

Beurteilungsspielräume und Regulierungsermessen aus Anwaltssicht

White & Case

Thomas Burmeister

27. September 2018

Übersicht

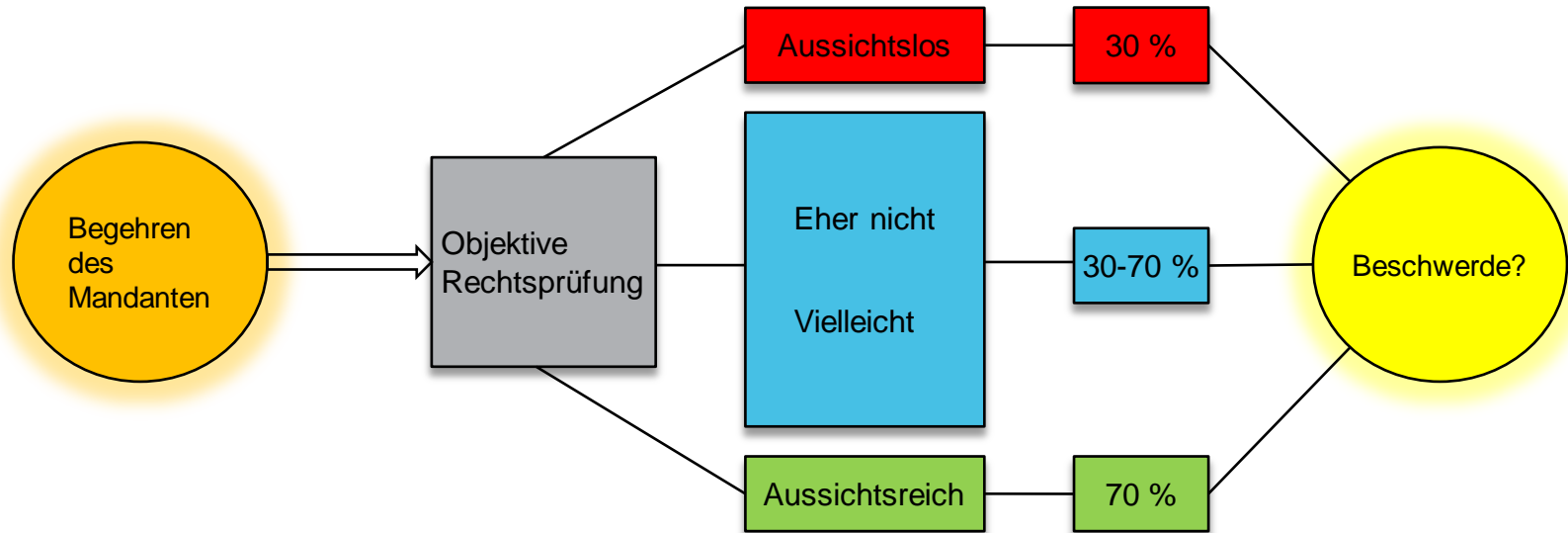
- Die Anwaltssicht
- Beschwerde bei Regulierungsermessen
- Praktische Anwendung
 - Effizienzvergleich 3. Regulierungsperiode
 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor
 - Eigenkapitalverzinsung 3. Regulierungsperiode
- Ausblick

Die Anwaltssicht

- § 1 BRAO

*„Der Rechtsanwalt ist ein
unabhängiges Organ der Rechtspflege.“*

Die Anwaltssicht



Die Anwaltssicht

- Gründe für oder gegen Beschwerde
 - Erfolgsaussichten
 - Wert
 - Bedeutung
 - Verhinderung von Bestandskraft
 - „Gruppenzwang“?

