen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gestaltungsspielraum der Behörde respektiert hat. Bei dem Urteil zu § 8 Abs. 3 Mühlenstrukturgesetz — Erhöhung des Vermahlungsplafonds einer Mühle —

BVerwG DVBl. 1979, 877.

ist zu berücksichtigen, daß hier zum Vollzug dieses wirtschaftslenkenden Maßnahmerechts

Vgl. BVerfGE 25, 1/14 zum Mühlengesetz.

eine Ermessensermächtigung mit bestimmten normativen Richtlinien eingeräumt worden ist. Die Verwaltung hat — so das Gericht — durch Abwägen und Bewerten komplexer Zusammenhänge künftige Entwicklungen einzuschätzen und die versorgungs- und strukturpolitischen Entscheidungen des Mühlenstrukturgesetzes „weiterdenkend zu konkretisieren“ und so ein „wertendes Urteil mit prognostischem Einschlag“ zu treffen, „das eine ordnungs- und strukturpolitische Entscheidung enthält“. Die in der Ermächtigung enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe sollen demzufolge Zielsetzung, Programm und Abwägungsrichtlinien für die Erfüllung der administrativen Gestaltungsaufgabe festlegen. Weniger sicher läßt sich der hier angenommene Unterschied zwischen einer prognoseabhängigen Sachverhaltsermittlung und einer gesetzlichen Ermächtigung für die selbständige Regelbildung durch die Behörde in dem älteren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu § 12 Außenwirtschaftsgesetz

BVerwG DVBl. 1972, 695.

auffinden. Die Festsetzung einer internen Mengenbegrenzung bei genehmigungsbedürftiger Einfuhr kann danach vom Gericht nur auf Ermessensmängel nachgeprüft werden, soweit die wirtschaftspolitischen Erfordernisse maßgeblich sind. Es handle sich hier nicht nur um eine Entscheidung, die die Prüfung umfassender Statistiken und Rücksprachen mit den beteiligten Interessenverbänden erforderte, die von einem Sachverständigen kaum nachvollzogen werden könnten, sondern vor allem auch um eine Prognose für die Zukunft. Klarer tritt der Unterschied jedoch in der jüngsten einschlägigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ablehnung einer Kraftdroschkenegenehmigung wegen Bedrohung der Existenz des örtlichen Droschkengewerbes (§ 13 Abs. 3 PersBefG) hervor.

BVerwG NJW 1982, 1168.

Hier war die Rechtmäßigkeit einer zeitlich begrenzten Zulassungssperre („Beobachtungszeitraum“) zu beurteilen, welche die Behörde zur Bestimmung und Ermittlung der gesetzlichen Berufszulassungsschranke („Ruingrenze“) eingeschaltet hatte. Die Entscheidung über diese Zulassungsschranke und damit über die Frage, ob die Auswirkungen der vorausgegangenen Taxizulassungen geeignet sein könnten, die Existenz des örtlichen Gewerbes zu berühren, ist

eine Rechtsfrage. Einen Beurteilungsspielraum gesteht das Gericht jedoch der Behörde für die Frage zu, ob und gegebenenfalls wie lange zwingend abzuwarten sei, wie sich neu erteilte Genehmigungen auf die Existenz des örtlichen Droschkengewerbes auswirken, also ob und ggf. wie lange eine Beobachtungszeit einzuschieben sei.

Dies wird allerdings beiläufig gleichgesetzt mit der Frage, ob sich die Aufnahme-fähigkeit des örtlichen Kraftdroschkengewerbes auf eine genaue Zahl von Genehmigungen festlegen lasse.

Es handle sich insoweit — ähnlich wie in dem Fall zu § 8 Abs. 3 Satz 1 des Mühlenstrukturgesetzes — „um eine prognostische Entscheidung wertenden Charakters mit verkehrs- und wirtschaftspolitischen Einschlag, die vor allem zur Aufgabe der Verwaltung gehört und dieser ein Einschätzungsermessen einräumt. Eine derartige Entscheidung hat das Gericht (nur) daraufhin zu überprüfen, ob die Behörde den maßgebenden Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt sowie die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkannt hat und ob die Prognose über den möglichen Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung erkennbar fehlerhaft ist.“ Ungeachtet der zur Begründung benutzten Formulierungen, die auf einen allgemeinen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gestaltungsspielraum der Behörde deuten, wird auch in dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht schlechthin ein Beurteilungsspielraum beim Vollzug der Berufszulassungskriterien anerkannt. Das Gericht knüpft an den tatsächlich nicht vergleichbaren Fall des Mühlenrechts an, bei dem es nicht um eine berufsrechtliche Regelung, sondern um eine wirtschaftsrechtliche Gestaltungsermächtigung ging.

Bei den Beurteilungen, die für die Entscheidung über eine energierechtliche Tarifgenehmigung anzustellen sind, kommt es auf derartige allgemeine wirtschaftspolitische Einschätzungen und Wertungen nicht an. Trotz der gebotenen Berücksichtigung energiewirtschaftlicher Erfordernisse sind die Preisbildungsregeln des Tarifaufsichtsrechts im wesentlichen auf die Beurteilung der Gegebenheiten des konkreten Falles bezogen. Das EVU muß nachweisen, daß die begehrte Verbesserung seiner Erlöse im Hinblick auf die ihm gestellte konkrete Versorgungsaufgabe und in Anbetracht seiner gesamten Kosten- und Erlöslage

Die Tarifgenehmigung bezieht sich nur auf die Tarifkunden, Beurteilungsgrundlage ist jedoch die „gesamte“ Kosten- und Erlöslage, also auch diejenige im Bereich der Sondervertragskunden.

erforderlich ist. Selbst wenn man die normativ festgelegten Preisbildungsregeln als Richtlinien einer Abwägungsentscheidung ansehen würde, bliebe es dabei, daß die Auslegung und Anwendung dieser Regeln selbst Rechtsanwendung wäre und ohne Beurteilungsspielraum erfolgte.

BVerwGE 45, 309/322 ff. zu § 1 BBauG; BVerwG DVBl. 1981, 975 zur Entscheidung über die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausbedarfsplan nach dem Krankenhaussicherungsgesetz.

Demnach ist z. B. die Beurteilung der Frage, ob die Kosten für eine bestimmte 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. Eine gestaltende Abwägung der Preisbehörde könnte sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu gesetzlichen Beurteilungsermächtigungen nur auf etwa in Betracht zu ziehende wirtschaftliche Gesamtzusammenhänge beziehen. Derartige Belange werden von den einschlägigen Vorschriften aber gerade nicht als Maßstab der energierechtlichen Preisaufsicht aufgestellt. Bei der Auslegung und Anwendung der Begriffe einer „in Anbetracht seiner (sc. des EVU) gesamten Kosten- und Erlöslage“ erforderlichen Verbesserung der Erlöse, der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung, der konkreten Versorgungsaufgabe im Sinne der Erfordernisse einer „möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung“ und eines „ausgewogenen Tarifsystems“ — um nur die wichtigsten Kriterien zu nennen — besteht Gebundenheit und nicht Freiheit der Preisaufsichtsbehörde bei der Entscheidung über die beantragte Tarifgenehmigung.

### **III. Die Entscheidung über die beantragte Tarifgenehmigung**

Mit der Tarifgenehmigung entscheidet die Preisbehörde über die von dem EVU beantragten Anhebungen der Tarife und ihrer einzelnen Bestandteile. Die Anhebungen dürfen nur zugestanden werden, wenn die mit ihnen angestrebte Verbesserung der Erlöse nach den normativ vorgeschriebenen Preisbildungsregeln gerechtfertigt ist, insbes. in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage des EVU den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung Rechnung trägt. Ggf. sind die veranschlagten Kosten nach dem Maßstab der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung zu korrigieren und weiter ist zu überprüfen, ob die beantragte Anhebung den Erfordernissen eines ausgewogenen Tarifsystems im Sinne des § 1 Abs. 1 BTO Elt genügt. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf die beantragte Tarifierhebung gewährt werden, sie muß aber gewährt werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Die Behörde hat ihre Entscheidung aufgrund der Erklärungen und Nachweise des EVU und, soweit dafür ein Anlaß besteht, eigener Ermittlungen und Feststellungen zu treffen.

Dafür ob die Verbesserung der Erlöse, wie sie nach dem Maße der beantragten Tarifierhebung zu erreichen ist, erforderlich ist, bedarf es einer Ermittlung der Kosten- und Erlöslage des EVU im Hinblick auf den Zeitraum, für den die Verbesserung der Erlöse angestrebt wird. Abzustellen ist auf die „gesamte“ Kosten- und Erlöslage im Bereich der Stromerzeugung oder -beschaffung und

der Stromverteilung; denn nur so kann festgestellt werden, ob das EVU zukünftig seine konkrete Versorgungsaufgabe in der gesetzlich vorgesehenen Weise erfüllen kann. Dabei ist die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung anzuwenden.

Siehe oben unter A.II.2.

Bei den Rechnungsgrößen, für die eine feste und anerkannte betriebswirtschaftliche Qualifizierung besteht, darf die Preisbehörde für die Zwecke der Tarifgenehmigung fordern, daß in den Rechnungen des EVU diese Einordnung der fraglichen Rechnungsgröße vorgenommen wird. Ebenso darf das EVU auf Grund seines Anspruches auf Genehmigung einer durch die Preisbildungsregeln gedeckten Tarifierhebung verlangen, daß bei der Entscheidung über die Genehmigung feste und anerkannte Grundsätze und Beurteilungen des betriebswirtschaftlichen Rechnungswesens zugrundegelegt werden. Sind für einzelne Bestandteile der Rechnung mehrere Rechnungswege betriebswirtschaftlich akzeptabel, fällt es in die unternehmerische Handlungsfreiheit des EVU, sich für einen Rechnungsweg zu entscheiden; denn der geltendgemachte Anspruch des EVU auf Tarifierhebung besteht nur insoweit nicht, als dem ein aus den Aufsichtsmaßstäben ableitbarer Rechtsgrund entgegensteht. Die Behörde darf hier die unternehmerische Entscheidung des EVU nur beanstanden, wenn die verschiedenen betriebswirtschaftlich äquivalenten Rechnungswege energierechtlich nicht gleichwertig sind, der von dem EVU eingeschlagene Weg also den Anforderungen einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung nicht entspricht.

So läßt sich beispielsweise bei der kalkulatorischen Abschreibung von Anlagegütern betriebswirtschaftlich die Bruttomethode und die Nettomethode vertreten. Die Bruttomethode setzt abzuschreibende Sachanlagegüter undifferenziert entweder mit Tageswerten oder mit Wiederbereitstellungswerten an. Die Nettomethode bewertet abzuschreibende Sachanlagegüter differenziert, und zwar zu historischen Anschaffungs- oder Herstellwerten für ihre fremdfinanzierten Anteile und zu Tages- oder Wiederbereitstellungswerten für ihre eigenfinanzierten Anteile. Aus den für die Tarifgenehmigung maßgeblichen Preisbildungsregeln läßt sich nicht entnehmen, daß die eine oder die andere Methode für die Ermittlung der Kosten der EVU geboten ist. Führt das von dem EVU gewählte betriebswirtschaftliche Verfahren zu höheren Tarifen als sie von anderen EVU bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen angeboten werden, ist die preisrechtliche Korrektur nach § 12a Abs. 2 Nr. 2 in Verb. mit § 1 Abs. 1 Satz 3 BTO Elt möglich. Rechtlich kommt es allein darauf an, daß durch eine geeignete Abschreibungsmethode die zur Sicherung der Versorgungsaufgabe des EVU unabdingbare Substanzerhaltung der Anlagen gewährleistet ist, so daß in dem voraussichtlichen Zeitpunkt des Ersetzungsbedarfs die dann aufzubringenden Mittel zur Verfügung stehen.

