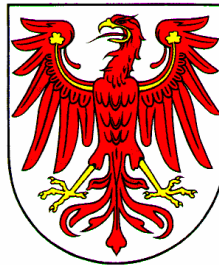


Kart W 4/06 Brandenburgisches Oberlandesgericht

34 SWP-1/2006 S Landesregulierungsbehörde beim

MfW

(Geschäftsnummer der Vorinstanz)



Anlage zum Protokoll vom 08.01.2008

Verkündet am 08.01.2008

...

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

**In dem Beschwerdeverfahren betreffend Genehmigung der Nutzungsentgelte für den
Netzzugang Strom (§ 23 a Energiewirtschaftsgesetz)**

der Stadtwerke P... GmbH,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

g e g e n

die Landesregulierungsbehörde bei dem Ministerium für ...

Beschwerdegegnerin

weitere Beteiligte:

Bundesnetzagentur für ...

hat der Kartellsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts

durch die Richterin am Oberlandesgericht Eberhard als Vorsitzende,

den Richter am Oberlandesgericht Kuhlig und
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schwonke

auf Grund der mündlichen Verhandlung

vom **4. Dezember 2007**

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Landesregulierungsbehörde bei dem Ministerium für ... vom 17.10.2006 in der Fassung vom 5.6.2007 - 34 SWP- 1/ 2006 S – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist 1997 zum Zwecke der Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität, Gas und Wärme in P... errichtet worden.

Sie ist ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Ziff. 38 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) (idF v. 7.7.2005).

Sie betreibt sowohl ein Elektrizitätsversorgungs- als auch ein Gasversorgungsnetz in der Stadt P....

Über das Elektrizitätsversorgungsnetz werden von der Antragstellerin und anderen Lieferanten ca. 7000 Kunden mit Strom versorgt.

Mit Antrag vom 28.10.2005 beehrte die Antragstellerin bei der Landesregulierungsbehörde die Genehmigung von Netznutzungsentgelten (Strom) nach § 23 a I EnWG.

Im Mai 2006 fand im Hause der Antragstellerin eine Vor-Ort-Prüfung durch die Landesregulierungsbehörde statt.

Mit Schreiben vom 11.5.2006 teilte diese der Antragstellerin mit, es gebe in im Einzelnen bezeichneten Positionen Änderungsbedarf hinsichtlich des Antrages.

Die Antragstellerin nahm mit Schreiben vom 17.6.2006 Stellung und zwar insbesondere zu den im Beschwerdeverfahren umstrittenen Positionen „Kostenstelle technische Verwaltung/ außerplanmäßige Abschreibungen / kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung“.

Mit Schreiben vom 3.8.2006 teilte die Landesregulierungsbehörde der Antragstellerin mit, welche Ansätze sie genehmigen werde. Sie forderte die Antragstellerin auf, zwei Anträge zu formulieren, nämlich einen entsprechend der Rechtsauffassung der Antragstellerin, einen anderen entsprechend der Rechtsauffassung der Landesregulierungsbehörde. Ein zu verwendendes Preisblatt für letztgenannte Version fügte die Landesregulierungsbehörde bei.

Die Antragstellerin folgte dieser Aufforderung mit Anträgen vom 5. 10. u. 6.10.2006.

Entsprechend ihrer Rechtsauffassung begehrte sie die Genehmigung des Preisblattes Anlage BF 9 (Bl. 125 d.A.).

Am 17.10.2006 erließ die Landesregulierungsbehörde den Genehmigungsbescheid für den Zeitraum 1.10.2006 - 31.12.2007 unter teilweiser Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin.

Die genehmigten Preise ergeben sich aus dem Preisblatt zum Genehmigungsbescheid (Bl. 27 d.A.).

