

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Netzentgeltverordnungen - Faktische Kapitalvernichtung für einzelne Netzbetreiber -

von RAin W. Reimann und RAin Dr. M. Birkenmaier, Bethge.Reimann.Stari, Berlin
und WP/StB M. Pencereci, Göken, Pollak und Partner Treuhandgesellschaft mbH, Bremen

Erstmalig zum 1. November 2005 (Strom) und zum 1. Februar 2006 (Gas) waren die Betreiber von Strom- und Gasnetzen verpflichtet, Anträge auf Genehmigung ihrer Netzentgelte bei den jeweils zuständigen Regulierungsbehörden zu stellen. Grundlage der Antragstellung sollten nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und die Netzentgeltverordnungen für die Strom- und die Gasversorgung (Strom- bzw. GasNEV) sein.

Die Einhaltung der Vorgaben der Netzentgeltverordnungen, insbesondere die Verknüpfung mit dem bilanziellen Ansatz des Anlagevermögens, führt im Ergebnis allerdings bei vielen Netzbetreibern zu einer erheblichen Kapitalvernichtung. Davon betroffen sind solche Unternehmen, die in der Vergangenheit Sanierungsmaßnahmen (Reinvestitionen) zulässigerweise nicht aktiviert, sondern als Aufwand im Jahresabschluss abgebildet haben. Bei der Berechnung der Netznutzungsentgelte werden nämlich aufgrund des bilanziellen Ansatzes der Strom- bzw. GasNEV die in den Vorjahren als Aufwand verbuchten Sanierungen nicht berücksichtigt. Demgegenüber sind Unternehmen, welche die Sanierungskosten in der Vergangenheit aktiviert haben, berechtigt, diese Kosten auch weiterhin in die Berechnung der Netzentgelte einfließen zu lassen.

Nachfolgend werden wir darstellen, dass begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses bilanzbezogenen Kalkulationsansatzes der Netzentgeltverordnungen bestehen. Vor diesem Hintergrund dürfte im Netzentgeltgenehmigungsantrag allein eine sachzeitwertorientierte Bewertung des Anlagevermögens zu Grunde gelegt werden.

I. Auswirkung des bilanziellen Ansatzes der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV auf Netzbetreiber

§ 6 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 bzw. § 7 Abs. 1 der Strom-/GasNEV sehen vor, dass der Netzentgeltermittlung Netzkosten zugrunde gelegt werden, die auf den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten basieren. Der Begriff der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten ist in § 6 Abs. 2 Nr. 2 Strom-/GasNEV legal definiert als „die im Zeitpunkt der Errichtung einer Anlage erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten“. Die Netzkosten werden folglich auf Basis der handelsrechtlichen Bilanz errechnet. Im Rahmen der folgenden Betrachtung wird davon ausgegangen, dass die handels- und steuerbilanziellen Ansätze aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips identisch sind.

Im Einzelnen bedeutet das Abstellen auf die handelsrechtliche Bilanz, dass gemäß § 6 Strom-/GasNEV bei der Ermittlung der Netzkosten die vorgesehene Berücksichtigung der Wertminderung dieser Anlagegüter über das Ansetzen der kalkulatorischen Abschreibung als Kostenposition erfolgt. Die kalkulatorische Abschreibung dieser Anlagegüter basiert auf den Werten der handelsrechtlichen Bilanz. Dasselbe gilt für die Verzinsung des Eigenkapitals nach § 7 Strom-/GasNEV; auch diese erfolgt auf der Grundlage des kalkulatorisch fortgeschriebenen bilanziellen Wertes des Eigenkapitals. Mithin werden Investitionen in Netze, die in der Vergangenheit getätigt wurden, bei der heutigen Netzkostenermittlung nur dann berücksichtigt, wenn die Investitionen zu einer Aktivierung der Anlagegüter in der Bilanz geführt haben. Wurden die Investitionen in die Netze dagegen im Aufwand berücksichtigt, können die dafür in der Vergangenheit aufgewendeten Kosten nicht in die Netzentgeltkalkulation einfließen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass sich in der Vergangenheit u.a. aus rein steuerlichen Gründen vorgenommene Bilanzierungsentscheidungen, in der Gegenwart als sachwertvernichtend für das Unternehmen auswirken. Es werden damit steuerrechtliche Grundentscheidungen der Unternehmen, deren

Gründe sehr unterschiedlich sein konnten, zum Maßstab der Netzentgeltkalkulation gemacht, ohne dabei zu berücksichtigen, dass mit den geltenden steuerrechtlichen Vorgaben andere Ziele verfolgt werden als mit der Regulierung der Netzentgelte. So lag die Motivation für eine aufwandswirksame Verrechnung von Reinvestitionen nicht zwingenderweise in der Ertragskraft der Sparte "Elektrizität" oder "Gasversorgung". Es können hier auch gesamtunternehmerische Aspekte (z. B. Steueroptimierungen) zu einer aufwandswirksamen Verrechnung geführt haben. Andererseits wurde eine Aktivierung u. a. deshalb vorgenommen, um die Ergebnisse defizitärer Sparten (z. B. Bäder, ÖPNV) ausgleichen zu können.