So hält es z. B. *G. Rittstiegl*, Die Kostenentwicklung und Preisbildung der Stromversorgung in den achtziger Jahren, Elektrizitätswirtschaft 1981, 581, für richtig, bei den bestehenden Anlagen von den nominellen Anschaffungswerten auszugehen und für den aus Eigenkapital finanzierten Anteil der Anlagewerte eine

Substanzerhaltungsrücklage einschließlich anteiliger Steuer in die Durchschnittskosten einzurechnen; diese Rücklage soll den für diesen Teil der Anlagewerte durch die Eskalation der Baukosten eintretenden Substanzverlust ausgleichen und so die erforderlichen Bilanzrelationen aufrecht erhalten.- *W. Kern* setzt sich in dem Betriebswirtschaftlichen Gutachten Tz 199 ff. mit den Einwänden gegen die bisher herrschende Bruttomethode auseinander.

Über die Ermittlung der Kosten- und Erlöslage hinaus bedarf es für die Entscheidung über die begehrte Tarifgenehmigung der Prüfung, ob die aus der beantragten Tarifierhebung zu erwartende Erlösverbesserung nach den rechtlich vorgeschriebenen Kriterien erforderlich ist. Die „Erforderlichkeit“, der rechtliche Schlüsselpunkt der Entscheidung über die Genehmigung, bemißt sich danach, ob die Erlösverbesserung nach der konkreten Versorgungsaufgabe des EVU unumgänglich ist, um bei elektrizitätswirtschaftlich rationaler Betriebsführung eine sichere und kostengünstige Elektrizitätsversorgung zu gewährleisten. Der Regelfall ist dabei, daß die Erlösverbesserung zur Deckung von bei der bisherigen Kosten- und Erlöslage nicht zu deckenden „Mehrkosten“ angestrebt wird. Diese Mehrkosten werden zu einem Teil auf Aufwendungen zurückgehen, die durch das unternehmerische Verhalten des EVU nicht beeinflußt werden können, wie z. B. Preissteigerungen der benötigten Primärenergie. Zu einem anderen Teil werden diese Mehrkosten durch das unternehmerische Verhalten beeinflußt werden können oder sogar auf unternehmerische Entscheidungen des EVU, insbes. Investitionsentscheidungen, zurückgehen. In dieser zweiten Richtung wird die Genehmigungsvoraussetzung ein eigenes Gewicht erlangen müssen, daß eine Tarifierhebung durch Gründe gerechtfertigt ist, die sich aus dem Gebot einer — bei elektrizitätswirtschaftlich rationalen Betriebsführung — möglichst sicheren und kostengünstigen Versorgung unter den konkreten Bedingungen der Gebiets- und Lieferungsverhältnisse des antragstellenden EVU ableiten lassen. Die Beurteilung dieser Gründe setzt eine Prognose über die zukünftigen Erfordernisse der Leistungsfähigkeit des EVU und der Sicherung seiner konkreten Versorgungsaufgabe voraus.

Vom rechtlichen Standpunkt kommt es für die Frage, ob eine auf prognostischen Einschätzungen beruhende Verwaltungsentscheidung Bestand hat, grundsätzlich nur auf die methodische Gültigkeit, nicht aber auf die sachliche Richtigkeit der Prognose („ex post“) an.

Hierzu *P. Badura*, Gestaltungsspielraum und Prognoseverantwortung wirtschaftslenkender Verwaltung, Jura 1980, 615/616 mit den Nachweisen; *ders.*, Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, JA 1981, 33/35; *P. J. Tettinger*, Überlegungen zu einem administrativen „Prognosespielraum“, DVBl. 1982, 421.

Welche Prognosedaten entscheidungserheblich sind, ist eine Frage der Rechtsanwendung. Ein Beurteilungsspielraum der Behörde besteht hier nicht allein deswegen, weil die Rechtsanwendung prognostischer Einschätzungen bedarf, es sei denn daß ausnahmsweise beim Vollzug der einschlägigen Rechtsvorschriften ein wirtschaftslenkender Gestaltungsspielraum eingeräumt ist. Bei

den energierechtlichen Bestimmungen über die Tarifgenehmigung ist das nicht der Fall.

Siehe oben unter C. II.

Die Prognosedaten selbst sind Gegenstand der Sachverhaltsermittlung durch die Behörde. Soweit es sich um vorhandene Gegebenheiten und erkennbare Umstände der weiteren Entwicklung handelt, liegt ein Sachverhalt vor, der vollständig und richtig zu ermitteln und in die Entscheidung einzubringen ist. Soweit es sich dagegen um zukünftige und ungewisse Umstände und Entwicklungen handelt, ist eine sachgerechte Abwägung und sachverständig zu unterstützende Entscheidung auf der Grundlage einer Einschätzung nötig, die den Grundsätzen einer gültigen Prognose entspricht. Eine Prognose ist gültig, wenn sie auf Tatsachen aufbaut und unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch einwandfreien Weise erarbeitet worden ist.

Siehe u. a. BVerwGE 56, 110/121.

Daß eine administrative Prognose nur beschränkt — nämlich grundsätzlich nicht auf ihre sachliche Richtigkeit — gerichtlich nachprüfbar ist, folgt aus den für jedermann bestehenden begrenzten Einschätzungsmöglichkeiten für zukünftige Entwicklungen, nicht aus einer Wahlmöglichkeit der Verwaltung innerhalb eines Einschätzungsspielraums. Soweit nach den materiellrechtlichen Entscheidungsvoraussetzungen eine Sachverhaltsermittlung einschließlich einer Prognose notwendig ist, um die Entscheidung, hier über die beantragte Tarifgenehmigung, zu treffen, ist es Sache und Verantwortung der Behörde, die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und die entscheidungserheblichen Feststellungen auszusprechen und zu belegen.

Ob die aus der beantragten Tarifierhebung zu erwartende Erlösverbesserung nach den rechtlich vorgeschriebenen Preisbildungsregeln erforderlich ist, ist für den Zeitraum zu prüfen, der mit dem Zeitpunkt beginnt, von dem ab nach dem Antrag des EVU die Tarifierhebung erfolgen soll. Für diesen Zeitraum muß die Erlösverbesserung „in Anbetracht“ der „gesamten Kosten- und Erlöslage“ des EVU erforderlich sein. Um eine Beurteilung zu ermöglichen, kann eine Betrachtung der Kosten und Erlöse für den dreijährigen Referenzzeitraum des abgelaufenen, laufenden und bevorstehenden Geschäftsjahres notwendig sein, wie in der „Arbeitsanleitung“ vorgesehen.

Siehe oben unter A. II. 1.

Dies darf jedoch nicht bedeuten, daß der kalkulatorische oder der bilanzmäßige Erfolg des abgelaufenen Geschäftsjahres oder noch weiter zurückliegender Zeiträume als Beurteilungskriterium für die Kosten- und Erlöslage in dem für die Entscheidung über die Tarifierhebung allein maßgeblichen Zeitraum benutzt wird. Diese Handhabung würde dem Grundsatz der Periodizität und Kontinuität des Bilanzierens und der Kostenrechnung widersprechen.

Soweit Überschüsse oder Gewinne in vorangegangenen Perioden verwendet worden sind, z. B. für Dividendenzahlung, kann nicht später eine rückwir-

kende Andersbewertung dieser Verwendung erfolgen. Frühere Überschüsse oder Gewinne des EVU könnten nur ins Gewicht fallen, soweit sie im für die Tarifgenehmigung maßgeblichen Zeitraum für eine Reduzierung der angestrebten Erlösverbesserung verfügbar wären, z.B. durch Auflösung von Rücklagen, nicht aber soweit sie in den früheren Geschäftsjahren planmäßig verwendet worden sind.

Die Tarifgenehmigung ist zu befristen und mit einem Vorbehalt des Widerrufs zu versehen; sie kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden. Ist vor Ablauf der Frist eine neue Genehmigung beantragt, so können bis zur Entscheidung über den Antrag die zuletzt genehmigten Tarife beibehalten werden (§ 12a Abs. 4 BTO Elt). Die danach obligatorischen Nebenbestimmungen der Befristung und des Widerrufsvorbehalts erlauben der Preisbehörde eine Anpassung der Tarife an Änderungen der Verhältnisse, die bei der Tarifgenehmigung zugrundegelegt wurden. Beide Nebenbestimmungen schließen die Möglichkeit ein, daß mangels eines neuen Antrages und einer neuen antragsabhängigen Tarifgenehmigung die reguläre Geltungsdauer der erteilten Tarifgenehmigung endet, ohne daß zu diesem Zeitpunkt eine neue Tarifgenehmigung wirksam ist. Diese Sachlage wird in § 12a Abs. 4 Satz 2 BTO Elt nur für den Fall ausdrücklich geregelt, daß vor Ablauf der Befristung eine neue Genehmigung von dem EVU beantragt worden war. Die Rechtsfolge muß jedoch auf Grund der bei Tarifpflicht allgemein bestehenden Grundsätze der Tarifklarheit und der Tarifkontinuität (Lückenlosigkeit der Tarifgeltung) als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens angesehen werden, ebenso wie die Regelung, daß Tarifierhöhungen nicht nachträglich und rückwirkend zum Inhalt der privatrechtlichen Versorgungsverträge gemacht werden können (§§ 6 Abs. 1 EnWG, 4 Abs. 2 AVBEltV).

*Vgl. Eiser/Riederer/Oberholte/Danner a. a. O. III 134k; G. Fromm, Nochmals: Zur Zulässigkeit, die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt unter einer auflösenden Bedingung zu erteilen, RdE 1982, 22.— Aus demselben Grunde sind vorläufige oder einstweilige Tarifgenehmigungen nicht zulässig (BayVGH Beschl. vom 2. 4. 1981 oben unter A. I. 1; Eiser/Riederer/Oberholte/Danner a. a. O. III 134j).*

Der Widerrufsvorbehalt gibt der Preisbehörde das Mittel an die Hand, die Tarife nach den Preisbildungsregeln der BTO Elt auch ohne Antrag des EVU wirtschaftlich zu gestalten. Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts besteht im — vorzeitigen und von Amts wegen erfolgenden — Erlass einer neuen Tarifgenehmigung; die vorherige Anhörung des EVU ist geboten (§ 28 VwVfG).

Die Genehmigungsbehörde ist nach § 12a Abs. 4 BTO Elt befugt, die Genehmigung durch obligatorische — Befristung, Widerrufsvorbehalt — und fakultative — Bedingungen, Auflagen — Nebenbestimmungen einzuschränken. Für die Beifügung der Nebenbestimmungen gelten die allgemeinen Vorschriften des Landesverwaltungsverfahrensrechts (§ 1 Abs. 3 und Abs. 2 VwVfG). Ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, darf mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des

Verwaltungsaktes erfüllt werden. Eine Nebenbestimmung darf dem Zweck des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen (§ 36 Abs. 1 und 3 VwVfG).

Hierzu die Kommentierungen zu § 36 VwVfG in den Kommentaren von *P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt*, 1978, *H. J. Knack*, 2. Aufl., 1982, und *H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski*, 2. Aufl., 1982, sowie die jüngste monographische Behandlung in dem Aufsatz von *W. Mößle*, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen im Planungsrecht und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, BayVBl. 1982, 193.