In folgenden Positionen hat die Landesregulierungsbehörde dem Antrag der Antragstellerin nicht entsprochen:

- Kosten aus der Kostenstelle „technische Verwaltung“
(nur 100.867,63 € anerkannt)
- Aufwendungen für Anlagenabgänge der Jahre 1997 – 2003
(unberücksichtigt blieben 160.870,52 €)
- Eigenkapitalverzinsung für das Kapital, das die zulässige Eigenkapitalquote übersteigt (§ 7 I 3 StromNEV; nur einen Zinssatz von 4,8 % rechnerisch anerkannt)

Gegen diesen ihr am 19.10.2006 zugestellten Bescheid richtet sich die am 16.11.2006 bei Gericht eingegangene Beschwerde der Antragstellerin, welche sie mit dem am 15.1.2007 innerhalb verlängerter Frist eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren ursprünglichen Antrag weiter und begehrt die Genehmigung von Entgelten, wie sie aus Preisblatt Anlage BF 9 (Bl. 126 d. A.) ersichtlich sind.

Die Antragstellerin behauptet, die Landesregulierungsbehörde habe in dem der Genehmigung zugrunde zulegenden Kostenblock Kosten von gesamt 132.155,06 € nicht anerkannt.

Kosten aus der Kostenstelle „technische Verwaltung“, die einem Tätigkeitsbereich nicht direkt zugeordnet werden könnten, habe die Landesregulierungsbehörde nur zu 59,49 % , anstatt richtigerweise zu 81,22 % der Stromverteilung zugerechnet.

Den Verteilerschlüssel von 81,22 % wende sie an, seit sie zur separaten Erstellung eines Jahresabschlusses für den Strombereich verpflichtet sei. Sie erfülle damit den Grundsatz der Stetigkeit, wie es § 4 IV StromNEV vorsehe.

Hieraus resultiere eine Kürzung des Kostenblockes um 65.760,07 €.

Im Jahresabschluss 2004 seien außerplanmäßige Abschreibungen auf Sachanlagevermögen in Höhe von 160.870,52 € ausgewiesen. Dies betreffe Wirtschaftsgüter, die wegen vorheriger Abnutzung stillgelegt worden seien. Wegen des großen Postens habe sie im Genehmigungsverfahren den Betrag in der Kalkulation auf drei Jahre verteilt. Aber auch die letztlich von ihr beantragte Berücksichtigung eines Drittel-Betrages (53.623,50 €) habe die Landesregulierungsbehörde nicht anerkannt mit der Behauptung, diese Kosten würden bei einem effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreiber (§ 21 II 1 EnWG) nicht anfallen.

Außerplanmäßige Abschreibungen seien erforderlich und handelsrechtlich geboten, wenn Wirtschaftsgüter abweichend vom normalen Wirtschaftsverlauf einen zusätzlichen Werteverbrauch erfahren würden. Das Anlagevermögen sei nur dann auf einen niedrigeren Stichtagswert abzuschreiben, wenn eine Wertminderung erkennbar von Dauer sei. Die Dauerhaftigkeit ließe sich nicht auf Anhieb feststellen. Das Wahlrecht, ein Wirtschaftsgut nicht mehr zu benutzen, obliege allein dem Unternehmen. Im vorliegenden Fall sei diese Entscheidung für das in den Jahren 1997 bis 2003 nicht mehr genutzte Sachanlagevermögen erst im Jahre 2004 gefallen.

Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung sei in Höhe von 10.088,63 € nicht anerkannt worden.

Die Landesregulierungsbehörde habe anstatt des gebotenen Zinssatzes von 5,4 % bei Verzinsung des die zulässige Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitales, welches wie Fremdkapital zu verzinsen sei, den Zinssatz von 4,8 % in Ansatz gebracht.

Die Landesregulierungsbehörde hat am 5.6.2007 einen Änderungsbescheid erlassen (Bl. 277 VA-Akte).

Der Bescheid betrifft den Zeitraum vom 1.2. – 31.12.2007.

Die Änderung resultiert aus der sogenannten Kostenwälzung der geänderten Netzentgelte der vorgelagerten Netzbetreiber.