Diese Problematik wurde auch in der Vergangenheit bereits von den Tarifpreisgenehmigungsbehörden gesehen. Diese wiesen in Arbeitsanleitungen für die Darstellung der Kosten- und Erlöslage im Tarifpreisgenehmigungsverfahren ausdrücklich daraufhin, dass für den Nachweis der Kosten- und Erlöslage neben dem handelsrechtlichen Jahresabschluss eine kalkulatorische Rechnung erforderlich sei, da die Gewinn- und Verlustrechnung von unternehmenspolitischen, bilanztaktischen und steuerrechtlichen Überlegungen geprägt sei, die eine Aussage über die echte Kosten- und Erlöslage in der Stromversorgung sowie einen zeitlichen und überbetrieblichen Vergleich erschweren bzw. unmöglich machen.¹ Die kalkulatorische Rechnung soll derartige Einflussfaktoren eliminieren und auf eine möglichst kostenverursachungsgerechte, perioden- und betriebsbezogene Ermittlung der Kosten- und Erlöslage abstellen.²

1. Faktisches Wahlrecht bei der Bilanzierung

Die Maßgeblichkeit der bilanziellen Werte des Leitungsnetzes für die Ermittlung der Netzkosten im Rahmen der Strom- bzw. GasNEV ist gerade deshalb problematisch, weil im Hinblick auf die Bilanzierung von Aufwendungen für das Leitungsnetz keine einheitliche Bilanzierungspraxis existierte und existiert. Im Gegenteil, es stehen sich zwei völlig konträre Bilanzierungsmöglichkeiten gegenüber, die von den Energieversorgungsunternehmen unter steuerlichen Optimierungsgesichtspunkten unterschiedlich angewendet wurden.

Grundsätzlich ist im Hinblick auf die bilanzielle Bewertung von Aufwendungen zu differenzieren. Aufwendungen, die für die Herstellung eines Wirtschaftsgutes entstehen (sog. erstmalige Herstellungskosten) oder für dessen Erweiterung oder für eine über seinen ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung (sog. weitere Herstellungskosten), sind als **Herstellungskosten** gemäß § 255 Abs. 2 Satz 1 HGB zu qualifizieren.³ Diese Herstellungskosten sind bilanziell zu aktivieren, d. h. im Anlagevermögen abzubilden. Aufwendungen hingegen, die ein bereits hergestelltes Wirtschaftsgut zwar verändern – z. B. um dessen Nutzungsfähigkeit zu erhalten –, aber weder erweitern noch über seinen ursprünglichen Zustand hinaus wesentlich verbessern, stellen **Erhaltungsaufwand** dar und sind als solcher auch in bilanzieller Hinsicht zu betrachten. Diese Aufwendungen sind demnach als Aufwand zu verbuchen. Maßgeblich dafür, welcher dieser beiden Gruppen die durchgeführten Erhaltungsaufwendungen zu zuordnen ist, ist deren Verhältnis zum Wirtschaftsgut insgesamt bzw. die Definition des Wirtschaftsgutes. Für die Energieversorgungswirtschaft gilt diesbezüglich Folgendes:

¹ Vgl. Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr, Grundsätze des Verfahrens zur Prüfung der Kosten- und Erlöslage in der Elektrizitätsversorgung nach der Bundestarifordnung Elektrizität vom 18. Dezember 1989, Ausgabe Januar 1991, Ziffer 5.2, S. 4; Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung, Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Energiepreise“ vom 10./11. Juni 1997, S. 1.

² Vgl. Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr, Grundsätze des Verfahrens zur Prüfung der Kosten- und Erlöslage in der Elektrizitätsversorgung nach der Bundestarifordnung Elektrizität vom 18. Dezember 1989, Ausgabe Januar 1991, Ziffer 5.2, S. 4; Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung, Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Energiepreise“ vom 10./11. Juni 1997, S. 1.

³ Vgl. dazu BFH vom 10. Juni 1992, Aktz. I R 9/91, Rdn. II 1 a).

Schon seit 1952 wird in der Finanzverwaltung die Bilanzierungshilfe „Bilanzierung in Jahressammelposten“ anerkannt.⁴ Danach werden losgelöst von den so eben geschilderten Grundsätzen die Erweiterung, Verstärkung und Erneuerung des Netzes als – selbständig bewertbares – Wirtschaftsgut (Jahressammelposten) behandelt.⁵ Die diesbezüglichen Aufwendungen werden danach aktiviert, d.h. im Anlagevermögen abgebildet.

Im Jahre 1992 urteilte der Bundesfinanzhof zugunsten der Steuerpflichtigen, dass im Hinblick auf Energieversorgungsnetze nicht die einzelne Leitung, sondern das gesamte Verteilnetz innerhalb einer Gemeinde und innerhalb einer Spannungsstufe als einheitliches Wirtschaftsgut zu definieren sei.⁶ Daraus folgt, dass nach den allgemeinen Grundsätzen nur die Aufwendungen als aktivierungspflichtige Herstellungskosten anzuerkennen sind, die Leitungsarbeiten betreffen, die zu einer Erweiterung und Verbesserung des gesamten Wirtschaftsgutes Netz führen. Aufwendungen für den Ersatz von Leitungen oder die Verlegung von Leitungen, die nicht zu einer Erweiterung des Wirtschaftsgutes Netz führen, dienen hingegen nur der Erhaltung der Nutzungsfähigkeit des Wirtschaftsgutes Netz. Ersatzleitungen sind danach – auch wenn zu ihrer Herstellung ausschließlich neues Material verwendet wird und sie somit neuwertig sind – kein selbständig neu hergestelltes Wirtschaftsgut, sondern Teil des Wirtschaftsgutes Netz.⁷ Die Aufwendungen hierfür wären danach – anders als über die Jahressammelposten-Methode – nicht zu aktivieren, sondern als Erhaltungsaufwand zu qualifizieren und dem entsprechend aufwandsbezogen zu bilanzieren.

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes stellte die Finanzverwaltung jedoch klar, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn auch weiterhin die Jahressammelposten-Methode angewendet werde.⁸ D.h. die Aufwendungen für Ersatzleitungen könnten auch weiterhin wie die Aufwendungen für die Erweiterung und Verstärkung des Netzes als – selbständig bewertbares – Wirtschaftsgut (Jahressammelposten) behandelt werden. Grund hierfür war, dass aus Sicht der Finanzverwaltung unter Besteuerungsgesichtspunkten eine Aktivierung durchaus wünschenswert war, da sich Aufwendungen in Netze nicht in voller Höhe, sondern nur im Rahmen von Abschreibungen gewinnmindernd auswirkten. Aufwendungen konnten und können also nach wie vor aktiviert, d.h. im Anlagevermögen erfasst werden.