Bedingungen und Auflagen dürfen demzufolge der Tarifgenehmigung nur nach denselben Entscheidungsregeln beigelegt werden, die überhaupt für die Erteilung oder Versagung der Tarifgenehmigung gelten. Auch mit Hilfe von Nebenbestimmungen darf nicht etwa eine laufende Verhaltens- oder Preiskontrolle der EVU oder sonst eine weitergehende Beaufsichtigung des unternehmerischen Verhaltens eingerichtet werden, als in dem Aufsichtswerkzeug „Tarifgenehmigung“ enthalten. Die scharfe Beschränkung durch Befristung und Widerrufsvorbehalt trägt hinreichend dem Bedürfnis Rechnung, erheblichen Änderungen der für die Tarife wesentlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Neben diesem so gewiesenen Weg der Berücksichtigung von Änderungen erheblicher Umstände, z. B. der Preise für Sondervertragskunden, deren Höhe ein berücksichtigungsbedürftiger Umstand bei der Beurteilung der gesamten Kosten- und Erlöslage des EVU ist, scheidet die zusätzliche Beschränkung durch Bedingungen oder Auflagen aus, um auch dadurch die Tarife unter dauernder Aufsicht zu halten. Eine der Tarifgenehmigung beigegebene auflösende Bedingung für den Fall, daß während der Wirksamkeit der Tarifgenehmigung die Preise für die Sondervertragskunden verändert, insbes. erhöht, werden, verstößt gegen § 12a BTO Elt in Verbindung mit § 36 Abs. 1 und 3 VwVfG.

Dazu *U. Büdenbender*, Ist es zulässig, die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt unter der auflösenden Bedingung zu erteilen, daß Preise für Sondervertragskunden in dem Geltungszeitraum der Genehmigung nicht erhöht werden? RdE 1981, 170; *ders.*, Energierecht a. a. O., S. 140f.; *D. Braun*, Unzulässigkeit auflösender Bedingungen in Tarifpreisgenehmigungen, ET 1982, 238; *G. Fromm*, Nochmals: Zur Zulässigkeit, die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt unter einer auflösenden Bedingung zu erteilen, RdE 1982, 22; *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. III 134k 1 f.

Das gilt auch dann, wenn in die auflösende Bedingung zusätzlich die Bestimmung aufgenommen wird, daß für den Fall des Eintritts der Bedingung die der bedingten Tarifgenehmigung vorausgegangene Tarifgenehmigung gelte.

Gegen *F. E. Bucker*, Zulässigkeit von auflösenden Bedingungen bei Tarifgenehmigungen nach § 12a BTO Elt, RdE 1982, 74.

Um eine — vorzeitige — Anpassung der Tarifgenehmigung an geänderte Verhältnisse zu ermöglichen, sieht § 12 Abs. 4 BTO Elt den Widerrufsvorbehalt als obligatorische Nebenbestimmung vor. Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts kann ebenso wie die Feststellung der Preisbehörde, die Bedingung sei eingetreten, zu einem Rechtsstreit und demzufolge zu Ungewißheit führen.

Deshalb muß aus dem speziellen Gebot der Tarifklarheit und dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Auswahlermessen der Behörde hinsichtlich verschiedener an sich möglicher Nebenbestimmungen ist dadurch eingeschränkt (vgl. *H. Meyer/H. Borgs* a. a. O. § 36 RNr. 34).

geschlossen werden, daß eine derartige auflösende Bedingung nicht zulässig ist. Der Widerrufsvorbehalt ist in Anbetracht der rechtlichen Ordnung der Lieferbeziehungen zwischen EVU und Abnehmer im Gegensatz zu einer auflösenden Bedingung eine verhältnismäßige Eingriffsmöglichkeit, wenn bedacht wird, daß auch ein teilweiser Widerruf der Tarifgenehmigung rechtlich möglich ist (vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) und daß die Ausübung des Widerrufsvorbehalts denselben Voraussetzungen unterliegt, wie überhaupt die Entscheidung über die Tarifgenehmigung einschließlich der fakultativen Nebenbestimmungen. Soweit die Eingriffsbefugnis der Preisbehörde auf die Entscheidung über die Tarifgenehmigung und die obligatorischen Nebenbestimmungen verwiesen ist, steht es nicht im Ermessen der Preisbehörde, zum Schutz dieser Verwaltungszwecke Bedingungen oder Auflagen auszusprechen.

Die Entscheidung über die beantragte Tarifgenehmigung, mit der die Behörde darüber befindet, ob der geltendgemachte Anspruch des EVU auf die Genehmigung besteht und ob die Änderung der Tarifpreise (Tarifanhebung) nach öffentlicher Bekanntgabe zu dem vorgesehenen Zeitpunkt wirksam wird, ist durch die hierüber bestehenden Rechtsvorschriften an verschiedene Voraussetzungen gebunden worden. Auch wenn diese Kriterien im einzelnen zu Zweifeln Anlaß geben können und durch Überschneidungen in ihrer Architektur etwas verwinkelt sind, so ist der Wille des Normgebers darin eindeutig, daß nicht durch eine Generalklausel und nicht nach Ermessen über beantragte Tarifanhebungen abgeprochen werden darf. Die Behörde hat auf die verschiedenen Teilziele und auf die Verschiedenheit der Teilziele Bedacht zu nehmen, die normativ zu Preisbildungsregeln für die allgemeinen Tarife der EVU ausgestaltet sind. Dieser Eigenart der Genehmigungsvoraussetzungen darf sich die Behörde nicht durch Beurteilungen und Entscheidungen entziehen, die sich nur oder zuerst an der Marge der beantragten oder von der Behörde für wünschenswert gehaltenen Tarifanhebung orientieren, statt den Antrag sachlich nach den rechtlichen Kriterien zu prüfen und zu verbescheiden. Ein derartiges Vorgehen oder sonstige Handhabungen, die lediglich pauschal urteilen, leiden nicht nur an einer vielleicht verfahrensrechtlich nicht genügenden Begründung, sondern an einem sachlichen Rechtsmangel. Es ist letzten Endes ein Gebot rechtsstaatlichen Verwaltens, die normativen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns im Einzelfall mit der Differenziertheit und der sachlichen Zwecksetzung zur Geltung zu bringen, die dem Inhalt der Verwaltungsnorm entspricht. Anders müßte die Ausübung öffentlicher Verwaltung auch die Berechenbarkeit verlieren, auf die der Verwaltungsunterworfenen einen Anspruch hat.

## IV. Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

### 1. Untersuchungsgrundsatz und Nachweispflicht der EVU

Die Entscheidung über den Antrag des EVU, die Anhebung der Tarife zu genehmigen, setzt voraus, daß die Behörde den entscheidungserheblichen Sachverhalt feststellt. Dazu gehört als ein Vorgang der Rechtsanwendung die Abgrenzung des Tatbestandes, d. h. der Gesichtspunkte, die nach den einschlägigen Rechtsvorschriften abstrakt zur Entscheidungsfindung erheblich sind. Dazu gehört weiter die Ermittlung der für die Entscheidungsfindung erheblichen Tatsachen und Gegebenheiten und die Beurteilung, welche konkreten Umstände die normativen Tatbestandsmerkmale erfüllen. Die Ermittlung des Sachverhalts, d. h. der konkret für die Entscheidungsfindung erheblichen Tatsachen und Gegebenheiten, folgt im Verwaltungsverfahren dem Untersuchungsgrundsatz.

Nach dem Untersuchungsgrundsatz gilt (§ 24 Abs. 1 und 2 VwVfG): Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen. Der Untersuchungsgrundsatz legt der Behörde eine — nach dem Maß des materiellrechtlich Erheblichen — umfassende Ermittlungspflicht auf. Für die Entscheidungsfindung überflüssige Ermittlungen, solche Ermittlungen also, die für die Erforschung des Sachverhalts keine Bedeutung haben können, stehen mit dem Grundsatz in Widerspruch, daß das Verwaltungsverfahren einfach und zweckmäßig durchzuführen ist (§ 10 Satz 2 VwVfG); sie haben zu unterbleiben.

*C. H. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl., 1979, S. 115;  
*H. J. Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, § 24, RNr. 3. 1.

Hat ein Beteiligter, z. B. der Antragsteller, zum Sachverhalt gehörige Umstände vorgetragen, kommen eigene Ermittlungen der Behörde nur in Betracht, wenn Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit des Sachvortrages möglich sind. Entfernten oder nur abstrakten Möglichkeiten ist nicht nachzugehen. Unter diesen Prämissen darf die Behörde das Vorbringen des Antragstellers als wahr unterstellen.

*H. J. Knack* a. a. O., § 24, RNrn. 3 und 3. 2; *H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, § 24 RNrn. 4 und 5.— Zu den Grenzen der Wahrunterstellung bei Planungsentscheidungen: BVerwG DVBl. 1980, 999.

Wird das Verwaltungsverfahren im Hinblick auf einen vom Antragsteller begehrten begünstigenden Verwaltungsakt durchgeführt, werden auf der Grundlage des einschlägigen materiellen Rechts Art und Umfang der behördlichen Ermittlungen entsprechend der Dispositionsmaxime durch den mit dem An-

trag geltend gemachten Anspruch bestimmt. Die Behörde darf dem Antrag auf Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsaktes nur stattgeben, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß des Verwaltungsaktes nach den allgemeinen Regeln der Sachverhaltsermittlung vorliegen, wenn also der mit dem Antrag geltendgemachte Anspruch besteht.

*P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1978, § 24, RNr. 13; *C. H. Ule/H.-W. Laubinger* a. a. O., S. 143.

Entsprechend dem Untersuchungsgrundsatz hat die Behörde auch bei begünstigenden Verwaltungsakten die Verantwortung für die Richtigkeit der Entscheidung zugrundezulegenden Sachverhalts. Dazu gehören alle für die Entscheidungsfindung erheblichen Umstände und tatsächlichen Beurteilungen, wie z. B. prognostische Einschätzungen. Hier wie sonst erlaubt und erzwingt der Untersuchungsgrundsatz angesichts eines Sachvortrags des Antragstellers eine eigene Ermittlung der Behörde nur dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Angaben des Antragstellers auf Zweifel stoßen können.

Eine Beweisführungslast ist mit dem Untersuchungsgrundsatz unvereinbar.

*P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt* a. a. O., § 24 RNr. 15; *C. H. Ule/H.-W. Laubinger* a. a. O., S. 143.

Bleibt jedoch ein für die Entscheidung erheblicher Umstand trotz Ausschöpfung der erreichbaren Erkenntnismöglichkeiten und Beweismittel ungewiß, muß diese Ungewißheit entsprechend den materiellrechtlichen Entscheidungsgrundlagen und nach der Bedeutung des ungewiß bleibenden Umstandes die Entscheidung beeinflussen. Dies ist eine Frage der materiellen Beweislast, die wegen des möglicherweise folgenden Verwaltungsprozesses im Verwaltungsverfahren allerdings ein geringeres praktisches Gewicht hat.

*W. Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 278 ff.; *P. Badura*, Das Verwaltungsverfahren, in: *H.-U. Erichsen/W. Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, S. 301/325.

Für die materielle Beweislast ist als Grundsatz festzuhalten, daß die Folgen der Ungewißheit einer Tatsache derjenige trägt, der aus der Tatsache eine für ihn günstige Rechtsfolge ableiten will. Im Falle eines Antrages auf einen begünstigenden Verwaltungsakt trägt der Antragsteller die Beweislast für die Tatsachen, die materiellrechtlich Voraussetzung des Erlasses des Verwaltungsaktes sind, die Behörde dagegen die Beweislast für solche Tatsachen, die aus besonderen Gründen die Entstehung des Anspruches hindern.

