



**Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und
Regulierungsermessen: Gerichtlicher Rechtsschutz gegen
Entgelt-Entscheidungen der Bundesnetzagentur“**

ROLG Dr. Ulrich Egger

Berlin, 16.12.2016



Unbestimmter Rechtsbegriff

- **§ 1361b BGB:** „(1) „Leben die Ehegatten getrennt ..., so kann ein Ehegatte verlangen, dass ihm der andere die Ehwohnung ...überlässt, soweit dies ... notwendig ist, um eine *unbillige Härte* zu vermeiden.“
- **§ 77 III 1 EnWG:** „Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung ... wiederherstellen, wenn (3.)die Vollziehung für den Betroffenen eine *unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte* zur Folge hätte.“
- **Art. 107 AEUV:** „..., sind staatliche oder aus *staatlichen Mitteln* gewährte *Beihilfen* gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb *verfälschen* oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten *beeinträchtigen*.



Koppelungsvorschrift

- Tatbestandsseite: unbestimmter Rechtsbegriff
- Rechtsfolgenseite: Ermessensermächtigung
- **§ 129 I AO** „Die Finanzbehörde *kann* Schreibfehler, Rechenfehler und *ähnliche offenbare Unrichtigkeiten*, die beim Erlass eines Verwaltungsakts unterlaufen sind, jederzeit berichtigen.“



Beurteilungsspielraum - Tatbestandsseite

z.B.

- Schulrecht
- Beamtenrecht
(Eignung, Einstellung, Beförderung)
- Sozialrecht

Beurteilungsspielraum und Unionsrecht

- Ausländerrecht: **BVerwG, 17.9.15, 1 C 37/14**
„Die Auslandsvertretungen verfügen bei der Prüfung der Visumanträge nach dem Visakodex über einen unmittelbar vom Unionsrecht vorgegebenen **weiten Beurteilungsspielraum**. Dieser bezieht sich auf die Verweigerungsgründe und die Würdigung der hierfür maßgeblichen Tatsachen.“



Beurteilungsspielraum und Unionsrecht

BVerwG, 17.9.15, 1 C 37/14

- „Allerdings wird der unionsrechtliche Begriff des Beurteilungsspielraums **unspezifisch** im Sinne eines der Verwaltung eröffneten Entscheidungsspielraums verwendet, da es im EU-Recht **keine dem deutschen Recht vergleichbare Trennung** zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielräumen gibt.“
- „Der nach dem EuGH eröffnete Entscheidungsspielraum bezieht sich *hier* allerdings auf den Tatbestand der Visakodex-Norm und **entspricht damit einem Beurteilungsspielraum** im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts.“



Beurteilungsspielraum und Unionsrecht

BVerwG, 17.9.15, 1 C 37/14

- „Der **unionsrechtlich vorgegebene Entscheidungsspielraum** wirkt sich auf die Intensität der nationalen gerichtlichen Kontrolle aus; sie kann nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll.“
- „Die Kontrollmaßstäbe sind daher den Grundsätzen zu entnehmen, die das BVerwG zur gerichtlichen Überprüfung von **Beurteilungsspielräumen nach deutschem Verwaltungsrecht** entwickelt hat.“



Beurteilungsspielraum und Unionsrecht

BVerwG, 17.9.15, 1 C 37/14

- Danach wird die Ausübung eines **Beurteilungsspielraums** auf der Tatbestandsseite nur darauf überprüft, ob die Behörde
 - die **Verfahrensbestimmungen** eingehalten hat,
 - von einem richtigen **Verständnis** des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist,
 - den erheblichen Sachverhalt **vollständig** und **zutreffend** ermittelt hat
 - und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige **Bewertungsmaßstäbe** gehalten hat, insbesondere nicht das **Willkürverbot** verletzt.



Erkennen: Beispiele

- **Zivilrecht:** „billiges Ermessen“, § 315 BGB – „Gestaltungsermessen“, § 16 WEG – „Leitungsermessen“, § 76 AktG
- **Behörde:**
 - Ermessen (z.B. § 48 I VwVfG, § 36 I VwVfG)
 - Entschließungs-/Aufgreif- und Auswahlermessen
 - vorgeprägtes – intendiertes Ermessen („soll“)
 - Planungsermessen
- **EU-Gemeinschaftsorgane:**
 - Ermessen der Kommission, z.B. Art. 107 III AEUV
 - BGH, 26.1.16, EnVR 51/14, Karenzzeiten: „weiter Ermessens- und Prognosespielraum der EU-Gemeinschaftsorgane“
- **Gericht:** § 29 V BtmG – Einzelrichter – Terminbestimmung – Vorlageermessen



BVerfG – Atomausstieg, 6.12.16, 1 BvR 2821/11 u.a.