Es bestand und besteht im Ergebnis damit de facto ein Wahlrecht für die Netzbetreiber im Hinblick auf die bilanzielle Behandlung der Aufwendungen für die Netz- bzw. Leitungserneuerung.

2. Willkürliche Ungleichbehandlung bei Ausübung des Wahlrechtes

Diese zwei verschiedenen Bilanzierungsmöglichkeiten haben auf die Berechnung der Netzentgelte unterschiedliche Auswirkungen. Werden Aufwendungen nach den vom Bundesfinanzhof hervorgehobenen allgemeinen Grundsätzen als Aufwand verbucht, findet sich weder der Sachwert der Anlagen in der handelsrechtlichen Bilanz wieder, noch entspricht der bilanzielle Kapitalwert dem tatsächlich eingesetzten Kapital. Es besteht infolgedessen im Hinblick auf die getätigten Aufwendungen weder die Möglichkeit diese Aufwendungen über eine kalkulatorische Abschreibung noch über die Verzinsung des eingesetzten Kapitals bei der Netzkostenermittlung zu berücksichtigen. Bei Aufwendungen, die in der Vergangenheit entstanden sind, führt diese Bilanzierung dazu, dass die Aufwendungen gar nicht mehr in die Netzkostenermittlung eingehen könnten. Bei gegenwärtigen Aufwendungen führt diese Bilanzierung dazu, dass die Aufwendungen zwar angesetzt werden können, jedoch eine Berücksichtigungsfähigkeit in voller Höhe mög-

⁴ Vgl. Kaminski, Kevelaer, Lambertz, Versorgungswirtschaft 9/98, S. 201, mit entsprechenden Nachweisen.

⁵ Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Erlass vom 30. Mai 1997, IV B 2 – S. 2170 – 53/87, veröffentlicht im BStBl. 1997 I 567.

⁶ Vgl. dazu BFH vom 10. Juni 1992, Aktz. I R 9/91, Rdn. II 1 b).

⁷ Vgl. dazu BFH vom 10. Juni 1992, Aktz. I R 9/91, Rdn. II 1 b).

⁸ Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Erlass vom 30. Mai 1997, IV B 2 – S. 2170 – 53/87, veröffentlicht im BStBl. 1997 I 567.

licherweise bei einem Vergleich der Netzentgelte mit Unternehmen, welche aufgrund von Investitionsmaßnahmen eine entsprechende Aktivierung im Anlagevermögen vorgenommen haben, nicht gesichert ist (Vergleichsmarktprinzip). Denn eine gegenwärtige aufwandsbezogene Bilanzierung wird aufgrund des nur einmaligen Ansatzens der Kosten immer dazu führen, dass die Netzkosten höher sein werden als bei einer Bilanzierung im Anlagevermögen und einem damit verbundenen ratierlichen Ansetzen in Form von Abschreibungen.

Werden Aufwendungen für Reinvestitionen in das Netz hingegen über eine Jahres-sammelposten als Anlagevermögen verbucht, spiegelt sich der reale Sachwert nach den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betroffenen Netzanlagen in der handelsrechtlichen Bilanz wider. Der bilanzielle Kapitalwert entspricht dann dem eingesetzten Kapital auf historischer Basis. Die Kosten werden in Form der kalkulatorischen Abschreibung als Netzkostenposition in vollem Umfang – allerdings ratierlich – berücksichtigt. Die Verzinsung erfolgt auf das Kapital, welches eingesetzt wurde. Für Investitionen, die in der Vergangenheit getätigt wurden, können Unternehmen auch jetzt noch die anteiligen Kosten in Form der kalkulatorischen Restwerte über kalkulatorische Abschreibungen geltend machen. Die Netzentgelte werden höher ausfallen, als bei den Unternehmen, welche in der Vergangenheit eine aufwandsbezogene Bilanzierung vorgenommen haben.

Die Ausübung des faktisch bestehenden bilanzrechtlichen Wahlrechtes hat damit unmittelbare Auswirkungen auf die Höhe der nach §§ 4 ff. Strom-/GasNEV zu ermittelnden Netzkosten und somit auf die Netzentgeltberechnung. Im Falle der aufwandsbezogenen Bilanzierung errechnen sich trotz derselben in der Vergangenheit getätigten Aufwendungen und demselben realen Wert des Netzes andere (niedrigere) Netzkosten und damit andere (niedrigere) Netzentgelte als im Falle der Verbuchung der Kosten als Herstellungskosten des Anlagevermögens. Denn nur bei der Behandlung als Herstellungskosten wird der Netzentgeltermittlung der reale Sachwert des Netzes zugrunde gelegt. Zugleich wird ein Vergleich der Netzentgelte im Rahmen des Vergleichsmarktprinzips problematisch, denn es lassen sich keine Netzentgelte vergleichen, die mal auf einer aufwandsbezogenen Bilanzierung und mal auf einem Ansatz im Anlagevermögen beruhen. Es wird damit deutlich, dass eine Ausübung des faktischen bilanziellen Wahlrechts zu einer willkürlich unterschiedlichen Behandlung der Netzkosten bei den betroffenen Unternehmen führt. Aus den nachfolgend dargestellten Beispielfällen wird erkennbar, welche gravierenden Auswirkungen diese willkürliche Ungleichbehandlung für Netzbetreiber in der Praxis haben kann.

II. Beispielfälle

Beispiel 1:

Das nachfolgende Beispiel veranschaulicht, wie ein Unternehmen bei gleicher Qualität des Versorgungsnetzes allein aufgrund der aufwandswirksamen Verbuchung der Sanierungskosten bei der Netzentgeltkalkulation nur geringere Netzkosten zugrunde legen kann und damit geringere Netznutzungsentgelte erhält als wenn es die Sanierungen aktiviert hätte.