Die Anwaltssicht

- Gründe für oder gegen Beschwerde
 - Verböserungsrisiko
 - Sachstand in anderen Verfahren mit Regulierungsbehörde
 - Kosten
 - Verfahrensdauer

Die Anwaltssicht

- Aspekte bei Vorbereitung der Beschwerde
 - Vertretbarkeit der Argumentation
 - Komplexität
 - Haupt- und Hilfsargumentation, alternative Begründungen
 - Anträge (Anfechtung, Verpflichtung/Bescheidung, Feststellung...)
 - Prozessualer Rahmen: EnWG und/oder VwGO und/oder ZPO
 - Eilverfahren?

Die Anwaltssicht

□ § 78 Abs. 4 EnWG

„Die Beschwerdebegründung muss enthalten

- 1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird,*
- 2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.“*

- Tatsachen, die das Begehren stützen
- *iura novit curia* vs rechtliche Würdigung

Beschwerde

□ Anwaltliche Fragestellung

- Wie begründet man die Überschreitung der Grenzen von Beurteilungsspielraum/Regulierungsermessen?
- Droht eine „Flucht vor der Komplexität“?
- Was wird aus

Ermächtigungsgrundlage

Tatbestand

Rechtsfolge



Beurteilungsspielraum

Ermessen

⇒ Tatbestand und Rechtsfolge?

- BVerwGE 130, 39 (Rn. 29 juris)

„Diese Normstruktur schließt es aus, die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von einer sich etwa daran erst anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen und erstere der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.“

Vielmehr ist die Abwägung ein untrennbarer Bestandteil des Regulierungsermessens selbst, das der Bundesnetzagentur bei zweckentsprechender Auslegung des Gesetzes insoweit eingeräumt ist. Der Senat übersieht dabei nicht, dass die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich Sache der Gerichte ist, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt zu überprüfen haben.“



Tatbestand und Rechtsfolge?

- BGH EnVR 12/12 „Stadtwerke Konstanz GmbH“ (Rn. 26)

„Ob und inwieweit es sich bei den der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräumen um einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Norm oder um ein Regulierungsermessen auf der Rechtsfolgenseite handelt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Die für diese beiden Kategorien geltenden Kontrollmaßstäbe unterscheiden sich, wie auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat (BVerwG, Urteil vom 23. November 2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047 Rn. 38), eher verbal und weniger in der Sache.“

Begründung!

- BGH EnVR 62/14 „Festlegung volatiler Kosten“ (Rn. 42 f.)

„Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt die Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung eines Entscheidungsspielraums der vorliegenden Art besonderen Begründungsanforderungen. ...

Aufgrund dessen muss der Begründung der Entscheidung zu entnehmen sein, dass die Regulierungsbehörde ...

Sodann muss die Behörde unter Bewertung der unterschiedlichen Belange im Einzelnen darlegen, dass und warum ihrer Ansicht nach im Ergebnis Überwiegendes für die gewählte Verfahrensweise spricht.“

Beschwerde

□ Prüfkatalog

1. Ermächtigungsgrundlage
2. Beurteilungsspielraum/Regulierungsermessen ingeräumt?
3. Einhaltung der eingeräumten Spielräume
4. Begründung im angefochtenen Bescheid?

Eingeräumt?

- BVerfGE 129, 1

„Von Gerichten nicht oder nur eingeschränkt überprüfbare Letztentscheidungsbefugnisse über Rechte des Einzelnen dürfen der vollziehenden Gewalt nur aufgrund eines Gesetzes eingeräumt werden. Dabei hat es der Gesetzgeber in der Hand, den Umfang und Gehalt der subjektiven Rechte der Bürger zu definieren und damit mit entsprechenden Folgen für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle auch deren Rechtsstellung gegenüber der Verwaltung differenziert auszugestalten.“ (LS Nr. 2)

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt nicht aus, dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie die Tatbestandswirkung von Exekutivakten die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränken [Nachw.].“ (Rn. 73 juris)

Eingeräumt?