- „Ungeachtet der bereits seit spätestens 2002 bestehenden Kontingentierung der Strommengen konnten die Kernkraftwerksbetreiber nach der bis zur 13. AtG-Novelle besteh. Rechtslage nach **freiem unternehmerischen Ermessen** darüber entscheiden, wann sie diese Mengen verbrauchen wollten...“
- „Es liegt im **Gestaltungsermessen des Gesetzgebers**, die Voraussetzungen und den Umfang eines solchen Kompensationsanspruchs näher zu bestimmen...
Er ...durfte ... jedoch nicht darauf verzichten, jedenfalls einen Anspruch auf **angemessene Entschädigung** für frustrierte Investitionen vorzusehen...“



Gerichtliche Kontrolle? – Kontrollverlust?

- Prinzip der Gewaltenteilung
- P: Art. 19 IV GG – Rechtsschutzgarantie
- Grundrechte, z.B. Art. 12, 14 GG
- „erhöhte Sozialpflichtigkeit“ im Energierecht (Daseinsvorsorge)?

Energierecht:

- hohes Maß an Technizität
- dynamische Entwicklung
- ökonomische Bewertungen
- Prognoseentscheidungen
- proaktive Steuerung (natürlicher) Monopole („Anreiz“-Regulierung)



Energierrecht: unbestimmter Rechtsbegriff

BGH, 18.10.16, EnVR 27/15, Infracore, Personalzusatzkosten

- „1. Als dauerhaft nicht beeinflussb. Kostenanteile nach § 11 III 1 Nr. 9 ARegV sind nur solche **Personalzusatzkosten** anzusehen, die bei dem **Netzbetreiber selbst** entstehen. Hierfür ist erforderlich, dass die Kostenbelastung für den Netzbetreiber selbst auf einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung beruht und dass sich die Kosten für den Netzbetreiber selbst als Kosten aus Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen darstellen.“
- Auslegung nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik, Sinn und Zweck
- kein Beurteilungsspielraum oder Regulierungsermessen



Energierrecht: unbestimmter Rechtsbegriff

OLG Df., mV 9.11.16, VT 18.1.17, IM „erhebliche Kosten“

- Ist für die Berechnungsbasis der „erheblichen Kosten“ nach § 23 I 2 Nr. 7 ARegV nur auf die in Nr. 7 genannten Maßnahmen oder alle nach Abs. 1 genannten Maßnahmen abzustellen?

- Auslegung:
 - Wortlaut?
 - Verhältnis § 23 I 2 Nr. 7 und § 23 VI ARegV?
 - Verständnis der Norm? Sinn und Zweck?
 - Bedeutung Schwellenwert § 23 VI 3 ARegV (Erhöhung Gesamtkosten nach Abzug der dnbK um mindestens 0,5 %)



Energierrecht: Beurteilungsspielraum?

BGH, 14.8.08, KVR 42/07, „Rhein Hess. Energie I“, kostenbasierte Entgeltgenehmigung

- Fremdkapitalzins: § 7 I 3 StromNEV 2005
- kein Beurteilungsspielraum
- „Nur eine volle gerichtliche Nachprüfung steht mit dem Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens in Einklang“
- Umstände/Voraussetz. ggfs. mit sachverständiger Hilfe zu klären
- Beurteilungsspielraum „nur in seltenen Fällen“, wie z.B. bei „Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtlichen Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, höchstpersönlichen Akten wertender Erkenntnis, Bewertungen mit planerischem Einschlag, Risikoentscheidungen oder Entscheidungen eines weisungsfreien, fachkundigen, pluralistisch zusammengesetzten Kollegialorgans.“



Beurteilungsspielraum?

- **BGH, 12.11.2013, EnVR 33/12, Festlegung Tagesneuwerte I - Preisindizes**
- kein Beurteilungsspielraum: „**Allein** die Anwendung **unbestimmter Rechtsbegriffe** eröffnet der Regulierungsbehörde einen solchen **Beurteilungsspielraum nicht.**“
- „Vielmehr sind Preisindizes für die Ermittlung der Tagesneuwerte hinreichend bestimmbar und können in ihren tatsächlichen Voraussetzungen gegebenenfalls - was auch die vom Beschwerdegericht durchgeführte Beweisaufnahme gezeigt hat - durch Sachverständige geklärt.“
- Beurteilung des Tatrichters, welche Indexreihen und Gewichtung
- nur eingeschränkte Prüfung in Beschwerdeinstanz