An den einzelnen Kürzungen des Bescheides vom 7.10.2006 ändert sich dadurch nichts.

Nach Anpassung ihrer Anträge im Beschwerdeverfahren beantragt die Antragstellerin nunmehr,

1. die Landesregulierungsbehörde unter Aufhebung der Bescheide vom 7.10.2006 und 5.6.2007 zu verpflichten, die Netzentgelte in der mit dem Antrag vom 27.10.2005 in der Fassung vom 6.10.2006
 - a. für den Zeitraum 1.10.2006 – 5.2.2007 in der sich aus dem Preisblatt vom 6.10.2006 (Anlage BF 9) ergebenden Höhe
 - b. für den Zeitraum vom 6.2.2007 an in der sich aus dem Preisblatt vom 1.2.2007 (Anlage BF 10) ergebenden Höhe

zu genehmigen,

2. hilfsweise

- a. die Landesregulierungsbehörde unter Aufhebung des Bescheides vom 17.10.2006 zu verpflichten, die Netzentgelte in der in dem Antrag zu 1. genannten Höhe zu genehmigen,
- b. festzustellen, dass die Antragstellerin berechtigt war, seit dem 1.10.2006 die Netzentgelte in der im Antrag zu 1. genannten Höhe zu erheben.

Die Landesregulierungsbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie erachtet die Beschwerde bereits als unzulässig.

Sie meint, die Beschwerde genüge nicht den Anforderungen des § 78 IV EnWG, da die Antragstellerin nur einzelne Kostenpositionen herausgreife.

Es bleibe zudem unklar, wie sich die einzelnen Kostenpositionen zusammensetzten.

Ferner würden in der Beschwerdebegründung für die streitig gestellten Kostenpositionen andere Beträge genannt, als dies mit korrigiertem Antrag im Verwaltungsverfahren erfolgt sei.

Die in der Beschwerdebegründung angegebenen Beträge seien schon mangels Vorlage einer Kostenkalkulation nicht nachvollziehbar.

Ein Rückgriff auf die Kostenkalkulation vom 6.10.2006 scheidet wegen der Abweichung einzelner Kostenpositionen zu eben dieser Kostenkalkulation aus.

Die Unzulässigkeit der Beschwerde folge auch daraus, dass die Antragstellerin in der Beschwerde zur Position „ außerplanmäßige Abschreibungen“ einen (unzulässigen) neuen Sachvortrag tätige, der im Widerspruch zu dem Vortrag im vorausgegangenen Verwaltungsverfahren stehe.

Im Genehmigungsverfahren habe die Antragstellerin vorgetragen, es handele sich um Anlagenabgänge der Jahre 1997 – 2003 (Bl. 97 u. 156 VA-Akte). Erst bei den Arbeiten zum Umbundling und genauen Zuordnen von Anlagengütern zu Kostenstellen im Zuge der Netzentgeltkalkulation sei dieses (buchhalterisch nicht erfasste) Ausscheiden aufgedeckt worden.

Nunmehr werde vorgetragen, es handele sich um Stilllegungen.
Dies stelle eine Änderung des entscheidungserheblichen Sachverhalts dar.
Der Vortrag zur Stilllegung sei zudem unzureichend.

Die Beschwerde sei ferner unbegründet.

Die Entgeltbildung habe strikt kostenorientiert zu erfolgen (§ 21 II EnWG).

Die Entgeltregulierung diene der Simulierung von Wettbewerb auf einem monopolbeherrschten Markt.

Es seien daher die tatsächlichen Kosten der Betriebsführung zu ermitteln und diese verursachungsgerecht den jeweiligen Spannungsebenen zuzuordnen.

Das Entgeltsystem der StromNEV sei so angelegt, dass es die ermittelten Netzkosten decken solle ohne Erzielung unzulässiger Erlöse.