□ BGH

- Herleitung aus EnWG und Verordnungen
 - BGH EnVR 39/13 „Thyssengas GmbH“
- Im Ausgangspunkt (Kostenregulierung) restriktiv
 - BGH KVR 42/07 Rhein Hessische Energie
- In Anreizregulierung extensiv
 - Effizienzvergleich, Q-Element, EK-Verzinsung, Verlustenergie, Festlegung BEATE...

Grenzen eingehalten?

– Kontrolldichte OLG \Rightarrow Regulierungsbehörde

– BVerfGE 129, 1

"Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt (vgl. BVerfGE 88, 40 <61>; 103, 142 <156 f.>; 116, 1 <18>)." (Rn. 73 juris)

– = BVerwG 130, 39

– = BGH EnVR 12/12 Stadtwerke Konstanz (u.a.)

Grenzen eingehalten?

- BGH EnVR 12/12 „Stadtwerke Konstanz GmbH“ (Rn. 27)

"Die Ausübung eines Beurteilungsspielraums ist darauf zu überprüfen, ob ... gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten ... richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ... erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt ... an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot ...

Regulierungsermessen[s] ist vom Gericht zu beanstanden, wenn ... Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), ... nicht an Belangen eingestellt ..., was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), ... Bedeutung der betroffenen Belange verkannt ... (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität; vgl. BVerwGE 131, 41 Rn. 47).

Grenzen eingehalten?

- BGH EnVR 39/13 „Thyssengas GmbH“ (Rn. 26)

"Diese Auswahlentscheidung muss demgemäß nicht zwingend zugunsten derjenigen Methode ergehen, die zum höchstmöglichen Zinssatz führt. Sie kann von Rechts wegen nur dann beanstandet werden, wenn sich feststellen lässt, dass der gewählte methodische Ansatz von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen des zugrunde gelegten Modells zukommt, oder dass ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, wie insbesondere seiner Eignung für die Zwecke der Ermittlung der zu bestimmenden Endgröße (hier des Eigenkapitalzinssatzes), der Verfügbarkeit der benötigten Datengrundlage, des zu ihrer Feststellung erforderlichen Aufwands und der Präzision und Belastbarkeit der mit diesem methodischen Vorgehen erzielbaren Ergebnisse, dem von der Regulierungsbehörde gewählten Vorbringen so deutlich überlegen ist, dass die Auswahl einer anderen Methode nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann."

Grenzen eingehalten?

- Kontrolldichte BGH \Rightarrow OLG
- BGH EnVR 39/13 „Thyssengas GmbH“ (Rn. 27 f.)

"Soweit die Entscheidung der Regulierungsbehörde der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt, ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht derselbe Prüfungsmaßstab anzulegen wie in der Beschwerdeinstanz. Die Überprüfung, ob das methodische Vorgehen der Regulierungsbehörde nach den dargelegten Kriterien zu beanstanden ist, obliegt in erster Linie dem Tatrichter. ...

Die Entscheidung des Tatrichters kann deshalb in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt dahingehend überprüft werden, ob er erhebliches Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt gelassen, wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht gelassen oder offenkundig fehlgewichtet, Rechtsgrundsätze der Zinsbemessung verkannt oder der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung sonst unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt hat."

Praktische Anwendung

□ Aktuelle Fragestellungen

- Effizienzvergleich 3. Regulierungsperiode
 - In Arbeit bei BNetzA
- Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor
 - Anhängig bei OLG
- Eigenkapitalverzinsung 3. Regulierungsperiode
 - Anhängig bei BGH

Produktivitätsfaktor

- § 9 Abs. 1 ARegV

„Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wird ermittelt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung.“

Produktivitätsfaktor

- BNetzA
 - Zieht zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile Verbraucherpreisindex heran und wendet dabei Residualbetrachtung an
 - = gemeinsame Betrachtung von Einstandspreisentwicklung und Produktivitätsfortschritt
 - Behauptet, es sei insoweit keine Methode vorgegeben
 - „Flucht ins Regulierungsermessen“?

