

enreg-Workshop zum Energierecht

# Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Netzentgeltregulierung

Dr. Klaus Bacher  
Richter am Bundesgerichtshof

Berlin, 17. März 2014

# Themenübersicht

- Kostenermittlung
  - Anlagen im Bau
  - Tagesneuwerte
  - Zinssatz
  
- Anreizregulierung
  - Maßgeblichkeit der Kostenprüfung
  - Produktivitätsfaktor
  - Investitionsmaßnahmen
  - Effizienzvergleich
  
- Weitere Entwicklung
  - Abschließende Entscheidungen
  - Eingreifen des Gesetzgebers
  
- Fazit

# Kostenermittlung

## ■ § 23a EnWG – Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang

(1) Soweit eine kostenorientierte Entgeltbildung im Sinne des § 21 Abs. 2 Satz 1 erfolgt, bedürfen Entgelte für den Netzzugang nach § 21 einer Genehmigung ...

(2) <sup>1</sup>Die Genehmigung ist zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen dieses Gesetzes und den auf Grund des § 24 erlassenen **Rechtsverordnungen** entsprechen. ...

## ■ § 3 StromNEV – Grundsätze der Entgeltbestimmung

(1) <sup>1</sup>Für die Ermittlung der Netzentgelte sind die **Netzkosten** nach den §§ 4 bis 11 zusammenzustellen. ...

# Anlagen im Bau

## ■ § 7 StromNEV – Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

(1) <sup>1</sup>Die Verzinsung des von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen eingesetzten Eigenkapitals erfolgt im Wege einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung auf Grundlage des betriebsnotwendigen Eigenkapitals. <sup>2</sup>Das **betriebsnotwendige Eigenkapital** ergibt sich aus der Summe der

1. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen

**Altanlagen** ...

2. ...

3. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen

**Neuanlagen** ...

## ■ BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 39 – Vattenfall

Nr. 3 erfasst auch Anlagen im Bau.

Investitionen in Erhaltung und Ausbau des Netzes dürfen im Hinblick auf die Verzinsung nicht benachteiligt werden.

# Tagesneuwerte

## ■ § 7 StromNEV – Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

- (1) <sup>1...</sup> <sup>2</sup>Das betriebsnotwendige Eigenkapital ergibt sich ... aus der Summe der
1. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Altanlagen bewertet zu **historischen** Anschaffungs- und Herstellungskosten und multipliziert mit der **Fremdkapitalquote**,
  2. kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der betriebsnotwendigen Altanlagen bewertet zu **Tagesneuwerten** und multipliziert mit der **Eigenkapitalquote** ...

## ■ § 6 StromNEV a.F. – Kalkulatorische Abschreibungen

- (3) <sup>1...</sup> <sup>2</sup>Die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten ... auf Tagesneuwerte erfolgt unter Verwendung anlagenspezifischer oder anlagengruppen-spezifischer **Preisindizes**, die auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes beruhen.

## ■ BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – EnVR 49/09, RdE 2011, 263 Rn. 8 ff. – Gasnetzzugangsentgelte

- Kein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur.
- Bestimmung durch Tatrichter, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe.
- Nur eingeschränkte Überprüfbarkeit im Rechtsbeschwerdeverfahren.

# Zinssatz für „überschüssiges“ Eigenkapital

## ■ § 6 StromNEV – Kalkulatorische Abschreibungen

(2) <sup>1...</sup> <sup>2...</sup> <sup>3...</sup> <sup>4</sup>Die anzusetzende Eigenkapitalquote wird kalkulatorisch für die Berechnung der Netzentgelte auf **höchstens 40 Prozent** begrenzt.

## ■ § 7 StromNEV – Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

(1) <sup>1...</sup> <sup>2...</sup> <sup>3</sup>Der die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Anteil des Eigenkapitals ist **nominal wie Fremdkapital** zu verzinsen.

## ■ § 5 StromNEV – Kalkulatorische Abschreibungen

(2) Fremdkapitalzinsen sind in ihrer tatsächlichen Höhe einzustellen, **höchstens** jedoch in der Höhe **kapitalmarktüblicher** Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen.

## ■ **BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 50 ff. – Rheinhessische Energie I**

- Kein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur.
- Durchschnittliche Umlaufrendite öffentlicher Anleihen ist geeigneter Ausgangspunkt.
- Aber: Im Hinblick auf das Ausfallrisiko ist ein Zuschlag erforderlich.  
Bildung von Risikoklassen ist zur Vereinfachung zulässig.