Die von der Antragstellerin vorgenommene Schlüsselung der Kostenstelle „technische Verwaltung“ sei nicht sachgerecht. Der angewendete Schlüssel „Länge des Leitungsnetzes“ sei ungeeignet.

In dieser Kostenstelle seien Aufwendungen enthalten, die anteilig dem Vertrieb des Stromes zuzurechnen seien. So habe selbst das die Antragstellerin beratenden Unternehmen E... Wirtschaftsberatung GmbH mit Mail vom 30.8.2006 (Bl. 164 VA-Akte) erklärt, eine genau Kostendifferenzierung sei in dieser Kostenstelle nicht möglich, es habe daher eine Schlüsselung stattzufinden wie in der Kostenstelle 90100 („Geschäftsführung“).

Danach entfielen 47,59 % der Kostenstelle „technischen Verwaltung“ auf die Netzsparte und nicht etwa 81,22 %, wie die Antragstellerin ansetze.

Die außerplanmäßigen Abschreibungen auf das Sachanlagevermögen (160.870,52 €) seien nicht anzuerkennen, da es sich um Anlagenabgänge der Jahre 1997 – 2003 handele, die in den Vorjahren nicht erfasst worden seien.

Es sei hier die Sorgfalt eines effizienten und nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung handelnder Netzbetreiber anzusetzen, der zwingend im jeweiligen Abgangsjahr bei Erstellung der Jahresabschlüsse die entsprechenden Abgänge erfasst hätte. Danach wäre es im hier maßgeblichen Geschäftsjahr 2004 nicht zu Abschreibungen gekommen.

Soweit die Antragstellerin jetzt behauptete, es handele sich um Stilllegungen, fehle Vortrag zu Art der Wirtschaftsgüter und Grund der Stilllegung.

Der auf das die zulässige Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital anzuwendende Fremdzinssatz betrage 4,8 % , wie der erkennende Senat bereits im Verfahren Kart W 3/06 (Beschluss vom 28.8.2007) entschieden habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 4.12.2007 verwiesen.

II.

1.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist statthaft, § 75 Abs. 1 EnWG.

Sie ist auch fristgemäß eingelegt und begründet worden (§ 78 Abs. 1 und 4 EnWG).

Der Zulässigkeit der Beschwerde steht nicht entgegen, dass mittlerweile ein Änderungsbescheid des Landesregulierungsbehörde ergangen ist, den die Antragstellerin nicht gesondert mit der Beschwerde angegriffen hat. Als Beschwerdegegenstand ist der Bescheid vom 17.10.2006 in der Fassung vom 5.6.2006 anzusehen, da der materiell-rechtliche Inhalt beider Bescheide, abgesehen von den der Höhe nach unstreitigen vorgelagerten Netzkosten der selbe ist.

Der Zulässigkeit der Beschwerde steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin eine Neubescheidung ihres Antrags durch den erkennenden Senat für teilweise bereits zurückliegende Zeiträume begehrt.

Die Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG ist rückwirkungsfähig. Eine rechtsgestaltende Wirkung, welche der Rückwirkung entgegenstehen könnte, kommt der Entgeltgenehmigung nicht zu, weil diese nur ein Höchstentgelt bestimmt. Zur Umsetzung der Rückwirkung können Nachzahlungsklauseln vereinbart werden (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2007, Az. VI - III Kart 289/06).

Soweit die Antragstellerin Verpflichtungsanträge bzw. einen Feststellungsantrag formuliert, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Gelangt der erkennende Senat zu dem Ergebnis, dass die Landesregulierungsbehörde zu Unrecht Kürzungen vorgenommen hat, wären nicht nur die angegriffenen Kostenpositionen neu zu berechnen, sondern darauf aufbauend die gesamte Kostenkalkulation. Es käme dann ein Bescheidungsbeschluss (entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO) in Betracht, da es an einer Spruchreife hinsichtlich der zu bewilligten Entgelte fehlen würde.

