

# **Zum Regulierungsermessen der Regulierungsbehörde in der Rechtsprechung des BGH**

Dr. Christian Grüneberg

# „Rhein Hessische Energie I“

BGH, Beschluss vom 14.8.2008 – KVR 42/07

Der Landesregulierungsbehörde steht bei der Ermittlung der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für eine vergleichbare Kreditaufnahme i.S. des § 5 Abs. 2 Halbs. 2 StromNEV kein Beurteilungsspielraum zu (Rn. 51).

# „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 (Rn. 24).

# § 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.

# Anlage 3 zu § 12 ARegV

1. Die anzuwendenden Methoden bei der Durchführung des Effizienzvergleichs nach § 12 sind die a) **Dateneinhüllungsanalyse** (Data Envelopment Analysis – DEA) und b) **Stochastische Effizienzgrenzenanalyse** (Stochastic Frontier Analysis – SFA).

**DEA im Sinne dieser Verordnung ist eine nicht-parametrische Methode**, in der die optimalen Kombinationen von Aufwand und Leistung aus einem linearen Optimierungsproblem resultieren. Durch die DEA erfolgt die Bestimmung einer Effizienzgrenze aus den Daten aller in den Effizienzvergleich einzubeziehenden Unternehmen und die Ermittlung der relativen Positionen der einzelnen Unternehmen gegenüber dieser Effizienzgrenze.

**Die SFA ist eine parametrische Methode**, die einen funktionalen Zusammenhang zwischen Aufwand und Leistung in Form einer Kostenfunktion herstellt. Im Rahmen der SFA werden die Abweichungen zwischen den tatsächlichen und den regressionsanalytisch geschätzten Kosten in einen symmetrisch verteilten Störterm und eine positiv verteilte Restkomponente zerlegt. Die Restkomponente ist Ausdruck von Ineffizienz. Es wird somit von einer schiefen Verteilung der Restkomponente ausgegangen.

2. Die Effizienzgrenze wird von den Netzbetreibern mit dem besten Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand gebildet. Für Netzbetreiber, die im Effizienzvergleich als effizient ausgewiesen werden, gilt ein Effizienzwert in Höhe von 100 Prozent, für alle anderen Netzbetreiber ein entsprechend niedrigerer Wert.

3. Die Ermittlung der Effizienzwerte im Effizienzvergleich erfolgt unter Einbeziehung aller Druckstufen oder Netzebenen. Es erfolgt keine Ermittlung von Teileffizienzen für die einzelnen Druckstufen oder Netzebenen.

4. Bei der Durchführung einer DEA sind nicht-fallende Skalenerträge zu unterstellen.

**5. Die Regulierungsbehörde führt für die parametrische Methode und für die nicht-parametrische Methode Analysen zur Identifikation von extremen Effizienzwerten (Ausreißern) durch, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen.** Ermittelte Ausreißer in dem Sinne, dass sie eine besonders hohe Effizienz aufweisen, werden mit einem Effizienzwert von 100 Prozent festgesetzt. Ausreißer in dem Sinne, dass sie eine besonders niedrige Effizienz aufweisen, erhalten den Mindesteffizienzwert nach § 12 Abs. 4 Satz 1.

Bei der nicht-parametrischen Methode gilt ein Wert dann als Ausreißer, wenn er für einen überwiegenden Teil des Datensatzes als Effizienzmaßstab gelten würde. Zur Ermittlung von Ausreißern sind statistische Tests durchzuführen. Dabei ist die mittlere Effizienz aller Netzbetreiber einschließlich der potenziellen Ausreißer mit der mittleren Effizienz der Netzbetreiber zu vergleichen, die sich bei Ausschluss der potenziellen Ausreißer ergeben würde. Der dabei festgestellte Unterschied ist mit einer Vertrauenswahrscheinlichkeit von mindestens 95 Prozent zu identifizieren. Die auf diese Weise festgestellten Ausreißer sind aus dem Datensatz zu entfernen. Ergänzend ist eine Analyse der Supereffizienzwerte durchzuführen. Dabei sind diejenigen Ausreißer aus dem Datensatz zu entfernen, deren Effizienzwerte den oberen Quartilswert um mehr als den 1,5fachen Quartilsabstand übersteigen. Der Quartilsabstand ist dabei definiert als die Spannweite der zentralen 50 Prozent eines Datensatzes.