Im Jahr 2003 saniert ein Unternehmen seine Leitungsnetze im Wertumfang von € 1 Mio. Es wird einmal dargestellt, wie sich diese Sanierung bei Aktivierung (Unternehmen A) und bei sofortiger aufwandswirksamer Verrechnung (Unternehmen B) für die Netzkostenermittlung auf Basis des Jahres 2004 und damit auf die Beantragung der Netznutzungsentgelte im Jahr 2005 auswirkt.

	Unternehmen <u>A</u>	Unternehmen <u>B</u>
	T€	T€
Sanierungsaufwand 2003	1.000	1.000
Behandlung im Jahresabschluss	Aktivierung	Aufwand
Kosten bei der Netzentgeltkalkulation auf Basis des Jahres 2004:		
Abschreibungen* (kalkulatorisch)	25	0
Eigenkapitalzinsen bei 6,5 % auf kalk. Restwert	<u>63</u>	<u>0</u>
Kosten gesamt	<u>88</u>	<u>0</u>

* Preissteigerung vernachlässigt

Die bei Unternehmen A dargestellten Abschreibungen und Zinsen gehen in die Kalkulation der Netznutzungsentgelte ein; die Netznutzungsentgelte fallen entsprechend hoch aus. Die zukünftigen Einnahmen des Unternehmens erhöhen sich. Die laufenden zusätzlichen Einnahmen reduzieren sich jährlich durch den ratiellen Abbau des Anlagevermögens im Wege der Abschreibung. Insgesamt nimmt das Unternehmen A über die Abschreibung den gesamten Sanierungsaufwand zzgl. der Verzinsung gegenüber dem Unternehmen B zusätzlich ein.

Beispiel 2:

Das zweite Beispiel verdeutlicht, wie sich die Systematik der Netzentgeltverordnung aus Sicht eines Geschafters darstellt. Das Unternehmen, welches Reinvestitionen aufwandswirksam verrechnet hat, wird faktisch auf Dauer schlechter gestellt. In Abhängigkeit von der Bilanzierungspraxis erhält es bei ansonsten gleichem Sachverhalt geringere Netzentgelte. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Gesellschaft Kapital vorenthalten wird, welches den Geschaftern nicht mehr für Ausschüttungszwecke zur Verfügung steht.

Die Unternehmen A und B erwirtschaften bei gleichem Kundenpreis ein Ergebnis vor Sanierungsmaßnahmen von € 1 Mio. In den letzten Jahren vor der Regulierung werden Sanierungen durchgeführt, die das Unternehmen A als Aufwand verrechnet, während das Unternehmen B eine Aktivierung vornimmt und auf Basis technisch-wirtschaftlicher Nutzungsdauern abschreibt. In dem Beispiel wird grundsätzlich (Unternehmen A und B₁) eine Vollausschüttung unterstellt. Zum Vergleich wird für Unternehmen B₂ der gegenteilige Fall einer Thesaurierung unterstellt. Dabei ergeben sich folgende Werte, bei denen die Steuerauswirkungen zur Verdeutlichung unberücksichtigt bleiben:

Jahr	01	02	03	04	05	06 Regulierung
	T€	T€	T€	T€	T€	T€

Unternehmen A						
Erträge	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	
Aufwendungen ohne Sanierung	9.000	9.000	9.000	9.000	9.000	
Ergebnis vor Sanierungsaufwendungen	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	
Sanierungsaufwand	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	
Ergebnis=Ausschüttung	0	0	0	0	0	

Unternehmen B₁						
Erträge	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	
Aufwendungen ohne Sanierung	9.000	9.025	9.050	9.075	9.100	
Ergebnis vor Sanierung	1.000	975	950	925	900	
Sanierungsaufwand	0	0	0	0	0	
Ergebnis=Ausschüttung	1.000	975	950	925	900	

Unternehmen B₂						
Erträge	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	
Aufwendungen ohne Sanierung	9.000	9.025	9.050	9.075	9.100	
Ergebnis vor Sanierung	1.000	975	950	925	900	
Sanierungsaufwand	0	0	0	0	0	
Ergebnis=Thesaurierung	1.000	975	950	925	900	

Die Gesellschafter des Unternehmens A erhalten mangels positivem Ergebnis bis zum Zeitpunkt der Regulierung keine Ausschüttungen. Da die Vermögensverbesserung aus der durchgeführten Sanierungsmaßnahme mangels Erfassung im Anlagevermögen aufgrund der Systematik der Netzentgeltverordnung nicht berücksichtigt wird, gehen diese Kosten weder in Form von Zinsen noch als Abschreibungen in die Kalkulation der Entgelte ein. Die Netzentgelte für Unternehmen A verringern sich demnach um eben diesen Betrag. Eine Ausschüttung in Höhe der Sanierungsaufwendungen wird daher auch zukünftig nicht möglich sein.

Bei Unternehmen B₁ besteht aufgrund der Aktivierung in Höhe der Sanierungskosten (T€ 5.000) nach Abzug der zwischenzeitlich vorgenommenen Abschreibungen (T€ 375) ein zusätzliches Anlagevermögen in Höhe von T€ 4.625. Diesem steht durch die vorgenommene Ausschüttung in gleicher Höhe Fremdkapital gegenüber. In die zukünftigen Netznutzungsentgelte werden der Wert des Anlagevermögens über Abschreibungen und die Zinsen auf das Fremdkapital einkalkuliert. Dadurch entstehen entsprechend hohe Netznutzungsentgelte, über welche die Gesellschaft das in der Vergangenheit aufgrund der Ausschüttungen zusätzlich aufgenommene Fremdkapital abbauen kann. Im Ergebnis werden damit die in der Vergangenheit vorgenommenen Ausschüttungen über zukünftige Netznutzungsentgelte finanziert.