# Maßgeblichkeit der Kostenprüfung

## ■ § 6 ARegV – Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze

(1) <sup>1</sup>Die Regulierungsbehörde ermittelt das **Ausgangsniveau** für die Bestimmung der Erlösobergrenzen durch eine **Kostenprüfung** nach den Vorschriften ... der Gasnetzentgeltverordnung und ... der Stromnetzentgeltverordnung. ...

(2) Als Ausgangsniveau für die **erste Regulierungsperiode** ist das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte ... vor Beginn der Anreizregulierung ... heranzuziehen.

## ■ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 – EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. – EnBW Regional AG

– Das Prüfungsergebnis ist an höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen.

## ■ BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 – EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 13 – Gemeindewerke Schutterwald

– Bei einer Korrektur können nur Kosten berücksichtigt werden, die im maßgeblichen Genehmigungsverfahren geltend gemacht wurden.

## ■ BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 – EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 10 ff. – SWM Infrastruktur GmbH

– Einzelheiten zur Berücksichtigungsfähigkeit.

# Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

## ■ § 9 ARegV – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

(1) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wird ermittelt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen **Produktivitätsfortschritt** und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen **Einstandspreisentwicklung**.

## ■ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 – EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 33 ff. – EnBW Regional AG

- Berücksichtigung der Einstandspreisentwicklung ist durch die Ermächtigungsgrundlage (§ 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 Nr. 5 EnWG) gedeckt.
- Berücksichtigung des Produktivitätsfortschritts ist durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt.
- Folge: Produktivitätsfaktor ist neu zu berechnen.



# Investitionsmaßnahmen: Übertragungsnetze

## ■ § 23 ARegV – Investitionsmaßnahmen

(1) <sup>1</sup>Die Bundesnetzagentur genehmigt Investitionsmaßnahmen für **Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen** in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze, soweit diese Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes ... notwendig sind. ...

## ■ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – EnVR 18/12 Rn. 11 ff. – 50Hertz Transmission GmbH

- Grundlegende Veränderung der Versorgungsaufgabe ist nicht erforderlich.
- Bloßer Austausch vorhandener Komponenten und damit zwangsläufig einhergehende Verbesserungen reichen nicht aus.
- Ausreichend ist eine nicht nur unbedeutende Vergrößerung des Netzes oder eine nicht nur unbedeutende Veränderung sonstiger Betriebsparameter.
- Für Umstrukturierung gilt kein strengerer Maßstab als für Erweiterung.
- Bei Kombination von Austausch und Umstrukturierung ist ein prozentualer Bestandteil der Kosten berücksichtigungsfähig.

# Investitionsmaßnahmen: Verteilernetze

## ■ § 23 ARegV – Investitionsmaßnahmen

(6) <sup>1</sup>Betreibern von Verteilernetzen können Investitionsmaßnahmen durch die Regulierungsbehörde für solche Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen genehmigt werden, die durch die Integration von Anlagen nach dem **Erneuerbare-Energien-Gesetz** oder dem **Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz** ... notwendig werden und die nicht durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 berücksichtigt werden. ...

## ■ **BGH, Beschluss vom 9. Juli 2013 – EnVR 23/12, RdE 2013, 476 Rn. 9 ff. – E.ON Netz GmbH**

- Integration einer Anlage in ein vor- oder nachgelagertes Netz kann ausreichen.
- Erhöhung der Zahl von EEG oder KWKG-Anlagen in vor- oder nachgelagerten Netzen reicht allein nicht aus.
- Erforderlich ist eine konkrete Veränderung im vor- oder nachgelagerten Netz, die eine Folgemaßnahme im Netz des Antragstellers notwendig macht.

# Effizienzvergleich: Grundlagen

## ■ § 12 ARegV – Effizienzvergleich

(1) <sup>1</sup>Die Bundesnetzagentur führt vor Beginn der Regulierungsperiode ... jeweils einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen und Gasverteilernetzen mit dem Ziel durch, die **Effizienzwerte** für diese Netzbetreiber zu ermitteln. ...

## ■ § 13 ARegV – Parameter für den Effizienzvergleich

(1) <sup>1</sup>Die Regulierungsbehörde hat im Effizienzvergleich **Aufwandsparameter** und **Vergleichsparameter** zu berücksichtigen.

(2) Als Aufwandsparameter sind die nach § 14 ermittelten **Kosten** anzusetzen.

(3) <sup>1</sup>Vergleichsparameter sind Parameter zur Bestimmung der **Versorgungsaufgabe** und der **Gebietseigenschaften** ... <sup>4</sup>Vergleichsparameter können insbesondere sein: ...

