

# **Beurteilungsspielräume und Regulierungsermessen in der Rechtsprechung des BGH zum Energierecht**

Dr. Christian Grüneberg

# Übersicht

- I. Einleitung
- II. Grundsätze
- III. Entscheidungspraxis
  - 1. „Stadtwerke Konstanz GmbH“
  - 2. „Stromnetz Berlin GmbH“
  - 3. „Thyssengas GmbH“
  - 4. „Festlegung individueller Netzentgelte“
  - 5. Weitere Entscheidungen
  - 6. „Stadtwerke Essen AG“ und EnVR 12/17
- IV. Regulative
  - 1. Begründungsanforderungen
  - 2. Offenlegung der Datengrundlage
  - 3. Anspruch auf Rücknahme ?

# Beurteilungsspielraum ?

1. Beschluss vom 14.8.2008 – KVR 42/07 – „Rhein Hessische Energie I“ – zu § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV (Höhe der kapitalmarktüblichen Zinsen)
2. Beschluss vom 5.10.2010 – EnVR 49/09 – „Gasnetzzugangs-entgelte“ – zu § 6 Abs. 3 S. 3 GasNEV a.F. (Tagesneuwerte von Anlagegütern)
3. Beschluss vom 12.11.2013 – EnVR 33/12 – „Festlegung Tagesneuwerte I“

# Beurteilungsspielraum !

1. Wertungsabhängige Einschätzungen mit außerrechtlichem Bezug (naturwissenschaftliche, technische oder ökonomische Bewertungen) oder Prognosen
2. Entscheidungen eines weisungsfreien, besonders fachkundigen, pluralistisch zusammengesetzten Kollegialorgans
3. Einschränkung: „Wesentliche“ Entscheidungen sind vom Gesetzgeber zu treffen

# „Stadtwerke Konstanz GmbH“

BGH, Beschluss vom 21.1.2014 – EnVR 12/12

Der mit der Durchführung des Effizienzvergleichs nach §§ 12 ff. ARegV betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt.

# § 21a EnWG

## Regulierungsvorgaben für Anreize für eine effiziente Leistungserbringung

**(2)** <sup>1</sup>Die Anreizregulierung beinhaltet die Vorgabe von Obergrenzen, die in der Regel für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten gebildet werden, für eine Regulierungsperiode unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben. ...

**(4)** <sup>1</sup>Bei der Ermittlung von Obergrenzen sind die durch den jeweiligen Netzbetreiber beeinflussbaren Kostenanteile und die von ihm nicht beeinflussbaren Kostenanteile zu unterscheiden. .... <sup>6</sup>Effizienzvorgaben sind nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen.

# § 21a EnWG

## Regulierungsvorgaben für Anreize für eine effiziente Leistungserbringung

**(5)** <sup>1</sup>Die **Effizienzvorgaben** für eine Regulierungsperiode werden durch Bestimmung unternehmensindividueller oder gruppenspezifischer Effizienzziele auf Grundlage eines Effizienzvergleichs unter Berücksichtigung insbesondere der bestehenden Effizienz des jeweiligen Netzbetriebs, objektiver struktureller Unterschiede, der inflationsbereinigten Produktivitätsentwicklung, der Versorgungsqualität und auf diese bezogener Qualitätsvorgaben sowie gesetzlicher Regelungen bestimmt. <sup>2</sup>**Qualitätsvorgaben** werden auf der Grundlage einer Bewertung von Zuverlässigkeitskenngrößen oder Netzleistungsfähigkeitskenngrößen ermittelt, bei der auch Strukturunterschiede zu berücksichtigen sind. <sup>3</sup>Bei einem Verstoß gegen Qualitätsvorgaben können auch die Obergrenzen zur Bestimmung der Netzzugangsentgelte für ein Energieversorgungsunternehmen gesenkt werden. <sup>4</sup>Die **Effizienzvorgaben** müssen so gestaltet und über die Regulierungsperiode verteilt sein, dass der betroffene Netzbetreiber oder die betroffene Gruppe von Netzbetreibern die Vorgaben unter Nutzung der ihm oder ihnen möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichen und übertreffen kann. <sup>5</sup>Die **Methode zur Ermittlung von Effizienzvorgaben** muss so gestaltet sein, dass eine geringfügige Änderung einzelner Parameter der zugrunde gelegten Methode nicht zu einer, insbesondere im Vergleich zur Bedeutung, überproportionalen Änderung der Vorgaben führt.

# „Stromnetz Berlin GmbH“

BGH, Beschluss vom 22.7.2014 – EnVR 59/12

Der mit der Bestimmung von Qualitätselementen nach §§ 19, 20 ARegV betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt.



# Beurteilungsspielraum/Regulierungsermessen

1. Materielle Vorgaben in EnWG, ARegV, StromNEV/GasNEV? Wertungsspielraum im Sinne von „richtig oder falsch“?
2. Werden alle Details „punktgenau“ vorgegeben?
3. Werden Beispiele, Kennzahlen, Faktoren oder andere Kriterien aufgeführt? Ist dies abschließend?
4. Normierung oder (Aus-)Wahl von Methoden zur Ermittlung der Kennzahlen, Faktoren usw.?
5. Gewichtung oder Kombination von Kennzahlen, Faktoren usw. zulässig oder zwingend vorgeschrieben?
6. Berücksichtigung von gebietsstrukturellen Unterschieden?

# „Thyssengas GmbH“

BGH, Beschluss vom 27.1.2015 – EnVR 39/13

Die Festlegung des Zinssatzes für die Verzinsung des Eigenkapitals gemäß § 7 Abs. 6 GasNEV unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung durch den Tatrichter, soweit es um die Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen geht.