Bei Unternehmen B₂ gilt aufgrund der Aktivierung hinsichtlich des angewachsenen Anlagevermögens dasselbe wie für Unternehmen B₁. Da Unternehmen B₂ aber im Gegensatz zu Unternehmen B₁ keine Ausschüttungen vorgenommen hat, ergeben sich zukünftig über Abschreibungen und Zinsen (Eigenkapital + Fremdkapital wegen des Steueranteils) zusätzliche Einnahmen aus Netznutzungsentgelten von hochgerechnet ca. T€ 9.000. Diese zusätzlichen Einnahmen wären in der Zukunft in erheblichem Umfang ausschüttungsfähig.

III. Unwirksamkeit der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV

Die Bindung der Netzkostenkalkulation der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV an die handelsrechtlichen Bilanzierungswerte ist unzulässig. Zum einen fehlt es an einer Ermächtigungsgrundlage, zum anderen liegt darin ein Verstoß gegen die Art. 3, 14 und 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG).

1. Fehlende Ermächtigungsgrundlage

Der Ordnungsgeber wird über § 24 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 4 EnWG ermächtigt, Regelungen zur Ermittlung der Entgelte für den Netzzugang zu treffen, *„wobei die Methode zur Bestimmung der Entgelte so zu gestalten ist, dass eine Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 gesichert ist und die für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze notwendigen Investitionen in die Netze gewährleistet sind“*. Die in Bezug genommene Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 EnWG umfasst die *„angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals“*. Zudem sind alle Regelungen des EnWG – und damit auch die Ermächtigungsgrundlage des § 24 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 4 EnWG – im Lichte der Ziele des Gesetzes auszulegen. Zu den Zielen des EnWG gehört nach § 1 EnWG u. a. die Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebes von Energieversorgungsnetzen. Mit dem Erlass der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV, welche die Netzentgeltkalkulation an die handelsrechtlichen Bilanzierungswerte binden ohne dabei den realen Sachwert der Netzanlagen zu berücksichtigen, überschreitet der Ordnungsgeber diese Ermächtigungsgrundlage.

Eine *„Verzinsung des eingesetzten Kapitals“* im Sinne von § 21 Abs. 2 EnWG wird durch die auf den §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV basierende Bindung der Netzentgeltkalkulation an die bilanziellen Werte nicht erreicht. Die bilanziellen Werte des Anlagevermögens differenzieren nämlich danach, welche Bilanzierungsmethode das Unternehmen wählt, d.h. ob das Unternehmen aufwandswirksam bilanziert oder die Aufwendungen aktiviert hat. Im Falle der Aktivierung der Aufwendungen ergeben sich im Hinblick auf die Verzinsung des eingesetzten Kapitals noch keine Probleme. In diesen Fällen entspricht der bilanzielle Wert des Anlagevermögens dem durch Aufwendungen bestimmten realen Sachwert nach den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes. Damit erfolgt eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals, da die Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Strom-/GasNEV auf die kalkulatorischen Restwerte des bilanziellen Anlagevermögens abstellt. Im Falle einer aufwandswirksamen Verbuchung jedoch spiegeln sich die Aufwendungen für Netzerneuerungen und damit der reale Sachwert des Netzes nicht im bilanziellen Anlagevermögen wider. Die allein auf das bilanzielle Anlagevermögen abstellende Eigenkapitalverzinsung nach § 7 Strom-/GasNEV umfasst die getätigten Aufwendungen daher nicht. Eine Verzinsung des *„eingesetzten Kapitals“* findet in diesen Fällen somit gerade nicht statt.

Auch den Anforderung des § 24 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 4 EnWG, wonach eine Ermächtigungsgrundlage nur für eine Verordnung besteht, sofern diese *„die für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze notwendigen Investitionen in die Netze gewährleistet“*, werden die §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV nicht gerecht. Die Bindung an die bilanziellen Werte des Anlagevermögens führt im Falle der aufwandswirksamen Verbuchung von Aufwendungen in der Vergangenheit dazu, dass diese Aufwendungen – da sie sich nicht im bilanziellen Anlagevermögen widerspiegeln – weder über die kalkulatorischen Abschreibungen noch über die Eigenkapitalverzinsung bei der Netzkostenkalkulation Berücksichtigung finden. Da diese Aufwendungen somit bei der Netzentgeltberechnung nicht berücksichtigt werden, ist über die Netzentgelte eine Amortisation der bereits getätigten Aufwendungen nicht mehr möglich. Zum anderen führen die geringen Netzentgelte dazu, dass eine Rücklagenbildung für zukünftige Erneuerungsmaßnahmen verhindert wird. Die Bindung der Strom- bzw. GasNEV an die bilanziellen Werte des Anlagevermögens führt somit dazu, dass die Vornahme von Investitionen für die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze gefährdet wird. Dies widerspricht § 1 EnWG, wonach ein Ziel des EnWG die Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebes von Energieversorgungsnetzen ist.

Auf § 24 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 4 EnWG können die §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV damit nicht gestützt werden. Ihnen fehlt es damit an einer Ermächtigungsgrundlage. Da

Vorschriften im Wege einer Verordnung aber nur aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage erlassen werden können, führt das Fehlen einer solchen zur Nichtigkeit der Regelungen.⁹

2. Verstoß gegen Art. 3 GG

Darüber hinaus verstoßen die §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV aufgrund der Bindung der Netzentgeltkalkulation an die handelsrechtlichen Bilanzierungswerte des Anlagevermögens gegen Art. 3 GG. Es werden zwei vergleichbare Sachverhalte – zum einen die Bilanzierung der Aufwendung für die Netzerneuerung als Anlagevermögen, zum anderen die aufwandswirksame Bilanzierung der Netzerneuerungsaufwendungen – ungleich behandelt ohne dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt.