Der Zulässigkeit der Beschwerde steht ferner nicht entgegen, dass die Antragstellerin als Beschwerdegegenstand nur einzelne Kostenpositionen benennt.

Wie die Landesregulierungsbehörde allerdings zu Recht rügt, legt die Antragstellerin nicht dar, welchen Kostenblock sie ihrem Genehmigungsantrag zu Grunde gelegt hat und welchen Kostenblock die Landesregulierungsbehörde letztlich anerkannt hat. Die Netznutzungsentgelte werden regelmäßig auf der Basis des Kostenblockes errechnet, welcher auf den Kosten einer Betriebsführung basiert, die denen eines effizienten strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen (§§ 21, 23 a EnWG i. V. m. §§ 4 - 11 StromNEV).

Dies ist im Ergebnis jedoch unschädlich, weil, wie oben dargestellt, ein Bescheidungsbeschluss ergehen könnte.

Letztlich kann dies dahinstehen.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist nämlich unbegründet.

2.

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Die von der Antragstellerin begehrte Nutzungsgenehmigung für den Netzzugang Strom kann nur in dem Umfang erteilt werden, wie die beantragten Entgelte den Voraussetzungen der §§ 21, 23 a EnWG i. V. m. §§ 4 - 11 StromNEV entsprechen.

Die von der Landesregulierungsbehörde vorgenommene Kürzung der Kostenpositionen, welche unter anderem die Höhe der beantragten Entgelte bestimmen, sind zu Recht erfolgt.

Im Einzelnen gilt:

a) Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

Die Antragstellerin begehrt eine Verzinsung zu 5,4 % desjenigen Teiles des Eigenkapitals, welcher die zulässige Eigenkapitalquote, errechnet nach § 7 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 6 Abs. 2 StromNEV, übersteigt. Dieser übersteigende Teil ist nominal wie Fremdkapital zu verzinsen (§ 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV). Der dabei anzusetzende Zinssatz ist nach § 5 Abs. 2 StromNEV zu bemessen.

Soweit die Antragstellerin meint, der von der Landesregulierungsbehörde in Ansatz gebrachte Zinssatz von 4,8 % sei nicht kapitalmarktgerecht, aus § 5 Abs. 2 StromNEV ergebe sich quasi nur ein Basiszinssatz, der mit einer Risikoprämie von 0,6 zu beaufschlagen sei, kann ihr nicht gefolgt werden.

Wie der erkennende Senat bereits im Verfahren Kart W 3/06 entschieden hat, kommt es bei der Bemessung des Zinssatzes nach § 5 Abs. 2 StromNEV auf marktübliche Konditionen für vergleichbare Kreditaufnahmen an. Hinsichtlich des anzulegenden Maßstabes ist dabei als geeigneter Vergleichswert die durchschnittliche Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten der letzten zehn Kalenderjahre anzusetzen (so BR-Drucksache 245/05, S. 33).

Für die streitgegenständliche Genehmigung sind die Daten des Basisjahres 2004 maßgeblich. Das Ausfallrisiko im Jahre 2004 war jedenfalls gering. Auf dem Kapitalmarkt wurden Netzbetreiber, so auch die Antragstellerin, als sichere Kunden angesehen.

Dies folgt aus dem Umstand, dass Netzbetreiber in 2004 auf Grund ihrer „Alleinstellung“ ganz erhebliche Marktmacht besessen haben. Die Kunden der Netzbetreiber - hier die durchleitenden Unternehmen - waren auf diese angewiesen. Flächendeckende konkurrierende Netzbetreiber im Versorgungsbetrieb gab und gibt es offensichtlich nicht.