*P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt* a. a. O., § 24, RNr. 16; *C. H. Ule/H.-W. Laubinger* a. a. O., S. 144; *H. J. Knack* a. a. O., § 24, RNr. 4; *H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski* a. a. O., § 24, RNr. 2.

Beispielsweise ist im Falle des Anspruches eines EVU auf die Genehmigung einer Tarifierhebung zum anspruchsbegründenden Sachverhalt zu rechnen, daß die der begehrten Tarifierhebung entsprechende Verbesserung der Erlöse in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage des Unternehmens erforderlich ist und den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kosten-

günstigen Elektrizitätsversorgung Rechnung trägt, ist dagegen ein möglicher anspruchshindernder Umstand, daß die Betriebsführung im ganzen oder in einzelnen Hinsichten elektrizitätswirtschaftlich nicht rationell ist und deswegen die Berücksichtigung von Kosten nicht zuläßt. Die Behörde darf deshalb ohne zureichende Anhaltspunkte nicht von vornherein umfassende Darlegungen und Nachweise dafür verlangen, daß das EVU einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung folgt. Sie darf andererseits eigene Ermittlungen und Begutachtungen anstellen, wenn Zweifel an prognostischen Angaben oder Einschätzungen des EVU möglich sind, die sich auf die Erforderlichkeit der Erlösverbesserung oder die Sicherheit der Elektrizitätsversorgung beziehen.

Ungeachtet der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren obliegen den Verfahrensbeteiligten Mitwirkungspflichten im Hinblick auf die Ermittlung des Sachverhalts. Als allgemeine Regel dafür ergibt sich aus dem Verwaltungsverfahrenrecht, daß die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken sollen und daß sie insbes. ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben sollen (§ 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 VwVfG). Der Sache nach handelt es sich um eine Mitwirkungslast. Die Ermittlungspflicht der Behörde endet, wo der Beteiligte seiner Pflicht zur Mitwirkung nicht nachkommt und insbes. die allein ihm zugänglichen Tatsachen nicht angibt oder Beweismittel nicht benennt. Auch ein nur unsubstantiiertes Vorbringen etwa des Antragstellers zwingt die Behörde nicht zu weiteren Ermittlungen; ggf. wird allerdings eine detaillierte Aufforderung zu genauerem Aufschluß in Betracht kommen, wenn die mangelnde Mitwirkung in nicht zu vertretender Unkenntnis seinen Grund hat (vgl. § 26 VwVfG).

*P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt a. a. O., § 26, RNR. 11; H. J. Knack a. a. O., § 24, RNR. 4. 2; H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski a. a. O., § 26, RNR. 7.*

Über diese allgemeine Mitwirkungslast hinaus kann durch Rechtsvorschrift eine weitergehende Auskunfts- oder Nachweispflicht angeordnet sein. Die rechtliche Bedeutung von Vorschriften, in denen einem Beteiligten abverlangt wird, etwas „nachzuweisen“, kann verschieden sein. Es ist damit nicht notwendig eine Einschränkung der Ermittlungspflicht der Behörde geregelt, je nach dem Regelungszusammenhang kann damit auch nur die ohnehin bestehende Mitwirkungslast bekräftigt oder auf die materielle Beweislast bei begünstigenden Verwaltungsakten hingewiesen werden.

Hierzu näher *W. Berg a. a. O., S. 250ff., bes. S. 253.*

Im Falle der energiepreisrechtlichen Tarifgenehmigung ist zu beachten, daß nach dem Wortlaut des § 12a Abs. 2 BTO Elt das EVU die Erforderlichkeit der beantragten Erlösverbesserung in Sinne des § 12a Abs. 2 Nr. 1 „nachweisen“ muß, während für die — mit den Kriterien des § 12a Abs. 2 Nr. 1 sich zum Teil überschneidenden — Genehmigungsvoraussetzungen des § 12a Abs. 2 Nr. 2 gilt, daß die beantragte Tarifanhebung ihnen Rechnung tragen muß. Diese Architektonik der normativen Preisbildungsregeln ist nur zu verstehen, wenn als ihr Grund erkannt wird, daß die Tarifgenehmigung ein mit-

wirkungsbedürftiger Verwaltungsakt ist, auf den das antragstellende EVU unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch hat. Bei einem derartigen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt trifft den Begünstigten die Last, die Umstände und Beweismittel anzugeben, die den ihm günstigen Tatbestand der Norm als bestehend erweisen.

Siehe die Übersicht bei *Hans J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 48.

Soweit diese Mitwirkungs- und Nachweislast des Antragstellers reicht, ist es nicht Sache der Behörde, Ermittlungen anzustellen.

Ein der Nachweislast des § 12a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt vergleichbarer Fall ist die Bestimmung des § 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG, wonach die Behörde eine nachträgliche Anordnung gegenüber einer genehmigten lästigen Anlage nicht treffen darf, wenn „die ihr bekannten Tatsachen“ ergeben, daß die Anordnung für den Betreiber und für Anlagen der von ihm betriebenen Art wirtschaftlich nicht vertretbar oder nach dem Stand der Technik nicht erfüllbar ist; dazu *W. Hoppe*, Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Rahmen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, 1977, bes. S. 133 ff.; *D. Sellner*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 1978, RNr. 442.

Der Verpflichtung, einen unklaren, zweifelhaften oder unvollständigen Sachvortrag durch eigene Aufklärung und Ermittlung entscheidungsreif zu machen, und der Verantwortung dafür, daß die getroffene Entscheidung auf einem richtig und vollständig ermittelten Sachverhalt beruht, wird die Behörde dadurch nicht enthoben. Die verfahrensrechtliche Regelung einer ausdrücklichen Nachweislast des Antragstellers schränkt den Untersuchungsgrundsatz nicht ein. Selbst wenn der Antragsteller — wie im Fall des § 12a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt — den geforderten Nachweis schuldig bleibt, wird dadurch die Behörde ihrer nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden Ermittlungspflicht nicht ledig.

*C. H. Ule/H.-W. Laubinger* a. a. O., S. 116; *W. Berg* a. a. O., S. 253.

Die aus § 12a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt ableitbare Verstärkung der Mitwirkungs- last für die in dieser Bestimmung genannten Umstände als Voraussetzung des Genehmigungsanspruches des EVU

Zur allgemeinen energierechtlichen Auskunftspflicht der EVU siehe § 3 EnWG. ändert die allgemeinen Verfahrensregeln nicht, die aus dem kraft Gesetzes geltenden Untersuchungsgrundsatz hervorgehen. Ihrer spezifischen Zweckbestimmung nach betrifft diese Nachweislast diejenigen für die Entscheidung über die Tarifgenehmigung erheblichen Umstände, die in den unternehmerischen und betrieblichen Verhältnissen des antragstellenden EVU begründet sind. Diese Umstände hat das EVU mit dem Antrag oder im Verlaufe des Verfahrens darzutun und nötigenfalls zu belegen, wenn es eine ihm günstige Entscheidung erreichen will.

Siehe VG Minden Urteil vom 3. 12. 1981 — 2 K 558/80.

Es nicht Sache der Behörde, ohne entsprechende Behauptungen und Angaben des EVU von ihr aus Ermittlungen über die Erforderlichkeit der angestrebten

Verbesserung der Erlöse des EVU anzustellen. Soweit jedoch das EVU die zur Anspruchsbegründung notwendigen Behauptungen aufstellt und Angaben beibringt, muß bei greifbaren Zweifeln die Behörde in die gebotenen Ermittlungen eintreten, wobei sie auch von der das EVU treffenden Mitwirkungslast Gebrauch machen darf.

## 2. Begründung der Genehmigungsentscheidung

Der Bescheid, mit dem die Behörde über den Antrag des EVU auf Genehmigung der Tarifierhebung entscheidet, muß eine Begründung aufweisen, die den Anforderungen des Verwaltungsverfahrensrechts (§ 39 VwVfG) standhält. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, soweit die Behörde dem Antrag nicht entspricht, es sei denn, dem EVU ist die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne die Begründung ohne weiteres erkennbar. Für den Begründungszwang und für den gebotenen Inhalt und Umfang der Begründung eines Verwaltungsaktes sind die rechtsstaatlichen Ziele des rechtlich geordneten Verwaltungsverfahrens und des hinreichenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes der leitende Maßstab. Durch die Begründung eines Bescheids wird die Behörde dazu veranlaßt, die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes sorgfältig zu prüfen. Der Betroffene wird durch die Begründung in die Lage versetzt, Inhalt und Tragweite der Entscheidung zu erkennen und die von der Behörde zugrunde gelegten Feststellungen und Erwägungen auf ihre Stichhaltigkeit zu kontrollieren. Der Verfahrensfehler einer mangelnden oder mangelhaften Begründung kann im Widerspruchsverfahren geheilt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 VwVfG); noch im Verwaltungsprozeß kann die Begründung im Rahmen des zulässigen „Nachschiebens von Gründen“ ergänzt werden.

Näher *P. Badura*, *Verwaltungsverfahren a. a. O.*, S. 342 ff.

Von der verfahrensrechtlich gebotenen Begründung ist die sachliche Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidung und demnach die inhaltliche Richtigkeit der gegebenen Begründung zu unterscheiden. Materiell entscheidend ist, daß die Behörde die normativen Bedingungen ihres Handelns richtig und vollständig beachtet hat. Das ist ein Vorgang der Rechtsanwendung, der ggf. gerichtlich nachgeprüft werden kann. Die Begründung muß hierzu die „wesentlichen“ Gründe mitteilen, nicht alle erwogenen Gründe und nicht alle in Betracht kommenden Gründe. Es kommt auf die Erwägungen an, die die Entscheidung tragen. Die Behörde muß sich nicht ausdrücklich mit allen in Betracht kommenden Umständen und Einzelüberlegungen auseinandersetzen.

*C. H. Ute/H.-W. Laubinger a. a. O.*, S. 254; *H. J. Knack a. a. O.*, § 39, RNr. 6.1.

Der Betroffene muß sich jedoch von den Entscheidungsgrundlagen ein für die Wahrung seiner Rechte hinreichendes Bild machen können. Ist die Rechtslage zweifelhaft oder der für die Entscheidungsfindung erhebliche Sachverhalt komplex, muß dem die Begründung Rechnung tragen. Die mögliche Klarheit ist schon im Verwaltungsverfahren zu erreichen und nicht erst dem Verwaltungsprozeß vorzubehalten. Je nach Sachlage kann zu den in die Begründung aufzunehmenden Umständen auch gehören, die Kriterien und Erwägungen mitzuteilen, die zur Feststellung von Tatsachen hingeführt haben.

*P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt a. a. O., § 39, RNr. 13.*

Diese Anforderung hat besonderes Gewicht, wenn im Verfahren Meinungsverschiedenheiten über methodische und fachliche Fragen vorangegangen sind, deren Beurteilung dann in die Entscheidung Eingang gefunden hat. Dieser Gesichtspunkt hat im Falle der energierechtlichen Tarifgenehmigung vor allem Bedeutung für die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung und für prognostische Einschätzungen über die Entwicklung der Kosten und Erlöse und der energiewirtschaftlichen Basisdaten.