Art. 3 Abs. 1 GG enthält den allgemeinen Gleichheitssatz. Dieser verbietet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine allgemein an sachwidrigen Kriterien ausgerichtete Differenzierung.¹⁰ Er ist vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹¹ Dabei genügt es zur Rechtfertigung einer vom Normgeber vorgenommenen verschiedenen Behandlung zweier Sachverhalte nicht, auf die eine oder andere Verschiedenheit zwischen ihnen hinzuweisen, es muss vielmehr ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelungen bestehen.¹²

a) Wesentlich gleiche Sachverhalte

Die zwei Sachverhalte – Verbuchung der Aufwendungen für die Netzerneuerung als Anlagevermögen und deren aufwandswirksame Verbuchung – stellen im Wesentlichen gleiche Sachverhalte dar. In beiden Fällen werden dieselben Aufwendungen für dieselben Maßnahmen getätigt, in beiden Fällen haben diese Aufwendungen dieselben Auswirkungen auf den Sachwert der Netze. Der einzige Unterschied liegt in der handelsrechtlichen Bilanzierung dieser Aufwendungen.

b) Ungleichbehandlung

Diese zwei Sachverhalte werden nach der Strom- bzw. GasNEV jedenfalls für die Vergangenheit unterschiedlich behandelt.¹³ Auch gegenwärtig ist nicht auszuschließen, dass bei einer aufwandsbezogenen Bilanzierung durch die Anwendung des Vergleichsmarktprinzips eine unterschiedliche Berücksichtigung der tatsächlichen Netzkosten erfolgt.

c) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung/Differenzierungsgrund

Diese Ungleichbehandlung der Unternehmen ist nicht gerechtfertigt. Es liegt kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Netzbetreiber vor. Ein Differenzierungsgrund besteht auch nicht darin, dass bei den aufwandswirksam bilanzierenden Unternehmen die Investitionen in Netze in der Vergangenheit bereits über die Strom- bzw. Gaspreise in vollem Umfang von den Kunden getragen wurden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn Energieversorgungsunternehmen in der Vergangenheit ihre Aufwendungen immer in vollem Umfang in die Preise einkalkuliert hätten. Davon kann jedoch im Hinblick auf die Gas- und Strompreisbildung in der Vergangenheit in keinem Fall ausgegangen werden.

⁹ Vgl. BVerfGE 8, 155 [169]; Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Band V, Stand: Februar 2005, Art. 80 Rdn. 3 u. 4; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz, Kommentar, Art. 80, Rdn. 106.

¹⁰ Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Band I, Stand: Februar 2005, Art. 3 Abs. 1 Rdn. 266 f.; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz, Kommentar, Art. 3, Rdn. 21; BVerfGE 35, S. 335.

¹¹ St. Rspr. BVerfGE 87, 1 [36].

¹² BVerfGE 42, 374 [388].

¹³ Vgl. dazu oben II. 3.

Der Gaspreis bildete sich in der Vergangenheit stets als Wettbewerbspreis zu alternativen Energieträgern wie Öl, Wärme oder Strom bzw. zu Wettbewerbern im Gasmarkt (z. B. Regionalversorger). Aus diesem Grund wäre die einmalige Weitergabe von Aufwendungen im Rahmen des Gaspreises am Markt gar nicht durchsetzbar gewesen. Vielmehr erfolgte die Preisbildung in der Regel so, dass die getätigten Aufwendungen – wenn überhaupt – wie beim Anlagevermögen nur ratierlich angesetzt werden konnten.

Bei der Strompreisbildung der Vergangenheit ist zu differenzieren zwischen den Strompreisen für Tarifikunden und Sondervertragskunden. Der Strompreis für Tarifikunden bedurfte nach § 12 BTOElt der Genehmigung der zuständigen Preisbehörde. Die Tarife waren nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BTOElt grundsätzlich kostenorientiert zu bilden. Über § 1 Abs. 1 Satz 4 BTOElt wurde jedoch anerkannt, dass bei der Tarifpreisbildung auch der Wettbewerb zu beachten war. Es war daher bei der Beurteilung der Zumutbarkeit des Tarifs auch zu berücksichtigen, welche Pflichttarife von anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen angeboten wurden.¹⁴ Die einmalige Weitergabe von Aufwendungen war damit regelmäßig auch im Rahmen der Tarifpreise nicht durchsetzbar. Vielmehr war anerkannt, dass Aufwendungen ratierlich auf mehrere Jahre zu verteilen waren. Als angemessene Verteilung betrieblicher außerordentlicher Aufwendungen und Erträge erschienen in der Regel 3 bis 5 Jahre angemessen.¹⁵ Darüber hinaus war es jedoch – vor dem Hintergrund, dass neben der Orientierung der Tarife an den Kosten auch die Pflichttarife von anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu berücksichtigen waren – in der Praxis nicht unüblich, dass von den Preisgenehmigungsbehörden überhaupt keine kostenbasierten Preise gefordert wurden, sondern Maßstab für die Tarifpreisgenehmigung allein die Preise des jeweiligen Regionalversorgers waren. Im Grunde spielt es damit keine Rolle, ob die Tarifpreise kostenorientiert gebildet wurden oder nicht, da in keinem Fall die für Netzerneuerungsmaßnahmen bilanzierten Aufwendungen 1:1 im Rahmen der Tarifpreise berücksichtigt werden konnten. Dass im Rahmen der Tarifpreisgenehmigungen nicht immer kostenbasierte Preise gebildet wurden, wird auch vom Gesetzgeber anerkannt. § 32 Abs. 3 StromNEV enthält zwei Vermutungsregeln. Die Vermutungsregelung des Satzes 3 umfasst die rechtliche Situation nach der BTOElt, dass nämlich *„bei der Stromtarifbildung nach der Bundestarifordnung Elektrizität Kosten des Elektrizitätsversorgungsnetzes zu berücksichtigen waren und von Dritten gefordert wurden“*. Die Vermutungsregel des Satzes 4 umfasst den gegenteiligen – wie bereits erwähnt, in der Praxis nicht selten vorgekommenen – Fall, in dem *„vor Inkrafttreten dieser Verordnung **keine** kostenbasierten Preise im Sinne des Satzes 3 gefordert worden sind“*.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Grundsätze der BTOElt nur für Tarifikunden Anwendung fanden und nicht für Sonderkunden. Zwar verlangte § 12 Abs. 3 Satz 2 BTOElt, die gesamte Kosten- und Erlöslage der Elektrizitätsversorgung sowie die Zuordnung dieser Kosten und Erlöse zum Tarif- und Sonderabnehmerbereich darzustellen. Eine Pflicht, die dem Sonderabnehmerbereich zuzurechnenden Kosten auch in die Preise für die Sonderkunden einzukalkulieren, ergab sich daraus jedoch nicht. Die Preise für die Sonderkunden wurden in der Vergangenheit vielmehr stets als Wettbewerbspreis im Vergleich zu den Preisen anderer Anbieter im Strommarkt (z. B. Regionalversorgern) gebildet. Aus diesem Grund wäre die einmalige Weitergabe von Aufwendungen im Rahmen des Strompreises am Markt gar nicht durchsetzbar gewesen. Die getätigten Aufwendungen wurden – wenn überhaupt – nur ratierlich angesetzt.