Bei der Bemessung des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse gemäß § 7 Abs. 5 GasNEV steht der Regulierungsbehörde ein Beurteilungsspielraum zu.

# § 7 GasNEV/StromNEV

## Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

(4) <sup>1</sup>Der auf das betriebsnotwendige Eigenkapital, das auf Neuanlagen entfällt, anzuwendende Eigenkapitalzinssatz darf den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten **zuzüglich** eines angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nach Absatz 5 nicht überschreiten. ...

(5) Die Höhe des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse ist **insbesondere** unter Berücksichtigung folgender Umstände zu ermitteln:

1. Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Betreibern von Gasversorgungsnetzen auf diesen Märkten;
2. durchschnittliche Verzinsung des Eigenkapitals von Betreibern von Gasversorgungsnetzen auf ausländischen Märkten;
3. beobachtete und quantifizierbare unternehmerische Wagnisse.

# „Festlegung individueller Netzentgelte“

1. Beschluss vom 13.12.2016 – EnVR 34/15 – „Festlegung individueller Netzentgelte“
2. Beschluss vom 13.12.2016 – EnVR 38/15 – „Individuelles Netzentgelt II“
3. Beschluss vom 15.5.2017 – EnVR 40/15 – „Festlegung Tagesneuwerte I“

# „Festlegung individueller Netzentgelte“

1. Nummer 3 Buchstabe a:  
Berechnung der Benutzungsstundenzahl nach physikalisch gemessener Jahreshöchstlast, nicht nach kaufmännisch-bilanzieller Verrechnung
2. Nummer 3 Buchstabe c:  
Berechnung des Beitrags des Letztverbrauchers auf Basis des sog. physikalischen Pfads

# „Festlegung individueller Netzentgelte“

## § 19 Abs. 2 StromNEV:

... <sup>2</sup>Ein individuelles Netzentgelt ist ... anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die **Benutzungstundenzahl** von mindestens 7 000 Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt. ... <sup>4</sup>Die Bemessung des nach den Sätzen 2 und 3 gebildeten individuellen Netzentgeltes hat den **Beitrag des Letztverbrauchers** zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die der Letztverbraucher angeschlossen ist, **widerzuspiegeln**. ...

# „Festlegung individueller Netzentgelte“

1. Nummer 3 Buchstabe a:  
Berechnung der Benutzungsstundenzahl nach physikalisch gemessener Jahreshöchstlast, nicht nach kaufmännisch-bilanzieller Verrechnung
2. Nummer 3 Buchstabe c:  
Berechnung des Beitrags des Letztverbrauchers auf Basis des sog. physikalischen Pfads

# „Festlegung individueller Netzentgelte“

## § 19 Abs. 2 StromNEV:

... <sup>2</sup>Ein individuelles Netzentgelt ist ... anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die **Benutzungstundenzahl** von mindestens 7 000 Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt. ... <sup>4</sup>Die Bemessung des nach den Sätzen 2 und 3 gebildeten individuellen Netzentgeltes hat den **Beitrag des Letztverbrauchers** zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die der Letztverbraucher angeschlossen ist, **widerzuspiegeln**. ...



# Weitere Entscheidungen

1. Beschluss vom 7.6.2016 – EnVR 62/14 – zu § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV (Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten) ;  
Beschluss vom 12.6.2018 – EnVR 29/16 (betr. LRB NRW)
2. Beschluss vom 12.12.2017 – EnVR 2/17 – „Festlegung BEATE“ zu § 15 Abs. 2 bis 7 GasNEV (Bildung des Ein- und Ausspeiseentgelts)
3. Beschluss vom 27.2.2018 – EnVR 55/16 – „GaBi Gas 2.0“ zu Artt. 11 Abs. 4, 39 Abs. 4 EU-Verordnung Nr. 312/2014 (Netzkodex für die Gasbilanzierung in Fernleitungsnetzen)

# „Stadtwerke Essen AG“

BGH, Beschluss vom 12.6.2018 – EnVR 53/16

Zur Einbeziehung der Betreiber regionaler Fernleitungsnetze  
in den Effizienzvergleich nach § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

# Individuelles Netzentgelt

BGH, Beschluss vom 17.7.2018 – EnVR 12/17

Der Leitfaden 2009 verletzt die Grenzen des der Bundesnetzagentur zustehenden Beurteilungsspielraums (dazu BGH, Beschluss vom 13.12.2016 – EnVR 34/15 – Festlegung individueller Netzentgelte), weil er den Vorgaben des § 19 Abs. 2 StromNEV jedenfalls in zwei Punkten nicht gerecht wird:

- anteilige Kosten der genutzten Betriebsmittel
- Kosten Netzreservekapazität

# Rechtsfolge

BGH, Beschluss vom 17.7.2018 – EnVR 12/17

Verletzt die Regulierungsbehörde die Grenzen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums, kann das Gericht in aller Regel lediglich die Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Neubescheidung aussprechen, weil es insoweit an der erforderlichen Spruchreife fehlen dürfte (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO analog).

# „Regulative“

1. Begründungsanforderungen  
(vgl. „Stromnetz Berlin GmbH“, Rn. 29 f.; Beschl. vom 7.10.2014 – EnVR 25/12, Rn. 25)
2. Offenlegung der Datengrundlage  
(vgl. „Stadtwerke Konstanz GmbH“, Rn. 72 ff. und „Stromnetz Berlin GmbH“, Rn. 34 ff.)
3. Anspruch auf Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG  
(vgl. Beschl. vom 23.1.2018 – EnVR 5/17 – „Stadtwerke Wedel GmbH“)

# Fazit

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**