### *3. Rechtsschutzziel des mit dem Genehmigungsantrag nicht oder nicht vollständig erfolgreichen EVU*

Die prozeßrechtlich richtige Form des Vorgehens eines EVU, wenn der Antrag auf Genehmigung einer Tarifierhebung ganz oder teilweise abgelehnt wird, richtet sich nach der materiellrechtlichen Gestaltung der streitbefangenen Rechtsbeziehungen zwischen dem klagenden Unternehmen und der beklagten Verwaltung. Nach den Vorschriften des Tarifaufsichtsrechts bedeutet die Genehmigungspflichtigkeit von Tarifierhebungen, daß das EVU im Rahmen der privatrechtlichen Beziehungen zu den Stromabnehmern nur die Preise fordern darf, die preisaufsichtlich genehmigt und in der vorgesehenen Weise öffentlich bekanntgegeben worden sind (§ 6 Abs. 1 EnWG, §§ 1, 2, 12a BTO Elt, § 4 Abs. 2 AVBElt). Aus diesen Vorschriften und aus der durch diese Vorschriften der Tarifgenehmigung beigelegten privatrechtsgestaltenden Wirkung für die Versorgungsverträge ergibt sich, daß eine Tarifierhebung jeweils nur für die Zukunft eingeführt werden kann, so daß das EVU rechtlich nicht in der Lage ist, eine Strompreiserhöhung rückwirkend zum Inhalt der Versorgungsverträge zu machen.

Dazu BayVGH Beschluß vom 2. 4. 1981 — Nr. 22 CE 81 A. 396; VG Minden Urteil vom 3. 12. 1981 — 2 K 558/80; *G. Staudigel*, Tarifpreiserhöhung durch einstweilige Anordnung, RdE 1981, 78; *U. Büdenbender*, Energierecht a. a. O., S. 141 f.

Das EVU hat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die beantragte Tarifgenehmigung, wenn die begehrte Tarifierhebung den normativen Preisbildungsregeln entspricht (§ 7 Abs. 1 EnWG, § 12a in Verb. mit § 1 Abs. 1 BTO Elt). Die Tarifgenehmigung ist zu befristen, gesteht somit dem EVU die Tarifierhebung stets nur für einen bestimmten Zeitabschnitt zu. Für den Anfangs-

termin der Tarifgenehmigung wird das EVU regelmäßig in dem Antrag ein bestimmtes Datum angeben und damit beantragen; davon kann die Behörde nur abweichen, wenn dazu materiellrechtlich ein Grund besteht, oder wenn eine rechtzeitige Entscheidung aus zwingenden Verfahrenserfordernissen nicht möglich ist. Der Endtermin darf in den Grenzen des Genehmigungszwecks nach Ermessen festgelegt werden. Die Befristung der Tarifgenehmigung (siehe § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) hindert nicht, daß während ihrer Geltungsdauer bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage eine neue Tarifgenehmigung auch mit einem Anfangstermin innerhalb des von der bestehenden Tarifgenehmigung erfaßten Zeitraums beantragt wird, oder daß die Behörde in Ausübung des obligatorisch der Tarifgenehmigung beigefügten Widerrufsvorbehalts eine ebensolche neue Tarifgenehmigung erläßt. Wird die Tarifgenehmigung nicht, wie beantragt, erteilt, findet das EVU Rechtsschutz durch Einlegung des Widerspruchs (§§ 68 ff. VwGO) — soweit nicht die Tarifgenehmigung von der obersten Landesbehörde zu erteilen ist — und bei dessen Erfolglosigkeit, durch die verwaltungsgerichtliche Klage. Da das EVU mit seinem Angriff gegen die Entscheidung über die Tarifgenehmigung einen öffentlich-rechtlichen Anspruch geltend macht, ist die Verpflichtungsklage statthaft (§§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 4 VwGO). Prozeßrechtlich schließt die Verpflichtungsklage hinsichtlich des „abgelehnten Verwaltungsaktes“ ein unselbständiges Aufhebungsbegehren ein.

BVerwGE 25, 357.

Die Verpflichtungsklage kann mit dem Antrag auf einen Verpflichtungsauspruch nur erfolgreich sein, wenn die Sache „spruchreif“ ist (§ 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO). Nur bei dieser Voraussetzung spricht das Gericht bei Erfolg der Klage aus, daß die beklagte Verwaltung verpflichtet ist, den begehrten Verwaltungsakt, wie beantragt, zu erteilen. Andernfalls, d. h., wenn die Sache nicht spruchreif ist, kann die Verpflichtungsklage nur mit einem Bescheidungsanspruch begründet sein (§ 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO). In dieser Lage spricht das Gericht bei Erfolg der Klage aus, daß der Kläger unter Beachtung der in dem Urteil niedergelegten Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden ist; der als fehlerhaft erkannte ablehnende Verwaltungsakt wird ganz oder zum Teil aufgehoben.

Zum Umfang der Rechtskraft des Bescheidungsurteils siehe BVerwGE 29, 1.

Eine Sache ermangelt der Spruchreife nur dann, wenn das Gericht nach den ihm verfahrensrechtlich zur Verfügung stehenden Ermittlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten über die Sache nicht oder nicht vollständig befinden darf. Das gilt in erster Linie für Ermessensentscheidungen und für Verwaltungsakte, zu deren Voraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum gehören. Dazu gehört die energierechtliche Tarifgenehmigung nicht.

Siehe oben unter C. II.

Bei gebundenen Verwaltungsakten kann die Spruchreife nur ausnahmsweise wegen einer Sachverhaltsgestaltung fehlen, die der gerichtlichen Ermittlung

und Entscheidung eine Grenze setzt. Zu diesen Ausnahmefällen gehören Prognoseeinschätzungen, wenn das Gericht annimmt, daß die Behörde von unzutreffenden Vorstellungen über die Gültigkeitskriterien der Prognose ausgegangen ist. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, darf das Gericht von einem Verpflichtungsausspruch — und von den dafür etwa erforderlichen Sachaufklärungen und Beweisaufnahmen — nicht allein deshalb absehen, weil die Behörde derartige Ermittlungen unterlassen hat (§ 86 VwGO).

*K. Redeker/H.-J. von Oertzen* a. a. O., § 113, RNr. 20. Nicht durchwegs zutreffend *E. Eyermann/L. Fröhler*, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., 1980, § 113, 62a.

Bei einem Rechtsstreit über die Tarifgenehmigung wird regelmäßig die Situation eintreten, daß eine Entscheidung erster Instanz oder gar eine rechtskräftige Entscheidung erst zu einem Zeitpunkt erlassen werden wird, der nach dem Anfangstermin liegt, den die befristete Tarifgenehmigung festgelegt hat. Die Verpflichtungsklage wäre demnach auf eine Verpflichtung („Leistung“) für einen Zeitabschnitt gerichtet, der im Urteilszeitpunkt bereits ganz oder zum Teil abgelaufen ist. Der Sache nach zielt jedoch das Rechtsschutzbegehren auf eine gerichtliche Entscheidung darüber, ob in dem fraglichen Zeitabschnitt eine Tarifgenehmigung, wie beantragt, hätte erteilt werden müssen. Diese prozessuale Situation bedeutet, daß der begehrte Verwaltungsakt und damit die Hauptsache sich ganz oder zum Teil erledigt haben mit der Folge, daß an sich eine Sachentscheidung mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr getroffen werden dürfte (§ 161 Abs. 2 VwGO). Das bedeutet jedoch weiter, daß dann, wenn ein Sachentscheidungsinteresse des Klägers ungeachtet der Erledigung der Hauptsache fortbesteht, etwa bei zukünftig zu erwartenden gleichartigen Streitfällen oder wegen der beabsichtigten Geltendmachung von Ersatzansprüchen, dem Kläger ein der neuen prozessualen Lage angepaßter Weg zur fortdauernden Verfolgung seines Sachentscheidungsinteresses eröffnet sein muß. Diese Frage ist nur für die Anfechtungsklage und nur für den Fall ausdrücklich geregelt, daß sich der angefochtene Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt hat. Der Kläger darf danach bei Erledigung des Verwaltungsaktes zu einer Feststellungsklage übergehen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, daß der zunächst angefochtene und jetzt erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). In dieser Bestimmung ist der Ausdruck eines allgemeineren Rechtsgedankens gesehen worden mit der Folge, daß die dort vorgesehene Fortsetzungsfeststellungsklage auch für den Fall statthaft ist, daß sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung erledigt hat, und weiter auch in Betracht kommt, wenn sich das Begehren einer Verpflichtungsklage vorzeitig erledigt hat.

BVerwG DVBl. 1981, 259; OVG Münster NJW 1980, 1069; *K. Redeker/H.-J. von Oertzen* a. a. O., § 113, RNr. 18. — Für die energierechtliche Tarifgenehmigung: BayVGH Beschl. vom 2. 4. 1981 a. a. O.; VG Minden Urt. vom 3. 12. 1981 a. a. O.; *Eiser/Riederer/Oberholte/Danner* a. a. O. III 134 k.

Die in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthafte Feststellungsklage eines EVU, dessen Genehmigungsantrag ganz oder zum

Teil nicht erfolgreich war, richtet sich auf die Feststellung, daß die beklagte Verwaltung für den fraglichen Zeitabschnitt die beantragte Tarifgenehmigung hätte erteilen müssen.

Wenn das EVU vor rechtskräftiger Erledigung dieses Streitverfahrens weitere Anträge auf Tarifgenehmigungen stellt, die sich auf andere Zeitabschnitte beziehen, wird klarzustellen sein, daß die noch im Streit befangene Erlösverbesserung des davor liegenden Tarifzeitraums bei Bemessung der neu beantragten Tarifierhebung nicht berücksichtigt worden ist.

Das Feststellungsinteresse ergibt sich jedenfalls aus der zu erwartenden Wiederholung der Annahmen der Preisbehörde in zukünftigen Genehmigungsbescheiden, ggf. auch aus der Absicht, Ersatzansprüche geltend zu machen. Unabhängig von solchen von Fall zu Fall variierenden Gründen, ist das Feststellungsinteresse darauf zu stützen, daß andernfalls ein effektiver Rechtsschutz bei — wesensgemäß befristeten — Tarifgenehmigungen überhaupt mißlingen müßte (Art. 19 Abs. 4 GG).

Vgl. BVerwGE 26, 161; OVG Hamburg DVBl. 1967, 422.

Dringt das EVU mit seiner Klage durch, steht jetzt und damit nachträglich fest, daß die Preisbehörde verpflichtet gewesen war, die beantragte Tarifgenehmigung für den fraglichen Zeitabschnitt zu erteilen. Kraft des so zu bestimmenden Streitgegenstandes des Verpflichtungs- bzw. Feststellungsprozesses folgt für die Frage der für die gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage, daß stets allein auf den Zeitraum abzustellen ist, für den die beanstandete Tarifgenehmigung erlassen worden ist. Für diesen Zeitabschnitt müssen die rechtlichen Voraussetzungen der Genehmigung erfüllt gewesen sein. Dieser Zeitabschnitt gehört allerdings im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bereits der Vergangenheit an. Die rechtliche Gestaltung der Versorgungsverträge hindert es, diesen in der Vergangenheit liegenden Tarifzeitraum nunmehr entsprechend dem Prozeßerfolg des EVU, also mit der nachträglich als zu Recht beansprucht erwiesenen Tarifierhebung, rückwirkend neu zu regeln. Auf diese Weise kann der in dem fraglichen Zeitraum — gemessen an der gerichtlichen Entscheidung — eingetretene Erlösausfall des EVU nicht nachträglich über eine Tarifierhebung für diesen abgelaufenen Zeitraum ausgeglichen werden. Es bleibt demnach nur der Weg einer nachlaufenden Berücksichtigung in einer zukünftigen Tarifgenehmigung.