Beurteilungsspielraum - Regulierungsermessen

BGH, 21.1.14, EnVR 12/12, „SW Konstanz“, Effizienzvergleich

- „Der mit der Durchführung des Effizienzvergleichs 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.“
- nicht punktgenau vorgegeben
- methodenoffen, ausfüllungsbedürftig, komplexe Modellierung
- „Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiell-
rechtliche 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.“



Beurteilungsspielraum - Regulierungsermessen

BGH, 21.1.14, EnVR 12/12, „SW Konstanz“, Effizienzvergleich

- „Ob und inwieweit es sich bei den der Reg.behörde 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 BVerwG entschieden hat, *eher verbal und weniger in der Sache.*“
- **Beurteilungsspielraum** ist darauf zu überprüfen:
 - Verfahrensbestimmungen eingehalten
 - von richtigem Verständnis des Gesetzesbegriffs ausgegangen
 - Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt
 - allgemeingültige Wertungsmaßstäbe, insbes. Willkürverbot beachtet



Beurteilungsspielraum - Regulierungsermessen

BGH, 21.1.14, EnVR 12/12, „SW Konstanz“, **Effizienzvergleich**
Abwägung zwischen unterschiedl. gesetzl. Zielvorgaben erfordernden
Regulierungsermessens ist zu beanstanden,

- wenn Abwägung nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall)
- in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit)
- die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder
- der Ausgleich zwischen den Belangen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität)

(unter Bezug auf: BVerwG, 2.4.08, 6 C 15/07,
Mobilfunkterminierungsentgelte, und BVerwG, 25.9.13, 6 C 13/12)



Beurteilungsspielraum - Regulierungsermessen

BGH, 22.7.14, EnVR 59/12, „Stromnetz Berlin“, Qualitätselement

- „Der mit der Bestimmung des Qualitätselements betrauten
Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der einzelnen
Parameter und Methoden vielmehr – wie der Senat etwa auch für
den nach § 12 ARegV durchzuführenden Effizienzvergleich
entschieden hat – ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten
einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem
Regulierungsermessen gleichkommt.“
- erhöhte Begründungsanforderungen



Beurteilungsspielraum - Regulierungsermessen

- **BGH**, 7.6.16, EnVR 62/14, **Verlustenergiekosten** als volatile K.
- Festlegung volatiler Kosten für Elektrizitätsverteilernetzbetreiber nach § 11 V ARegV für 2. RP Strom
- BGH: „Von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist auch die Annahme des Beschwerdegerichts, dass der BNetzA bei der Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten und der näheren Ausgestaltung der Berechnungsmethode ein *Entscheidungsspielraum* zuzubilligen ist.“
„ein Spielraum...der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt...“
- Begründungs-/Prüfungsumfang wie Effizienzvergleich/Q-Element
- wohl kein Nachholen der Begründung im gerichtlichen Verfahren



differenziert: BGH, EK I-Zins 1. RP

BGH, 27.1.2015, EnVR 39/13, Thyssengas

- „Die Festlegung des **Zinssatzes** für die Verzinsung des EK gemäß § 7 Abs. 6 GasNEV unterliegt der *uneingeschränkten* Überprüfung durch den Tatrichter, soweit es um die Ermittlung der *tatsächlichen Grundlagen* geht.“
 - Modell ist methodenoffen - CAPM
 - ein einziger richtiger Zinssatz?
 - Abwägung Interessen Netzbetreiber – Netznutzer
 - ggfs. sachverständige Hilfe



differenziert: BGH, EK I-Zins 1. RP

BGH, 27.1.2015, EnVR 39/13, Thyssengas

- „Bei der Bemessung des **Zuschlags** zur Abdeckung netzbetriebs-spezifischer unternehmerischer *Wagnisse* gemäß § 7 V GasNEV steht der Regulierungsbehörde ein *Beurteilungsspielraum* zu.“
 - Vielzahl Fragen – komplexe Prüfung und Bewertung
 - kein richtig oder falsch
 - wertende Auswahlentscheidung/Gesamtbetrachtung
- „plausible, erschöpfende Begründung“
- Offenlegung Datengrundlage?

- Rechtsbeschwerde: Prüfung nur, ob Tatrichter erhebliches Vorbringen unberücksichtigt – wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht geblieben/offenkundig fehlengewichtet – Rechtsgrundsätze Zinsbemessung verkannt - unrichtige rechtl. Maßstäbe



differenziert: BVerwG, 17.08.2016, 6 C 50/15

- Ex-ante-Genehmigung von Entgelten für Mietleitungen
- „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (§§ 31 f. TKG)