Auch die Kunden im Strombezug sind von dem Netzbetreiber abhängig. Sie sind zudem auf Grund staatlicher Fürsorge im besonderen Maße „sichere Kunden“ der Netzbetreiber. Wie das Oberlandesgericht Stuttgart zutreffend ausgeführt hat (Beschluss vom 3.5.2007 - 202 EnWG 4/06) stellt sich die Versorgung mit netzgebundener Energie als so bedeutender volkswirtschaftlicher Faktor dar, dass der Kapitalmarkt ohne weiteres darauf bauen kann, Energieversorgungsunternehmen könnten hinsichtlich ihres Erhaltes und Bestandes auf größere staatliche Fürsorge und Unterstützung bauen als die Mehrheit anderer Wirtschaftsbereiche.

Netzbetreiber sind jedenfalls derzeit solvente Schuldner mit niedrigem Risikofaktor (so auch OLG München, ZNER 2007, 62).

Die Antragstellerin hat außerdem nicht dargetan, dass sie tatsächlich zu einem weitaus höherem Zinssatz Fremdkapital aufnehmen musste.

b) Kostenstelle „technische Verwaltung“

Die Antragstellerin hat die begehrten Entgelte auf der Grundlage ihrer tatsächlichen Kosten der Betriebsführung zu ermitteln, § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG.

Die von der Antragstellerin zu Grunde gelegten Kosten ergeben sich aus den Betriebsabrechnungsbögen (Anlage BG 1).

Die angefallenen Kosten muss die Antragstellerin sachgerecht auf die einzelnen Sparten des Gesamtunternehmens verteilen. Hierzu bedarf es eines angemessenen Verteilungsschlüssels (§ 12 StromNEV).

Die Parteien streiten um die sogenannten aufwandsgleichen Kosten im Sinne von § 5 Abs. 1 StromNEV (Kosten „technische Verwaltung“). Da die Antragstellerin sowohl ein Stromnetz hat als auch im Stromvertrieb tätig ist, müssen die umstrittenen Kosten sachgerecht verteilt werden. Als Verteilerschlüssel hat die Antragstellerin dabei die Länge des Leitungsnetzes angesetzt.

Dieser Schlüssel erscheint nicht sachgerecht, wie die Landesregulierungsbehörde zutreffend ausführt.

Die umstrittenen Kosten dieser Kostenstelle resultieren unstreitig aus der allgemeinen Verwaltung des Gesamtunternehmens (Aufwendungen für Fremdleistungen an der Betriebs- und Geschäftsausstattung im allgemeinen Bereich, Reparaturen und Bauleistungen, sowie Abschreibungen auf das Sachanlagevermögen des allgemeinen Bereichs).

Wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 2007 klargestellt haben, sind die Kosten der Kostenstelle „technische Verwaltung“ betreffend die Bereiche Gas und Strom zu 81,22 % auf den Bereich Strom bilanziert worden, im Übrigen auf den Bereich Gas. Der sich so ergebende Betrag im Bereich Strom ist von der Antragstellerin zu 100 % dem Netz zugeschlagen worden, mithin zu 0 % dem Vertrieb im Bereich Strom.

Soweit die Antragstellerin meint, diese von ihr vorgenommene Verteilung sei sachgerecht, obliegt ihr die Darlegungs- und Beweislast.

Zwar gilt im Beschwerdeverfahren der Untersuchungsgrundsatz (§ 82 Abs. 1 EnWG). Gleiches gilt für das Verfahren vor der Landesregulierungsbehörde (§ 57 EnWG). Eine formelle Beweislast entsprechend den Vorschriften der Zivilprozessordnung gibt es im vorliegenden Verfahren nicht.

Bei Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz ist die materielle Beweislast maßgeblich. Danach richtet sich, zu wessen Lasten die Nichtaufklärbarkeit des Sachverhaltes trotz Durchführung der im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes gebotenen und zumutbaren Ermittlungsmaßnahmen geht. Die materielle Beweislast richtet sich nach dem anzuwendenden materiellen Recht. Die Unerweislichkeit von Tatsachen geht zu Lasten derjenigen Partei, die eine ihr günstige Rechtsfolge herleiten will. Im Antragsverfahren auf Erlass eines günstigen Verwaltungsaktes trägt der Antragsteller die materielle Beweislast für sämtliche Voraussetzungen seines Anspruches (OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.4.2007, Az. 202 EnWG 8/06, dort Rn. 94 m. w. H.).