So BayVGH Beschluß vom 2. 4. 1981 a. a. O. mit Zustimmung von *Büdenbender*, Energierecht a. a. O., S. 141 f. — Die Möglichkeit eines solchen nachlaufenden Ausgleichs eröffnet die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Bundespflegegesetzverordnung, wenn in der zurückliegenden Periode die Ausgaben „trotz sparsamer Wirtschaftsführung“ die Einnahmen überschritten haben, aber auch in dem umgekehrten Fall bei bestimmten Einnahmeüberschüssen. Zu dieser Bestimmung VG Freiburg NJW 1981, 2530.

Das EVU kann nach der gerichtlichen Entscheidung den Anspruch, dessen Bestehen für den vergangenen Tarifzeitraum festgestellt worden ist, mit einem Antrag auf Tarifgenehmigung geltend machen. Dieser Antrag ist hinsichtlich der durch die Gerichtsentscheidung erledigten Erlösverbesserung ohne weite-

res begründet und muß in dem entsprechenden Maße zur Genehmigung einer Tarifierhebung führen.

Diese Konsequenz zeigt, daß an die Stelle des aus Rechtsgründen nicht (mehr) realisierbaren Anspruchs auf die Genehmigung der Tarifierhebung in dem abgelaufenen Zeitraum ein Anspruch auf Genehmigung der entsprechenden Tarifierhebung in einer neuen Tarifgenehmigung tritt, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich in der Zwischenzeit die Kosten- und Erlöslage des Unternehmens im übrigen entwickelt hat. Der mit dem Feststellungsbegehren verfolgte „erledigte“ Anspruch auf die ursprüngliche Tarifgenehmigung ist mit dem aus ihm entspringenden und fortbestehenden Anspruch auf die „neue“ Genehmigung der dem Erlösausfall entsprechenden Tarifierhebung nicht identisch. Es ist überdies vorstellbar, daß die im Prozeß unterlegene Behörde die nunmehr fällige Nachholung der schon früher zu Recht beanspruchten Erlösverbesserung nach Art und Umfang bestreitet. Aus diesem Grunde wäre es folgerichtig, den Anspruch auf die nachlaufende Genehmigung, der voraussetzungsgemäß mit dem Ablauf des Tarifzeitraums der streitbefangenen Tarifgenehmigung entsteht, bereits in dem Rechtsstreit durch einen zusätzlichen Verpflichtungsantrag geltend zu machen.

## D. Zusammenfassung

1. Die energierechtlichen Bindungen der Energieversorgungsunternehmen durch das Energiewirtschaftsgesetz und die auf diesem Gesetz beruhenden Rechtsverordnungen und sonstigen Vollzugsakte sind an dem Ziel ausgerichtet, eine sichere und billige Energieversorgung zu erreichen, dienen aber auch dem Ausgleich der Monopolstellung, deren sich die Energieversorgungsunternehmen wegen der technischen und wirtschaftlichen Umstände einer leitungsgebundenen Energieversorgung und kraft des Gebietschutzes durch Demarkations- und Konzessionsverträge erfreuen. Zu diesen Bindungen gehören die Rechtsverordnungen nach § 7 EnWG, durch die der Bundesminister für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen Tarifpreise der Energieversorgungsunternehmen „wirtschaftlich gestalten“ und die allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen „ausgewogen gestalten“ darf. Die auf dieser Grundlage erlassene Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität, BTO Elt) vom 26. November 1971 (BGBl. I S. 1865), zuletzt geändert durch Verordnung vom 30. Januar 1980 (BGBl. I S. 122), regelt in § 1 Abs. 1 allgemeine Grundsätze und in § 12a die Tarifgenehmigung.

2. Durch das Erfordernis der Tarifgenehmigung werden die Preise, die die Energieversorgungsunternehmen im Tarifbereich für ihre Leistungen fordern dürfen, nach Maßgabe eines bestimmten Tarifsystems und für den von der Genehmigung erfaßten Zeitraum von der Regelung der zuständigen Behörde, einem Verwaltungsakt, abhängig. Soweit ein Energieversorgungsunternehmen eine Verbesserung seiner Erlöse durch die Anhebung der Tarife oder ihrer einzelnen Bestandteile erreichen will, muß es eine entsprechende Tarifgenehmigung bei der zuständigen Behörde beantragen und die zur Verbescheidung des Antrages anhand der Genehmigungsvoraussetzungen notwendigen Unterlagen vorlegen. Das Energieversorgungsunternehmen tritt der Behörde in einem Verwaltungsverfahren gegenüber, in dem es einen materiellrechtlichen Anspruch auf Erteilung der beantragten Tarifgenehmigung geltend macht. Die Tarifgenehmigung ist zu erteilen, soweit sich nach den Preisbildungsregeln der §§ 1 Abs. 1, 12a Abs. 2 BTO Elt ergibt, daß die Verbesserung der Erlöse durch die Tarifierhebung erforderlich ist. Eine wesentliche Prämisse der Beurteilung, ob eine Verbesserung der Erlöse erforderlich ist, ist die betriebswirtschaftlich mit kalkulatorischer Rechnung zu ermittelnde „gesamte Kosten- und Erlöslage“ des antragstellenden Energieversorgungsunternehmens. Um eine gewisse Vereinheitlichung und Berechenbarkeit zu gewinnen, haben die zuständigen Preisstellen des Bundes und der Länder eine „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung (nach dem Erhebungsbogen K)“ aufgestellt, deren jetzige Fassung vom Mai 1981 stammt. Die „Arbeitsanleitung“ ist den Energieversorgungsunterneh-

men eröffnet worden und wird — allerdings nicht einheitlich — in den einzelnen Genehmigungsverfahren bei der Ermittlung und Beurteilung der Kosten- und Erlöslage des antragstellenden Energieversorgungsunternehmens zugrundegelegt. Es handelt sich um Verwaltungsvorschriften zur Auslegung und Anwendung der BTO Elt. Die „Arbeitsanleitung“ zielt dem Grundsatz nach auf Selbstkostenpreise ab und lehnt sich inhaltlich an die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP) an, die eine Anlage der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 darstellen.

Die Genehmigungspraxis der Preisstellen wird im Ausgangspunkt dadurch bestimmt, daß in Auslegung der §§ 1, 12a BTO Elt den Energieversorgungsunternehmen Selbstkostenpreise nach dem Richtmaß einer bestimmten Vorstellung von den „Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung“ und einer bestimmten Angemessenheitsvorstellung im Sinne „elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung“ zugestanden werden. Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a BTO Elt sind durch die rechtlichen Grundlagen der energierechtlichen Preisaufsicht normativ vorgegeben und haben eine Rechtsgebundenheit der Preisaufsichtsbehörde zur Folge.

3. Das Gesetz erlaubt mit der Vorschrift des § 7 Abs. 1 EnWG eine Regelung der allgemeinen Tarifpreise durch Rechtsverordnung und legt als inhaltliche Richtlinie fest, daß der Ordnungsgeber die allgemeinen Tarifpreise „wirtschaftlich gestalten“ darf. Der übergreifende Zweck des EnWG, die Energieversorgung so sicher und so billig wie möglich zu gestalten, der Grundsatz des EnWG, die Energieversorgung zwar einer weitreichenden Wirtschaftsaufsicht zu unterwerfen, dennoch aber wirtschaftlich handelnden Versorgungsunternehmen zu überlassen, und schließlich der Umstand, daß die Preisaufsicht auf die mit einem Gebietsmonopol ausgestatteten Energieversorgungsunternehmen bezogen ist, geben der Auslegung der Ermächtigung die wesentlichen Direktiven.

Zieht man in Betracht, daß die Preise der Energieversorgungsunternehmen in den abgegrenzten Versorgungsgebieten ohne marktwirtschaftlichen Wettbewerb gebildet werden, läßt sich ein anderer „wirtschaftlicher“ Ansatzpunkt für die Preisbildung nur in den jeweiligen Beschaffungs- und Verteilungskosten des Stromes finden. Auch die Angemessenheit der Kosten im Sinne des energiewirtschaftlichen Leitgrundsatzes wird von der Preisaufsicht erfaßt. Da die Preisbildung auch die Erfordernisse der sicheren Stromversorgung beachten muß, heißt „billig“ („kostengünstig“) nicht: zu möglichst niedrigen Kosten und Preisen. Der notwendige Investitionsbedarf muß gesichert werden, und zwar in Rücksicht der allgemeinen energiewirtschaftlichen Erfordernisse und in Rücksicht der unternehmensindividuellen Merkmale des jeweiligen Versorgungsgebietes. Zu dem zu sichernden Investitionsbedarf gehören die Ersatzbeschaffungen zur Substanzerhaltung der Anlagen, die voraussichtlichen Erweiterungs- und Verbesserungsmaßnahmen und die langfristige Sicherung der Energiebeschaffung.

Das Gesetz erkennt die sichere und wirtschaftliche Energieversorgung als eine eigene Aufgabe der Energieversorgungsunternehmen an. Die Preisaufsicht darf die unternehmerische Entscheidung, die der Preisbildung zugrunde liegt, nicht selbst treffen, sie darf diese Entscheidung aber über die Anerkennung oder Nichtanerkennung der mit ihr verbundenen Aufwendungen als Kosten beeinflussen. Diese administrative Beeinflussung des unternehmerischen Handelns ist ein Eingriff, der nur aufgrund und nach Maßgabe der gesetzlichen Ermächtigung und nur nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, bes. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zulässig sein kann. Die rechtliche Gebundenheit der Preisaufsicht durch § 7 Abs. 1 EnWG hat zur Folge, daß die Anerkennung von Aufwendungen als Kosten im Rahmen der Entscheidung über die Tarifgenehmigung nur verweigert werden darf, wenn die unternehmerische Maßnahme objektiv zur angemessenen Sicherstellung der Energieversorgung nicht erforderlich ist.

Diese gesetzliche Grundlage bestimmt die allgemeinen Grundsätze der Tarifbildung in § 1 Abs. 1 BTO Elt und die bei der Tarifgenehmigung anzuwendenden Preisbildungsregeln in § 12a Abs. 2 BTO Elt. Die Anforderung des § 1 Abs. 1 Satz 1 BTO Elt — „möglichst sicher und kostengünstig“ — zielt auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Energieversorgungsunternehmen, ist also in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 EnWG — „wirtschaftlich gestalten“ — an der individuellen Kostenstruktur ausgerichtet. Zur Erfüllung der energiewirtschaftlichen Versorgungsaufgabe ist den Energieversorgungsunternehmen innerhalb des normativ gesteckten Rahmens ein erheblicher unternehmerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Die Grenze der Verpflichtung, bei Anbietung eines ausgewogenen Tarifsystems sich auch auf die Versorgungsbedürfnisse der Abnehmer auszurichten, wird von dem Maße des für das jeweilige Energieversorgungsunternehmen wirtschaftlich Zumutbaren abgesteckt. Ein notwendiger allgemeiner Grundsatz der Tarifgestaltung ist die Kostenorientierung, unbeschadet der energiewirtschaftlichen Grundpflicht, die Kosten im Interesse der Abnehmer so gering wie möglich zu halten.