- VG Köln: „Beurteilungsspielraum“ der BNetzA
- BVerwG: Grundsatz: kein Beurteilungsspielraum, nur
 - „eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum der BNetzA allenfalls in Bezug auf abgrenzbare Teilaspekte“:
 - Methodenwahl
 - Bestimmung angemessene Verzinsung eingesetztes Kapital
 - erhöhte Begründungsanforderungen
 - Prüfung: Verfahrensbestimmungen eingehalten – Verständnis Gesetzesbegriffs – Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt – Wertungsmaßstäbe, Willkürverbot



OLG Df., 28.4.15, VI-3 Kart 307/12 (V) u.a., Redispatch

- § 13 Ia EnWG a.F: „für die Durchführung von Maßnahmen ...sind ... Erzeugungsanlagen mit einer Nennleistung ab 10 Megawatt verpflichtet, auf Anforderung durch die ÜNB... gegen **angemessene Vergütung** die Wirkleistungs- oder Blindleistungseinspeisung anzupassen.“
- Aufgreifermessen, Festlegung zu erlassen
- „Die Bundesnetzagentur hat hinsichtlich der Vorgaben einen nicht unerheblichen Entscheidungsspielraum“
- i. E. beanstandet: Bagatellregelung (niedrigster stündlicher Börsenpreis Vormonat), Leistungsentgelt kartellrechtswidrig



OLG Df., „GABI Gas 2.0“ – Netzkodex

u.a. VI-3 Kart 37/15 (V), 26.10.16, Rheinische Netzgesellschaft, und VI-3 Kart 69/15 (V), Mittelhessen Netz

- BNetzA-Festlegung in Sachen Bilanzierung Gas, BK7-14-020, 19.12.14 zur Umsetzung der VO(EU) 312/2014, 26.3.14, zur Festlegung eines Netzkodex für die Gasbilanzierung in FLN
- „Bei der Ausgestaltung der Vorgaben aus dem Netzkodex zur Umsetzung des Anreizmechanismus steht der Bundesnetzagentur ein **Regulierungsermessen** zu, soweit sie die Vorgaben aus dem Netzkodex beachtet. (Bezug BGH-Rspr.)“
- hier: verschiedene Modelle - Verfahren möglichst ergebnisoffen - kein „richtig oder falsch“



OLG Df., VI-3 Kart 132/15 (V), 7.12.16, Beiladung

- Beiladung zum Verwaltungsverfahren wegen der Bestätigung des Offshore-Netzentwicklungsplans 2024 (O-NEP 2024)
- Die Beiladung steht im **Ermessen** der Regulierungsbehörde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2006, VI-3 Kart 162/06 (V)).
- Die Bundesnetzagentur hat eine **weite Einschätzungsprärogative** (schon OLG Df., 6.7.06, VI-3 Kart 162/06 (V)).
- Hier:
 - § 12c IV 2 EnWG: Rechtsschutz nur für ÜNB: kein Beschwerderecht Petentin
 - Stellung genommen, Anhörung
 - Verfahrensökonomie



OLG Df., VI-3 Kart 57/16 (V), mV 9.11.16, Szenario Gas

- **§ 15a I EnWG:** „FLNB haben ... einen ...nationalen NEP zu erstellen und der Reg.behörde ... vorzulegen.
- Dieser muss alle wirksamen Maßnahmen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum bedarfsgerechten Ausbau des Netzes ...enthalten, die in den nächsten 10 Jahren netztechnisch ...erforderlich sind. S.4: Bei der Erarbeitung des NEP legen die FLNB angemessene Annahmen über die Entwicklung der Gewinnung, der Versorgung, des Verbrauchs von Gas ... zugrunde und berücksichtigen geplante Investitionsvorhaben in die regionale und gemeinschaftsweite Netzinfrastruktur ...sowie die Auswirkungen denkbarer Störungen der Versorgung (Szenariorahmen).“
- S. 7: Die Reg.behörde bestätigt den Szenariorahmen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung.“



OLG Df., 6.10.16, VI-5 Kart 21/14 (V) – Änderungsbesch.

- Regulierungskammer NRW hat EOG-Bescheid 2. RP Gas rückwirkend nachteilig abgeändert („Störterm“)

- OLG Df.: Änderung rechtswidrig:
 - § 29 II EnWG
 - §§ 48, 49 VwVfG
 - § 48 I oder II VwVfG: Geldleistungs-VA? Ermessen?
 - Vertrauensschutz, Verteilungsfaktor
 - Aufhebung nur für die Zukunft?



OLG Df., EK I-Zinssatz 3. RP - Beschwerden

- Festlegungen 5.10.2016, BK4-16-161 (Gas), BK4-16-160 (Strom)
- Neuanlagen: 6,91% vor Steuer
- Altanlagen: 5,12% vor Steuer
- BGH, 16.12.2014, EnVR 54/13, Festlegung Tagesneuwerte II



Die Norm entscheidet!