Die Landesregulierungsbehörde hat im Verwaltungsverfahren ihrer Aufklärungspflicht genügt.

Der anzuwendende sachgerechte Schlüssel ist zwischen den Parteien erörtert worden. Die Landesregulierungsbehörde hat auf ihre Bedenken hingewiesen. Die für die Antragstellerin tätige Wirtschaftsberatung E... GmbH hat daher selbst mit Schreiben vom 30.8.2006 vorgeschlagen, den Verteilerschlüssel der Kostenstelle 90 100 (Geschäftsführung) heranzuziehen - wie geschehen - , da eine andere Differenzierung der Kosten „technische Verwaltung“ nicht möglich sei.

Die Antragstellerin trägt im Beschwerdeverfahren zum Verteilerschlüssel nichts weiter vor. Es ist daher davon auszugehen, dass die Landesregulierungsbehörde bei Beurteilung der Sachgerechtigkeit des Verteilerschlüssels das ihr obliegende Ermessen rechtswirksam ausgeübt hat. Der Senat ist nicht verpflichtet, eine unterbliebene Substantiierung und Konkretisierung eines allgemein gehaltenen Vortrages für eigene Ermittlungen herbeizuführen.

Daraus folgt, dass die Landesregulierungsbehörde zutreffend aus der Kostenstelle „technische Verwaltung“ statt von der Antragstellerin begehrte 172.150,22 € lediglich 100.867,62 € als aufwandsgleiche Kostenpositionen anerkannt hat.

c) Außerplanmäßige Abschreibungen

Die Antragstellerin hat im Betriebsabrechnungsbogen (Bl. 50 VA-Akte, dort Zeile 38) unter der Kostenart „Sonstige betriebliche Kosten“ in der Unterposition „Sonstiges“ einen Betrag von 464.492 € geltend gemacht.

Dabei handelt es sich in Höhe von 160.870,52 € um Aufwendungen für Anlagenabgänge der Jahre 1997 - 2003, die in den Jahren vor dem hier maßgeblichen Geschäftsjahr 2004 buchhalterisch nicht erfasst worden sind.

Die Landesregulierungsbehörde hat mit dem angefochtenen Bescheid zu Recht diese Aufwendungen nicht berücksichtigt mit der Begründung, wäre ordnungsgemäß im jeweiligen Abgangsjahr abgeschrieben worden, wäre die letzte Abschreibung für 2003 erfolgt, mithin für das hier maßgebliche Geschäftsjahr 2004 nichts mehr abzuschreiben gewesen.

Bei Bemessung des zulässigen Netznutzungsentgelts sind bilanzielle und kalkulatorische Kosten des Netzbetriebes nur insoweit anzusetzen, als sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen (§ 4 Abs. 1 StromNEV).

Zur Bestimmung der Netzkosten ist eine kalkulatorische Rechnung zu erstellen, ausgehend von den Gewinn- und Verlustrechnungen des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres (§ 4 Abs. 2 Satz 1 StromNEV). Die Netzkosten werden dabei unter anderem von den aufwandsgleichen Kosten nach § 5 StromNEV bestimmt. § 5 Abs. 1 nimmt wiederum Bezug auf die Gewinn- und Verlustrechnung.