Es kann somit - unabhängig davon, ob bei der Strom- oder Gaspreisbildung Kosten ratierlich angesetzt wurden oder die Preise allein am Wettbewerbspreis orientiert wurden – nicht davon ausgegangen werden, dass die Aufwendungen eines Energieversorgungs-

¹⁴ Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung, Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Energiepreise“ vom 10./11. Juni 1997, Seite 2.

¹⁵ Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung, Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Energiepreise“ vom 10./11. Juni 1997, Seite 3.

unternehmens für die Netzerneuerung in der Vergangenheit bereits in ihrem gesamten Umfang bei der Preiskalkulation Berücksichtigung gefunden haben.

In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass diese Art der Gas- bzw. Strompreisgestaltung nicht nur von den Unternehmen praktiziert wurde, welche aufwandswirksam bilanzierten, sondern auch von denjenigen Unternehmen, welche die Kosten für Netzerneuerungen aktiviert haben. In beiden Fällen kann daher nicht angenommen werden, dass die Netzerneuerungskosten aus der Vergangenheit bereits vollständig in die Energiepreise der Vergangenheit eingeflossen sind und damit in vollem Umfang auf die Kunden umgelegt wurden. Indem nunmehr allerdings bei denjenigen Unternehmen, welche Netzaufwendungen aktiviert haben, fingiert wird, diese hätten aufgrund der zugrunde zulegenden Restnutzungsdauern im Gegensatz zu Unternehmen mit aufwandsbezogener Bilanzierung nicht refinanziert, erfolgt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Es kann – wenn in der Vergangenheit zwischen den beiden Bilanzierungsmodellen im Hinblick auf die Refinanzierung der Netzerneuerungskosten kein Unterschied bestand – nicht gerechtfertigt sein, die zukünftig unterschiedliche Netzentgelt-ermittlung mit dem Argument zu begründen, die Kunden der aufwandswirksam bilanzierenden Energieversorgungsunternehmen hätten die Kosten in der Vergangenheit bereits vollständig bezahlt.

Da weitere Rechtfertigungsgründe für eine Differenzierung nicht ersichtlich sind, liegt damit aufgrund der Bindung der Netzkostenkalkulation an die bilanziellen Werte des Anlagevermögens nach §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG vor.

3. Verstoß gegen Art. 14 GG

Ebenso verstößt die Bindung der Netzkostenkalkulation nach §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV an die handelsrechtlichen Bilanzierungswerte des Anlagevermögens gegen Art. 14 GG. Als vermögenswertes Schutzgut im Sinne des Art. 14 GG gilt auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.¹⁶ Wie bereits dargestellt, werden im Falle der aufwandswirksamen Bilanzierung von Aufwendungen für die Netzerneuerung die getätigten Aufwendungen nicht entsprechend des realen Sachwertes der Anlagen und des getätigten Kapitaleinsatzes bei der Netzentgeltberechnung berücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass Unternehmen, die ihre Aufwendungen aufwandswirksam bilanziert haben, gezwungen werden, ihre Anlagen teilweise unentgeltlich Dritten zur Verfügung zu stellen. Es wird damit in die freie Entscheidung dieser Gewerbetreibenden hinsichtlich der Verwendung und Nutzung des Gewerbebetriebes eingegriffen. Dies stellt zwar keinen Eingriff in die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Substanz des Gewerbebetriebes dar, es werden aber Inhalt und Grenzen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes bestimmt. Eine solche Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kann nur durch ein verfassungsgemäßes Gesetz erfolgen, wobei mit Gesetz jede Rechtsnorm und damit auch eine Verordnung gemeint ist.¹⁷ Verfassungsgemäß ist ein solches Gesetz bzw. eine solche Verordnung, wenn sie verhältnismäßig ist. Sie muss einen ausgewogenen Ausgleich zwischen den Belangen der Allgemeinheit („Sozialpflichtigkeit des Eigentums“) und dem Individualinteresse des Gewerbetreibenden herstellen.¹⁸

Das Interesse des Netzbetreibers als Wirtschaftsunternehmen ist darauf gerichtet, die Aufwendungen, die er für das Netz tätigt, amortisieren zu können. Er ist darüber hinaus daran interessiert, mit dem Betrieb seines Netzes auch einen angemessenen Gewinn zu

¹⁶ Vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Band 2, Stand: 2005, Art. 14, Rdn. 95; von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14, Rdn. 132.

¹⁷ Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 7. Aufl. 2004, Art. 14, Rdn. 37; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz, Kommentar, Art. 14, Rdn. 521, 551.