(4) <sup>1</sup>In der ersten und zweiten Regulierungsperiode hat die Regulierungsbehörde die Vergleichsparameter

1. Anzahl der **Anschlusspunkte** ..., 2. ..., 2a. ..., 3. ...

zu verwenden. Darüber hinaus können weitere Parameter nach Maßgabe des Absatzes 3 verwendet werden.

# Effizienzvergleich: Parameter und Methoden

## ■ **BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 – EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 38 ff. – SWM Infrastruktur GmbH**

- Bundesnetzagentur hat bei der Auswahl der Vergleichsparameter ein Ermessen.
- Nichtberücksichtigung des Verhältnisses zwischen Zähl- und Anschlusspunkten in Stromnetzen für die erste Regulierungsperiode war nicht ermessensfehlerhaft.
- Parameter haben teilweise wiederholende Wirkung.
- Zusätzliche Berücksichtigung der Zählpunkte führt nicht zu systematischer Verbesserung.

## ■ **BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 – EnVR 12/12 Rn. 21 ff. – Stadtwerke Konstanz GmbH**

- Der Bundesnetzagentur steht bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt.
- Problem der Heteroskedastizität wurde ausreichend berücksichtigt.
- Nichtberücksichtigung des Verhältnisses zwischen Messstellen und Anschlusspunkten in Gasnetzen für die erste Regulierungsperiode ist nicht zu beanstanden.
- Einsicht in die Daten anderer Unternehmen muss nicht gewährt werden.

# Weitere Entwicklung: Produktivitätsfaktor

## ■ § 21a EnWG n.F. (seit 30. Dezember 2011)

(6) <sup>1</sup>Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates ...

2. die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung ... zu regeln ...

<sup>2</sup>Insbesondere können durch Rechtsverordnung nach Satz 1 ...

5. Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate **unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft** getroffen werden,

## ■ BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 – EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 14 ff. – Gemeindewerke Schutterwald

– § 9 ARegV ist von dieser neuen Ermächtigungsgrundlage gedeckt.

– Die neue Fassung von Gesetz und Verordnung ist rückwirkend ab Beginn der ersten Regulierungsperiode anzuwenden.

# Weitere Entwicklung: Tagesneuwerte

## ■ BGH, Beschluss vom 12. November 2013 – EnVR 33/12 Rn. 19 ff. – Festlegung Tagesneuwerte

- Bundesnetzagentur hat auch dann keinen Beurteilungsspielraum, wenn sie die Preisindizes durch Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 GasNEV bestimmt.
- Daten für produzierendes Gewerbe sind nicht hinreichend sachnah.
- Heranziehung einer Studie zum Schweizer Strommarkt für den deutschen Gasmarkt nicht zu beanstanden.

## ■ § 6a StromNEV (seit 22. August 2013)

(1) <sup>1</sup>Bei der Ermittlung der Tagesneuwerte ... sind **folgende Indexreihen** des Statistischen Bundesamtes heranzuziehen: ...

# Weitere Entwicklung: Zinssatz

## ■ BGH, Beschluss vom 18. Februar 2014 – EnVR 71/12 – Rheinhessische Energie II

- Zinssatz von 5,24 % (4,78 % + 0,46 %) ist nicht zu beanstanden.
- Tatrichterliche Feststellung entsprechend § 287 ZPO.
- „Netzscharfe“ Betrachtung ist nicht zwingend geboten.
- Eigenkapitalquote ist auch bei Bestimmung des Zinssatzes mit 40% anzusetzen.
- Liquiditätszuschlag ist nicht zu beanstanden.
- Fiktive Emissionskosten dürfen nicht berücksichtigt werden.

## ■ § 7 StromNEV n.F. (seit 22. August 2013)

(7) <sup>1</sup>Der Zinssatz für den die Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals ... bestimmt sich als **Mittelwert** ... der folgenden von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen:

1. ... Anleihen der öffentlichen Hand,
2. ... Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und
3. ... Hypothekendarlehen.

<sup>2</sup>Weitere Zuschläge sind unzulässig.

# Fazit

- Prüfungsumfang
  - Unbestimmte Rechtsbegriffe:  
Volle Prüfung durch Beschwerdegericht  
Rechtskontrolle durch Bundesgerichtshof
  - Komplexe Festlegungen:  
Spielraum für die Regulierungsbehörde
  
- Eingriffe des Gesetzgebers
  - Rechtssicherheit für die Zukunft
  - Aufarbeitung der Vergangenheit durch die Gerichte