Daraus folgt, dass die von der Antragstellerin vorgenommenen Abschreibungen, die zu diesen aufwandsgleichen Kosten zählen, den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (§ 253 HGB) entsprechen müssen und darüber hinaus mit § 4 Abs. 1 StromNEV vereinbar sind. In diesem Zusammenhang ist immer das Ziel der Regulierung nach EnWG i. V. mit der StromNEV zu beachten. Die genannten Vorschriften dienen nämlich der Simulierung eines vom Wettbewerb regierten Marktes, bei dem sich viele Anbieter und Abnehmer gegenüberstehen. Auf einem solchen Markt wäre es einem Teilnehmer nicht möglich, den Preis zu erhö-

hen durch Nachholung von nicht gedeckten Kosten im maßgeblichen Geschäftsjahr. Bei Preiserhöhungen würden die Abnehmer zu anderen Anbietern wechseln.

Die Antragstellerin legt bereits nicht dar, dass ihre außerplanmäßigen Abschreibungen den gesetzlichen Vorschriften, die bei Erstellung der Gewinn- und Verlustrechnung zu beachten sind, entsprechen.

Regeln zu außerplanmäßigen Abschreibungen in der Handelsbilanz finden sich in § 253 Abs. 2 Satz 3 HGB; diese gelten auch für die Erstellung der Steuerbilanz (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EStG).

Das von der Antragstellerin geltend gemachte Wahlrecht besteht nur bei vorübergehender Natur der Wertminderung (§ 253 Abs. 2 Satz 3 1. Halbsatz HGB).

Bei dauernder Wertminderung besteht eine Abwertungspflicht (§ 253 Abs. 2 Satz 3 2. Halbsatz HGB).

Hinreichender Vortrag der Antragstellerin hierzu fehlt. Ihr obliegt im vorliegenden Falle die Darlegungs- und Beweislast unter den gleichen Voraussetzungen, wie oben unter Ziffer II 2 d ausgeführt.

Auch soweit die Antragstellerin nunmehr abweichend zu ihrem Vortrag im Verwaltungsverfahren geltend macht, bei den von den Abschreibungen betroffenen Wirtschaftsgütern handle es sich um stillgelegte Wirtschaftsgüter, bei denen die Entscheidung zum dauerhaften Ausscheiden erst 2004 gefasst worden sei, verhilft dies der Beschwerde nicht zum Erfolg.

Es kann dabei dahinstehen, ob, wie die Landesregulierungsbehörde meint, die Antragstellerin mit diesem Vortrag im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen ist.

Denn auch wenn es sich um zulässigen neuen Vortrag im Beschwerdeverfahren handeln sollte, besitzt dieser nicht die erforderliche Substantiierung.

Die Antragstellerin legt nicht im Einzelnen dar, um welche Wirtschaftsgüter zu welchen Anschaffungswerten es sich handeln solle und wann und warum diese stillgelegt worden sein sollen.

Diesen unzureichenden Vortrag der Antragstellerin hat die Landesregulierungsbehörde im Beschwerdeverfahren bereits gerügt. Weiterer Vortrag der Antragstellerin ist daraufhin nicht erfolgt.

Da also nicht feststeht, dass die außerplanmäßigen Abschreibungen handelsrechtlich zulässig sind, kann eine Berücksichtigung nach § 5 Abs. 1 StromNEV nicht erfolgen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, weil es sich bei den Fragen der Auslegung und Anwendung der §§ 5 - 8 StromNEV um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt und zudem zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes erforderlich ist (§ 86 Abs. 2 EnWG).

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt (§ 86 I EnWG).

Die Rechtsbeschwerde steht der Regulierungsbehörde sowie der Antragstellerin zu (§ 88 I EnWG). Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht; die §§ 546, 547 ZPO gelten entsprechend (§ 88 II EnWG).

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim **Brandenburgischen Oberlandesgericht, Gertrud-Piter-Platz 11, 14470 Brandenburg**, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Entscheidung (§ 88 III EnWG). Die Rechtsbeschwerde ist zu begründen; die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden (§§ 88 V, 78 III EnWG). Die Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird (§§ 88 V, 78 IV Nr. 1 EnWG). Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Regulierungsbehörde (§§ 88 V, 78 V EnWG).

Eberhard

Kuhlig

Dr. Schwonke