Bei der parametrischen Methode gilt ein Wert dann als Ausreißer, wenn er die Lage der ermittelten Regressionsgerade zu einem erheblichen Maß beeinflusst. Zur Ermittlung des erheblichen Einflusses sind statistische Tests durchzuführen, mit denen ein numerischer Wert für den Einfluss zu ermitteln ist. Liegt der ermittelte Wert über einem methodisch angemessenen kritischen Wert, so ist der Ausreißer aus dem Datensatz zu entfernen. **Methoden, die zur Anwendung kommen können, sind insbesondere Cooks-Distance, DFBETAS, DFFITS, Covariance-Ratio oder Robuste Regression.**

# § 13 ARegV

(1) Die Regulierungsbehörde hat im Effizienzvergleich Aufwandsparameter und **Vergleichsparameter** zu berücksichtigen.

(2) ...

(3) <sup>1</sup>Vergleichsparameter sind Parameter zur Bestimmung der Versorgungsaufgabe und der Gebietseigenschaften, insbesondere die geografischen, geologischen oder topografischen Merkmale und strukturellen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe auf Grund demografischen Wandels des versorgten Gebietes. <sup>2</sup>**Die Parameter müssen geeignet sein, die Belastbarkeit des Effizienzvergleichs zu stützen.** <sup>3</sup>Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sie messbar oder mengenmäßig erfassbar, nicht durch Entscheidungen des Netzbetreibers bestimmbar und nicht in ihrer Wirkung ganz oder teilweise wiederholend sind, insbesondere nicht bereits durch andere Parameter abgebildet werden. <sup>4</sup>Vergleichsparameter können insbesondere sein

1. die Anzahl der Anschlusspunkte in Stromversorgungsnetzen und der Ausspeisepunkte in Gasversorgungsnetzen,
2. die Fläche des versorgten Gebietes,
3. die Leitungslänge,
4. die Jahresarbeit,
5. die zeitgleiche Jahreshöchstlast oder
6. die dezentralen Erzeugungsanlagen in Stromversorgungsnetzen, insbesondere die Anzahl und Leistung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wind- und solarer Strahlungsenergie.

<sup>5</sup>Bei der Bestimmung von Parametern zur Beschreibung geografischer, geologischer oder topografischer Merkmale und struktureller Besonderheiten der Versorgungsaufgabe auf Grund demografischen Wandels des versorgten Gebietes **können flächenbezogene Durchschnittswerte gebildet werden.** <sup>6</sup>Die Vergleichsparameter können bezogen auf die verschiedenen Netzebenen von Strom- und Gasversorgungsnetzen verwendet werden; ein Vergleich einzelner Netzebenen findet nicht statt. <sup>7</sup>**Die Auswahl der Vergleichsparameter hat mit qualitativen, analytischen oder statistischen Methoden zu erfolgen, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen.** <sup>8</sup>Durch die Auswahl der Vergleichsparameter soll die strukturelle Vergleichbarkeit möglichst weitgehend gewährleistet sein. <sup>9</sup>Dabei sind die Unterschiede zwischen Strom- und Gasversorgungsnetzen zu berücksichtigen, insbesondere der unterschiedliche Erschließungs- und Anschlussgrad von Gasversorgungsnetzen. <sup>10</sup>Bei der Auswahl der Vergleichsparameter sind Vertreter der betroffenen Wirtschaftskreise und der Verbraucher rechtzeitig zu hören.

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

1. Anzahl der Anschlusspunkte in Stromversorgungsnetzen und der Ausspeisepunkte in Gasversorgungsnetzen,
2. Fläche des versorgten Gebietes,
  - 2a. Leitungslänge (Systemlänge) und
3. zeitgleiche Jahreshöchstlast

zu verwenden. <sup>2</sup>**Darüber hinaus können weitere Parameter nach Maßgabe des Absatzes 3 verwendet werden.**

# „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 (Rn. 12).



# § 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.

# § 19 ARegV

**(1)** <sup>1</sup>Auf die Erlösobergrenzen können Zu- oder Abschläge vorgenommen werden, wenn Netzbetreiber hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit oder der Netzleistungsfähigkeit von Kennzahlvorgaben abweichen (Qualitätselement). <sup>2</sup>Die Kennzahlvorgaben sind nach Maßgabe des § 20 unter Heranziehung der Daten von Netzbetreibern aus dem gesamten Bundesgebiet zu ermitteln und in Zu- und Abschläge umzusetzen. ...

...