4. Zur Erfüllung des Zieles der sicheren und billigen (kostengünstigen) Energieversorgung hat sich das EnWG für das System der Staatsaufsicht über die unternehmerisch handelnden Energieversorgungsunternehmen entschieden. Die unternehmerische Initiative und Verantwortung für die „öffentliche Aufgabe“ der sicheren und kostengünstigen Energieversorgung liegt nach dem Gesetz und nach den Grundrechten der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit in der Hand der Energieversorgungsunternehmen. Die Staatsaufsicht umfaßt nicht eine umfassende oder undefinierte Lenkungs- oder Beeinflussungsvollmacht, sondern ist auf die Gewährleistung der gesetzlichen Anforderungen, zu denen die Preisbildungsregeln im Tarifbereich gehören, beschränkt. Die durch § 7 Abs. 1 EnWG zugelassene und in § 12a BTO Elt geregelte Tarifgenehmigung fügt sich in den weiteren Zusammenhang der staatlichen Wirtschaftsaufsicht ein, unter der die Energiewirtschaft zur Gewährleistung einer sicheren und billigen Energieversorgung steht. Die gesetzlichen Befugnisse der

Wirtschaftsaufsicht begründen ein Rechtsverhältnis zwischen der beaufsichtigenden Verwaltung und dem beaufsichtigten Unternehmen, in dem durch die rechtliche Bindung der Behörde eine Unterscheidung der Verantwortlichkeitsphären eingerichtet ist. Die Befugnis der Verwaltung, im Rahmen des Genehmigungsvorbehalts Aufsicht darüber zu führen, daß die Preise wirtschaftlich gestaltet sind, darf nicht dazu führen, daß eine allgemeine und fortlaufende Investitions-, Kosten- oder Verhaltenskontrolle über die Energieversorgungsunternehmen ausgeübt wird.

Für die Strompreise gelten die spezifischen Vorkehrungen des Energiepreissrechts, zu denen die Preisgenehmigung im Tarifbereich gehört, außerdem aber die Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Kartellrechts, deren wesentliches Wirkungsfeld der Sondervertragsbereich ist. Wegen der technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung hat das Kartellrecht hier zugunsten der wettbewerbsbeschränkenden Gebietsschutzverträge eine Freistellung vorgesehen und damit eine Mißbrauchsaufsicht über diese Verträge und die Art ihrer Durchführung verbunden (§§ 103, 103a, 104a GWB).

5. Die Entscheidungsbefugnis der Preisaufsichtsbehörde nach § 12a BTO Elt ist rechtlich gebunden. Das eine Anhebung seiner Tarife begehrende Energieversorgungsunternehmen macht mit dem Antrag auf Erteilung der Tarifgenehmigung einen Anspruch geltend. Der Anspruch besteht, wenn die aus der Tarifierhebung zu erwartende Verbesserung der Erlöse nach der Lage des Energieversorgungsunternehmens erforderlich ist und die begehrte Tarifierhebung den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Energieversorgung sowie eines ausgewogenen Tarifsystems entspricht. Richtmaß für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe die Erlösverbesserung erforderlich ist, ist die nach Gebietsstruktur und Zeithorizont konkrete Versorgungsaufgabe des antragstellenden Energieversorgungsunternehmens. Das Unternehmen muß in dem Antrag auf Tarifgenehmigung die Tatsachen, Annahmen und Berechnungen angeben und ggf. „nachweisen“, d. h. durch Unterlagen, Gutachten oder sonst geeignete Beweismittel belegen, die nach den normativen Preisbildungsregeln tatbestandliche Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs sind.

Inhalt und Grenzen der Entscheidungsbefugnis der Genehmigungsbehörde betreffen als einen der Faktoren bei der Beurteilung, ob eine Erlösverbesserung erforderlich ist, die entstandenen oder voraussichtlich zu erwartenden Kosten des Energieversorgungsunternehmens bei der Stromversorgung. Die Genehmigungsbehörde muß für ihre Entscheidung den entscheidungserheblichen Sachverhalt korrekt ermitteln und ist insofern an die betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden der Kostenrechnung gebunden. Die Ermittlung und Beurteilung der Kosten- und Erlöslage des antragstellenden Unternehmens muß einer Methode entsprechen, die dem Grundsatz der Substanzerhaltung der Anlagen Rechnung trägt. Demnach muß für die Abschreibungen die kalkulatorische Kostenrechnung maßgebend sein; denn nur sie erfaßt den effektiven Güter- und Dienstverzehr in der Zeiteinheit. Sie ist der allein sachgerechte

Weg, um die Leistungen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu bemessen und um der unternehmerischen Preiskalkulation die Grundlage zu bieten. Von der betriebswirtschaftlich korrekten Kostenrechnung ist die rechtliche Beurteilung der Frage zu unterscheiden, welche der von dem Energieversorgungsunternehmen für die begehrte Tarifierhebung in Rechnung gestellten Kosten nach den rechtlichen Kriterien der Tarifaufsicht in die Bemessung der als notwendig zuzugestehenden Erlösverbesserung eingehen müssen. Das Tarifaufsichtsrecht geht von einer bestimmten Leitlinie der Angemessenheit der Kosten aus, die einerseits von den Erfordernissen der möglichst sicheren und billigen Versorgung, andererseits von dem Kriterium der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung abhängig ist. Nach diesen Kriterien hat das Energieversorgungsunternehmen für seine konkrete Versorgungsaufgabe einen Anspruch auf Kostendeckung, der durch die Tarifgenehmigung jeweils für deren sachliche und zeitliche Geltung zu erfüllen ist. Das Unternehmen kann in dem durch die Preisbildungsregeln gesetzten Rahmen darüber entscheiden, auf welche Art und Weise die Versorgungsaufgabe zu erfüllen ist. Die energiepreisrechtliche Beaufsichtigung der Tarife an Hand der normativen Preisbildungsregeln schließt weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum ein. Dem steht nicht entgegen, daß die Ausübung der aufsichtlichen Befugnisse wertende Beurteilungen und prognostische Einschätzungen bedingt.

6. Mit der Tarifgenehmigung entscheidet die Preisbehörde über die von dem Energieversorgungsunternehmen beantragten Anhebungen der Tarife und ihrer einzelnen Bestandteile. Die Behörde hat die Entscheidung aufgrund der Erklärungen und Nachweise des Unternehmens und, soweit dafür ein Anlaß besteht, auch aufgrund eigener Ermittlungen und Feststellungen zu treffen. Die „gesamte“ Kosten- und Erlöslage des Unternehmens ist im Hinblick auf den Zeitraum, für den die Verbesserung der Erlöse angestrebt wird, tatsächliche Entscheidungsgrundlage. Das Energieversorgungsunternehmen muß die anerkannten Grundsätze des betriebswirtschaftlichen Rechnungswesens beachten, kann aber aufgrund seines Anspruchs auf Genehmigung einer durch die Preisbildungsregeln gedeckten Tarifierhebung auch verlangen, daß bei der Entscheidung über die Genehmigung feste und anerkannte Grundsätze und Beurteilungen des betriebswirtschaftlichen Rechnungswesens zugrundegelegt werden. Sind für einzelne Bestandteile der Rechnung mehrere Rechnungswege betriebswirtschaftlich akzeptabel, fällt es in die unternehmerische Handlungsfreiheit des Unternehmens, sich für einen Rechnungsweg zu entscheiden; denn der geltendgemachte Anspruch auf Tarifierhebung besteht nur insoweit nicht, als dem ein aus den Aufsichtsmaßstäben ableitbarer Rechtsgrund entgegensteht.

Soweit die Entscheidung der Preisbehörde von prognostischen Einschätzungen über die zukünftigen Erfordernisse der Leistungsfähigkeit des Energieversorgungsunternehmens und der Sicherung seiner konkreten Versorgungsaufgabe abhängt, kommt es für die rechtliche Beurteilung dieser Entscheidung nur auf die Richtigkeit der erhebenden Daten und die methodische Gültigkeit

der prognostischen Einschätzung, nicht aber auf die sachliche Richtigkeit der Prognose selbst an. Ein diese Bindungen verlassender Beurteilungsspielraum der Behörde besteht nicht.

Die Tarifgenehmigung ist zu befristen und mit einem Vorbehalt des Widerrufs zu versehen; sie kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen versehen werden. Die obligatorischen Nebenbestimmungen der Befristung und des Widerrufsvorbehalts erlauben der Preisbehörde in sachlich ausreichender Weise, die Tarife ggf. an eine Änderung der maßgeblichen Verhältnisse anzupassen. Nach den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts dürfen der Tarifgenehmigung Bedingungen und Auflagen nur nach denselben Entscheidungsregeln beigelegt werden, die überhaupt für die Entscheidung über die Tarifgenehmigung gelten. Eine Tarifgenehmigung darf nicht durch die auflösende Bedingung eingeschränkt werden, daß ihre Geltung für den Fall ende, daß während ihrer Wirksamkeit die Kosten- und Erlöslage des Energieversorgungsunternehmens sich ändere, insbes. daß die Preise für die Sondervertragskunden geändert würden.

Aufgrund der bei Tarifpflicht bestehenden Grundsätze der Tarifklarheit und der Tarifkontinuität (Lückenlosigkeit der Tarifgeltung) ist zu folgern, daß die zuletzt genehmigten Tarife fortgelten, wenn die Geltungsdauer einer Tarifgenehmigung endet, ohne daß eine zeitlich anschließende Tarifgenehmigung erlassen worden ist, und daß Tarifierhöhungen nicht nachträglich und rückwirkend zum Inhalt der privatrechtlichen Versorgungsverträge gemacht werden können. Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts besteht im — vorzeitigen von Amts wegen erfolgenden — Erlaß einer neuen Tarifgenehmigung nach vorheriger Anhörung des Energieversorgungsunternehmens.

7. Die Entscheidung über den Antrag des Energieversorgungsunternehmens, die Anhebung der Tarife zu genehmigen, setzt voraus, daß die Behörde den entscheidungserheblichen Sachverhalt feststellt. Die Ermittlung des Sachverhalts folgt dem Untersuchungsgrundsatz. Nach dem Untersuchungsgrundsatz hat die Behörde auch bei begünstigenden Verwaltungsakten die Verantwortung für die Richtigkeit des der Entscheidung zugrundezulegenden Sachverhalts. Bleibt ein für die Entscheidung über einen begünstigenden Verwaltungsakt erheblicher Umstand trotz Ausschöpfung der erreichbaren Erkenntnismöglichkeiten und Beweismittel ungewiß, geht die Ungewißheit zu Lasten des Antragstellers. Trotz des Untersuchungsgrundsatzes kommen bei einem entsprechenden Sachvortrag des Antragstellers eigene Ermittlungen der Behörde nur in Betracht, wenn Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Erklärungen und Nachweise möglich sind. Auf der anderen Seite trifft den Antragsteller trotz des Untersuchungsgrundsatzes eine Mitwirkungslast bei der Ermittlung des Sachverhalts. Diese verwaltungsverfahrenrechtliche Mitwirkungslast erscheint in § 12a Abs. 2 Nr. 1 BTO Elt als Last des Energieversorgungsunternehmens, die Erforderlichkeit der beantragten Erlösverbesserung „nachzuweisen“. Das antragstellende Unternehmen trifft bei dem mitwirkungsbedürftigen und begünstigenden Verwaltungsakt der Tarifgenehmigung

die Last, die Umstände und Beweismittel anzugeben, die den ihm günstigen Tatbestand der Norm als bestehend erweisen.

Der Bescheid, mit dem die Behörde über den Antrag des Energieversorgungsunternehmens auf die Tarifgenehmigung entscheidet, muß eine Begründung aufweisen, die den Anforderungen des Verwaltungsverfahrenrechts standhält. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, soweit dem Antrag nicht entsprochen wurde, es sei denn dem Unternehmen ist die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne die Begründung ohne weiteres erkennbar.