¹⁸ Vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Band 2, Stand: 2005, Art. 14, Rdn. 308 – 310; von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14, Rdn. 203; Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 7. Aufl. 2004, Art. 14, Rdn. 38 u. 39.

erzielen – der Betrieb eines Gewerbes setzt eine solche Gewinnerzielungsabsicht schon per definitionem voraus.¹⁹ Letzteres hat der Gesetzgeber auch anerkannt, indem er den Netzbetreibern über § 21 Abs. 2 EnWG eine risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals zubilligt. Das Interesse der Allgemeinheit richtet sich darauf, dass die Kosten für die Netze möglichst gering sind, dabei jedoch eine ausreichende Versorgungssicherheit besteht. Die Ausgewogenheit dieser Interessen ist vom Grundsatz her leicht darzustellen: Die angemessenen Kosten für die Netze dürfen einmal auf die Netzkunden übergewälzt werden. Diese einmalige Kostenwälzung ist für die Netzbetreiber nach den §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV aber hinsichtlich der Aufwendungen für Netzerneuerungen, die bereits aufwandswirksam bilanziert wurden, nicht möglich. Wie bereits dargestellt, sind diese Aufwendungen in der Vergangenheit aufgrund der Maßgeblichkeit des Marktpreises noch nicht auf die Letztverbraucher vollständig übergewälzt worden und in der Zukunft ist eine solche Überwälzung aufgrund der Bindung der Netzkostenermittlung an die bilanziellen Werte des Anlagevermögens – in denen die Aufwendungen im Falle einer aufwandswirksamen Verbuchung nicht enthalten sind – nicht möglich.

Aufgrund der Bindung der Netzkostenermittlung an die bilanziellen Werte des Anlagevermögens stellen die §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV demnach keinen angemessenen Interessenausgleich dar; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist verletzt. Durch die Strom- bzw. GasNEV können damit nicht in zulässiger Weise Inhalt und Grenzen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes bestimmt werden. Die Bindung der Netzkostenkalkulation an die handelsrechtlichen Bilanzierungswerte nach §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV verstößt demnach gegen Art. 14 GG.

4. Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutz)

Für die in der Vergangenheit getätigten und verbuchten Aufwendungen ist neben der bereits dargestellten Argumentation noch ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten. Die Strom- bzw. GasNEV verstößt insofern auch gegen den im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Vertrauensgrundsatz. Der Vertrauensgrundsatz besagt, dass der Bürger sich darauf verlassen können soll, dass der Gesetzgeber an abgeschlossene Tatbestände keine ungünstigeren Folgen knüpft, als im Zeitpunkt der Vollendung dieser Tatbestände voraussehbar war.²⁰ Gesetze und Verordnungen, die an abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände Rechtsfolgen knüpfen (sog. echte Rückwirkung), sind daher wegen Verstoßes gegen das Gebot der Rechtssicherheit bzw. den Vertrauensgrundsatz grundsätzlich nichtig.²¹ Der Vertrauensschutz findet seine Grenzen lediglich in den Fällen, in denen das Vertrauen des Bürgers auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt ist, z. B. weil mit dieser neuen Regelung zu rechnen war.

Für ein Energieversorgungsunternehmen war zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendungen bzw. deren aufwandswirksamer Buchung nicht absehbar, welche erheblichen wirtschaftlichen Folgen sich aus dieser Buchungsentscheidung in der Zukunft ergeben würden. Es musste frühestens im Oktober 2004 mit der Veröffentlichung des ersten Entwurfs eines zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts²² mit dem Erlass einer Strom- bzw. GasNEV gerechnet werden. Dass diese Strom- bzw. GasNEV an Bilanzierungsentscheidungen der Vergangenheit anknüpfen würde, war damals aber noch nicht abzusehen. Erst mit Veröffentlichung der ersten Verordnungsentwürfe im Februar 2005 wurde bekannt, dass die Netzentgeltermittlung auf Bilanzwerten basieren sollte. Auch zu diesem Zeitpunkt wurde jedoch im Verordnungsgebungsverfahren noch eine zeitliche Beschränkung der Maßgeblichkeit der bilanziellen Werte der Anlagegüter diskutiert. Warum sich dies im Endeffekt nicht durchgesetzt hat, ist vor dem rechtlichen Hin-

¹⁹ Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14, Rdn. 51.

²⁰ Vgl. BVerfGE 15, 313 [324]; 25, 371 [404]; 30,250 [267]; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz, Kommentar, Art. 20, Rdn. 1622, m.w.N.

²¹ Vgl. BVerfGE 25, 371 [403f.]; Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Band 3, Stand: 2005, Art. 20, Rdn. 69; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz, Kommentar, Art. 20, Rdn. 1621, m.w.N.

²² BT-Drs. 15/3917 vom 14.10.2004.

tergrund des Vertrauensschutzes nicht verständlich. Erst seit Erlass der Strom- bzw. GasNEV im Sommer 2005 ist für die Energieversorgungsunternehmen endgültig ersichtlich, welche wirtschaftlichen Auswirkungen die unterschiedliche Ausübung des Ihnen faktisch zustehenden Wahlrechtes zur Bilanzierung hat.

Im Hinblick auf die Aufwendungen und deren bilanzielle Verbuchung, die bis zum Erlass der Strom- bzw. GasNEV stattgefunden haben, besteht damit Vertrauensschutz. Die Anknüpfung der Strom- bzw. GasNEV an die bilanziellen Werte, die auf bereits getätigten und verbuchten Aufwendungen beruhen bzw. eben nicht beruhen, stellt damit eine echte Rückwirkung dar und führt somit wegen Verstoßes gegen den Vertrauensgrundsatz des Rechtsstaatsprinzips zur Nichtigkeit der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV.

IV. Ergebnis

Die §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV sind aufgrund des bilanzbezogenen Kalkulationsansatzes nichtig und scheiden damit als Rechtsgrundlage für den Netzentgeltantrag aus. Unternehmen, welche Sanierungsmaßnahmen in der Vergangenheit im Aufwand verbucht haben, ist anzuraten, neben dem auf Basis der §§ 6 und 7 Strom-/GasNEV bereits gestellten Netzentgeltantrag kurzfristig einen neuen, diesmal sachzeitwertorientierten Netzentgeltantrag zu stellen.