Produktivitätsfaktor

□ Aber:

- „wird ermittelt“ aus vier Bestandteilen
- $(\text{Prod}^{\text{Netz}} - \text{Prod}^{\text{Ges}}) + (\text{Preis}^{\text{Ges}} - \text{Preis}^{\text{Netz}})$
- Kein Spielraum eingeräumt
- Gegenbeispiel: § 7 Abs. 5 StromNEV (EK-Verzinsung), enthält (nach BGH) zwar nähere Vorgaben, aber nur eine Reihe von Umständen, die "insbesondere" zu berücksichtigen sind
- Hier: unmissverständlich enumerativ ohne Spielraum

Effizienzvergleich RP 3

□ z.B. gleichartige Parametrierung

- eine SFA-Kostentreiberanalyse und Verwendung der Vergleichsparameter auch für DEA
- Grundsatz: Spielraum der RegB bei Effizienzvergleich
- Aber: § 13 Abs. 3 Satz 7 ARegV

„Die Auswahl der Vergleichsparameter hat mit Methoden zu erfolgen, ... die dem Stand der Wissenschaft entsprechen.“

Effizienzvergleich RP 3

□ „Stand der Wissenschaft“ ist etabliert

– BVerfG

- Verlangt Einbeziehung von „*neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen*“ (BVerfG, Beschl. vom 20.12.1979 - 1 BvR 385/77)
- Umfassender Ansatz, Betrachtung aller vertretbaren Varianten nötig

– BVerwG

- Gibt vor, Behörde „darf sich nicht auf eine "herrschende Meinung" in der Wissenschaft verlassen, sondern muß alle vertretbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse in Erwägung ziehen.“ (BVerwG, Urteil vom 19.12.1985 - 7 C 65/82)

Effizienzvergleich RP 3

□ Fazit

- „Stand der Wissenschaft“ determiniert Regulierungsermessen
- Alle vertretbaren Erkenntnisse sind zu prüfen und die Auswahl und Ablehnung zu begründen
- Hier: gar keine eigene Kostentreiberanalyse für die DEA und Übernahme der SFA-Vergleichsparameter
- Abwägungsdefizit

EK-Verzinsung RP 3

- Aufhebung der Festlegungen durch OLG Düsseldorf
 - Beschlüsse v. 22.03.2018, VI-3 Kart 319/16 u.a.
- Rechtsbeschwerde durch BNetzA zum BGH
 - [29 Verfahren gleichzeitig?]
- Kontrolle der OLG-Entscheidung!

EK-Verzinsung RP 3

□ Prüfungsmaßstab BGH

- Ist nicht Einhaltung des Spielraums bei Festlegung durch BNetzA,
- sondern Überprüfung der Entscheidung des „Tatrichters“:
 - erhebliches Vorbringen unberücksichtigt gelassen,
 - wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht gelassen oder offenkundig fehlgewichtet,
 - Rechtsgrundsätze der Zinsbemessung verkannt oder
 - der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung sonst unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt

Ausblick

- Inflationäre Zunahme der Spielräume?
- Anwaltssicht:
 - Restriktive Anwendung (Art. 19 Abs. 4 GG)
 - Sorgfältige Prüfung, ob Spielraum oder „nur“ unbestimmter Rechtsbegriff (Tatbestand), kein Automatismus aufgrund Komplexität
 - Differenzierte Einzelfallprüfung der Grenzen unter Beachtung tatbestandlicher Berücksichtigungsgebote
 - Begründung im Bescheid hat Verfassungsrang!

Vielen Dank!



White & Case LLP

Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
Germany

T + 49 211 49195 371

M + 171 224 97 75

F + 49 211 49195 100

thomas.burmeister@whitecase.com

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, einer im US-Staat New York registrierten Limited Liability Partnership, White & Case LLP, einer nach englischem Recht eingetragenen Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.