**(3)** <sup>1</sup>Die Netzzuverlässigkeit beschreibt die Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, Energie möglichst unterbrechungsfrei und unter Einhaltung der Produktqualität zu transportieren. <sup>2</sup>Die Netzleistungsfähigkeit beschreibt die Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, die Nachfrage nach Übertragung von Energie zu befriedigen.

# § 20 ARegV

**(1)** <sup>1</sup>Zulässige Kennzahlen für die Bewertung der Netzzuverlässigkeit nach § 19 sind **insbesondere** die Dauer der Unterbrechung der Energieversorgung, die Häufigkeit der Unterbrechung der Energieversorgung, die Menge der nicht gelieferten Energie und die Höhe der nicht gedeckten Last. <sup>2</sup>Eine **Kombination und Gewichtung** dieser Kennzahlen ist möglich. ...

**(2)** <sup>1</sup>Aus den Kennzahlenwerten nach Absatz 1 sind Kennzahlvorgaben als gewichtete Durchschnittswerte zu ermitteln. <sup>2</sup>Bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben sind **gebietsstrukturelle Unterschiede** zu berücksichtigen. <sup>3</sup>Dies kann durch **Gruppenbildung** erfolgen.

# „Festlegung Tagesneuwerte“

BGH, Beschluss vom 12.11.2013 – EnVR 33/12

Die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 17. Oktober 2007 (BK9-07/602-1) über die nach § 6 Abs. 3 GasNEV a.F. bei der Ermittlung der Tagesneuwerte anwendbaren Preisindizes ist gerichtlich voll überprüfbar.

Der Regulierungsbehörde kommt insoweit kein einer gerichtlichen Überprüfung nur begrenzt zugänglicher Beurteilungsspielraum zu (Rn. 19).

# § 6 GasNEV/StromNEV a.F.

## Kalkulatorische Abschreibungen

(1) ...

**(3)** <sup>1</sup>Der Tagesneuwert ist der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt. <sup>2</sup>Die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf Tagesneuwerte zum jeweiligen Stichtag erfolgt unter Verwendung anlagenspezifischer oder anlagengruppenspezifischer Preisindizes, die auf den Indexreihen des Statistischen Bundesamtes beruhen (Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes "Preise und Preisindizes", Fachserie 16 und 17 \*) . ...

# § 6 GasNEV/StromNEV n.F.

## Kalkulatorische Abschreibungen

(1) ...

**(3)** <sup>1</sup>Der Tagesneuwert ist der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt. <sup>2</sup>Die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagegüter auf Tagesneuwerte zum jeweiligen Stichtag erfolgt unter Verwendung von Indexreihen des Statistischen Bundesamtes nach Maßgabe des § 6a . ...

# § 6a GasNEV/StromNEV

## Preisindizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte

- (1) Bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Absatz 3 Satz 2 sind folgende Indexreihen des Statistischen Bundesamtes\* heranzuziehen:
  1. für die Anlagengruppen I.2 Grundstücksanlagen, I.3 Betriebsgebäude, I.4 Verwaltungsgebäude, III.8 Gebäude, Verkehrswege und V.9 Gebäude (Mess-, Regel- und Zähleranlagen) der Anlage 1 die Indexreihe Gewerbliche Betriebsgebäude, Bauleistungen am Bauwerk ohne Umsatzsteuer (Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft);
  2. für die Anlagengruppen Rohrleitungen und Hausanschlussleitungen IV.1.1 Stahlleitungen PE ummantelt, IV.1.2 Stahlleitungen kathodisch geschützt, IV.1.3 Stahlleitungen bitumiert, IV.2 Grauguss (> DN 150), IV.3 Duktiler Guss, IV.4 Polyethylen (PE-HD) und IV.5 Polyvinylchlorid (PVC) der Anlage 1 die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft);
  3. für die Anlagengruppen IV.1.1 Stahlleitungen PE ummantelt, IV.1.2 Stahlleitungen kathodisch geschützt und IV.1.3 Stahlleitungen bitumiert, der Anlage 1, die für den Gastransport mit einem Druck größer als 16 bar ausgelegt sind,
    - a) die Indexreihe Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl (Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte) mit einem Anteil von 40 Prozent und
    - b) die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft) mit einem Anteil von 60 Prozent;
  4. für alle übrigen Anlagengruppen, mit Ausnahme der Anlagengruppe I.1 Grundstücke der Anlage 1, der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte gesamt (ohne Mineralölerzeugnisse) (Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte).
- (2) ...

# „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.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**