8. Wird die Tarifgenehmigung nicht, wie beantragt, erteilt, findet das Energieversorgungsunternehmen Rechtsschutz durch Einlegung des Widerspruchs und, bei dessen Erfolglosigkeit, durch Verpflichtungsklage.

Bei einem Rechtsstreit über die Tarifgenehmigung wird regelmäßig die Situation eintreten, daß eine gerichtliche Entscheidung erster Instanz oder gar eine rechtskräftige Entscheidung erst zu einem Zeitpunkt ergehen wird, der nach dem Anfangstermin liegt, den die befristete Tarifgenehmigung festgelegt hat. Die in diesem Fall der Erledigung des Verwaltungsaktes statthafte und — wegen Vorliegens des besonderen Feststellungsinteresses — zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage des Energieversorgungsunternehmens, dessen Genehmigungsantrag ganz oder zum Teil nicht erfolgreich war, richtet sich auf die Feststellung, daß die beklagte Verwaltung für den fraglichen Zeitabschnitt die beantragte Tarifgenehmigung hätte erteilen müssen. Für die Frage der für die gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage ist auf den Zeitraum abzustellen, für den die beanstandete Tarifgenehmigung erlassen worden ist. Die rechtliche Gestaltung der Versorgungsverträge hindert es, im Falle des Prozeßerfolgs diesen in der Vergangenheit liegenden Tarifzeitraum entsprechend der nunmehr als berechtigt erkannten Tarifierhebung rückwirkend neu zu regeln. Der eingetretene Erlösausfall ist in einer zukünftigen Tarifgenehmigung nachlaufend zu berücksichtigen.

## E. Ausgewählte Literatur

- J. F. Baur*, Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, 1981
- E. Benda*, Technische Risiken und Grundgesetz, ET 1981, 868
- W. Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980
- B. Börner*, Ermessen und Energiewirtschaftsgesetz, VEnergR 10, 1965
- ders.*, Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, in: *ders.*, Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, 1977, S. 6
- ders.*, Nichtauswirkung der Vierten Kartellgesetznovelle auf die Elektrizitätswirtschaft, Elektrizitätswirtschaft 1981, 589
- ders./D. Kuhnt/S. Klaue*, Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, 1977
- ders./U. Büdenbender/L. Eckert/W. Harms/U. Immenga/S. Klaue*, Probleme der 4. Novelle zum GWB, 1981
- S. Borggrefe*, Die neue Bundestarifordnung Elektrizität, Elektrizitätswirtschaft 1972, 178
- D. Braun*, Die Vorschläge der Bundesregierung für eine Reform des Ausnahmbereichs Versorgungswirtschaft im Rahmen der Vierten Kartellnovelle, ET 1979, Heft 11
- ders.*, Unzulässigkeit auflösender Bedingungen in Tarifpreisgenehmigungen, ET 1982, 238
- F. E. Bücken*, Zulässigkeit von auflösenden Bedingungen bei Tarifgenehmigungen nach § 12a BTO Elt, RdE 1982, 74
- U. Büdenbender*, Zur Einführung: Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, JuS 1978, 150
- ders.*, Unzumutbare Tarife für elektrische Wärmepumpen, ET 1979, 562
- ders.*, Ist es zulässig, die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt unter der auflösenden Bedingung zu erteilen, daß Preise für Sondervertragskunden in dem Geltungszeitraum der Genehmigung nicht erhöht werden? RdE 1981, 170
- ders.*, Energierecht, 1982
- M. Bullinger*, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL 22, 1965, S. 264
- 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
- K. Drüke/J. Maack*, Strompreise für Sondervertrags- und Tarifkunden in der Bundesrepublik, ET 1981, 510
- H. Ebisch/J. Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 4. Aufl., 1977
- E. Eiser/J. Riederer/W. Obernolte/W. Danner*, Energiewirtschaftsrecht, Stand Januar 1982
- V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969
- ders.*, Deutsche Energiepolitik in den letzten 25 Jahren, JZ 1982, 496
- ders.*, R. Lukes (Hrsg.), Perspektiven der Energiewirtschaft, 1976
- ders./R. Lukes (Hrsg.)*, Ordnungspolitische Überlegungen zur leistungsgebundenen Energieversorgung, 1977
- H.-U. Evers*, Das Recht der Energieversorgung, 1974

- ders./Sachs*, Kontrahierungszwang und Preisrecht in der Versorgungswirtschaft, in: *V. Emmerich/R. Lukes* (Hrsg.), *Perspektiven der Energiewirtschaft*, 1976, S. 59, 77
- H.-U. Erichsen/W. Martens*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1981
- A. Feuerborn*, Energieeinsparung im Rahmen der Neufassung der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über EVU (§ 103 Abs. 5 GWB), *ET* 1981, 300
- H. Fischerhof*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht II*, Abschn. VI: *Energiewirtschafts- und Atomenergierecht*
- G. Fromm*, Rechtsprechung zum Personenbeförderungsgesetz, *BB* 1980, 238
- ders.*, Nochmals: Zur Zulässigkeit, die Tarifgenehmigung nach § 12a BTO Elt unter einer auflösenden Bedingung zu erteilen, *RdE* 1982, 22
- H. Gröner*, *Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft*, 1975
- K. Henckel*, *Die Staatsaufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz*, 1970
- H. P. Hermann*, *Rechtliche Grundsatfragen der Entwicklung und Verwirklichung von Energieversorgungskonzepten*, *DVBl.* 1982, 1165
- ders./R. Diescher/M. Herzog*, Einige Grundsätze des Tarifpreisgenehmigungsverfahrens nach § 12a BTO Elt; zugleich eine Besprechung des Urteils des VG München vom 15. Februar 1982, *RdE* 1982, 114
- D. Hoffmann*, Die Bedeutung von Preisen und Kosten bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, *DB* 1975, 289, 337
- W. Holzapfl*, *Strompreise und Strompreisaufsicht*, *Elektrizitätswirtschaft* 1967, 378
- ders.*, Kartellrechtliche Begründungen in Preisbescheiden als staatliche Machtpotenzierung? *NJW* 1968, 1461
- U. Immenga*, *Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten*, 1967
- ders./S. Klaue/R. Dehner*, Kartellaufsicht und Fachaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung, in: *V. Emmerich/R. Lukes* (Hrsg.), *Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung*, 1977, S. 3, 15, 23
- ders./E.-J. Mestmäcker*, *GWB*, 1981
- ders.*, *Strompreise zwischen Kartell- und Preisaufsicht*, 1982
- H. P. Ipsen*, *Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage*, 1976
- H. D. Jarass*, *Formen staatlicher Einwirkung auf die Energiewirtschaft*, *Staat* 17, 1978, S. 507
- P. Kirchhof*, *Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken*, 1977
- G. Klätte*, *Kosten- und Preisentwicklung in der Elektrizitätswirtschaft*, *ET* 1982, 633
- S. Klaue*, *Möglichkeiten und Grenzen einer kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft*, in: *B. Börner* (Hrsg.), *Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht*, 1977, S. 118
- ders.*, Die „neue“ Mißbrauchsaufsicht nach § 103 GWB über Unternehmen der Versorgungswirtschaft, *ET* 1980, 586
- H. Klünger*, *Materiell- und verfahrensrechtliche Probleme der Preisaufsicht über EltVU nach § 12a Bundestarifordnung Elektrizität (BTO-Elt)*, *RdE* 1982, 218
- M. Kloepfer*, *Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt*, *DVBl.* 1972, 371
- H. J. Knack*, *VwVfG*, 2. Aufl., 1982
- H.-Chr. Knüppel*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Energiewirtschaft*, 1979
- D. Kuhnt*, *Möglichkeiten und Grenzen einer kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft*, in: *B. Börner* (Hrsg.), *Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht*, 1977, S. 81
- E. Langen/E. Niederleithinger/L. Ritter/U. Schmidt*, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 6. Aufl., 1982
- P. Lerche*, *Verfassungsfragen einer Neuordnung der Mißbrauchsaufsicht*, 1979

- H. Lilienfein*, Ökonomische oder politische Strompreise? Elektrizitätswirtschaft 1976, 957
- W. Ludwig/H. Cordt/J. Stech/H. Odenthal*, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Stand 1981
- R. Lukes*, Das Kartellrecht als Instrument zur Angleichung des Energiepreisniveaus, in: Festgabe für Max Kummer, 1980, S. 401
- ders.*, Das Preisrecht als Instrument zur Angleichung des Energiepreisniveaus, BB 1980, 1593
- ders.*, Energieaufsichtsrecht als Instrument zur Beseitigung von Preisdisparitäten, ET 1981, 757
- Th. Maunz*, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50, 1959, S. 315
- ders.*, Verfassungswidrigkeit des Preisgesetzes, BayVBl. 19, 205
- H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1982
- Th. Mayer-Maly*, Der gerechte Preis, in: Festschrift für Heinrich Demelius, 1973, S. 139
- W. Meng*, Die Auszehrung der allgemeinen preisrechtlichen Ermächtigungsgrundlage (§ 2 Abs. 1 Preisgesetz), DVBl. 1980, 613
- H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski*, VwVfG, 2. Aufl., 1982
- W. Möschel*, Preiskontrollen über marktbeherrschende Unternehmen, JZ 1975, 393
- J. Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978
- G. Rauschenbach*, Das rechtliche Problem der Kartellaufsicht und der Fachaufsicht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, Bd. II, S. 767
- K. Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757
- R. A. Rhinow*, Preisaufsicht des Bundes bei Arzneimitteln, Wirtschaft und Recht, Sonderheft, 1981
- G. Rittstieg*, Die Kostenentwicklung und Preisbildung der Stromversorgung in den achtziger Jahren, Elektrizitätswirtschaft 1981, 581
- K. Rößner*, Kostenträgerrechnung in einem regionalen Elektrizitätsverteilungsunternehmen, ET 1982, 300
- H. H. Rupp*, Zur Problematik öffentlich-rechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionenkombination, NJW 1968, 569
- K. Sachs*, Gedanken über die Nützlichkeit und Notwendigkeit einer zusammenfassenden Mißbrauchsaufsicht im Bereich der öffentlichen Energieversorgung, ET 1976, 161
- F. J. Säcker*, Grundsätze der wettbewerbsrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über die Preisgestaltung von Energieversorgungsunternehmen, RdE 1980, 2
- P. Salje*, Preismißbrauch durch Elektrizitätsunternehmen, 1978
- B. Sanders*, Nochmals: Tarifpreiserhöhung durch einstweilige Anordnung?, RdE 1982, 178
- R. Schmidt*, Wirtschaftsaufsicht, HdWW, 23. Lfg., 1980, S. 34
- H. J. Schürmann*, Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft, ET 1977, 336
- G. Staudigl*, Tarifpreiserhöhung durch einstweilige Anordnung, RdE 1981, 78
- E. Stein*, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967
- P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt*, VwVfG, 1978
- W. Tegethoff/U. Büdenbender/H. Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand Juli 1982

- P. J. Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980
- ders.*, Überlegungen zu einem administrativen „Prognosespielraum“, DVBl. 1982, 421
- W. Thiele*, Einheitlicher oder partieller Begriff des Energieversorgungsunternehmens im Energiewirtschaftsgesetz? GewArch 1981, 353
- C. H. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., 1979
- VDEW, Erläuterungen zur Bundestarifordnung Elektrizität, 1972
- N. Weigt*, Die Reform der Stromtarife durch die Zweite Verordnung zur Änderung der BTO Elt, RdE 1980, 54
- H. Wiedemann*, Grenzen der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Energieversorgungsunternehmen, BB 1967, 565