

Regulierung durch den Verordnungsgeber (an Stelle der BNetzA) und europarechtliche Grenzen

RA, Dipl.-Kfm. Dr. Sven-Joachim Otto,
Mag. rer. publ.

12. Dezember 2017

Agenda

1. Überblick
2. Normative Regulierung der Indexreihen
3. Normative Regulierung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital
4. Normative Regulierung der Bewertung der Grundstücke
5. Normative Regulierung des Effizienzwerts im vereinfachten Verfahren

Verordnungsgeber

legt Berechnungs- und Methodenregeln verbindlich fest

§ 6a StromNEV

- **Indexreihen**
 1. Bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 S. 2 sind folgende Indexreihen des Statistischen Bundesamts heranzuziehen (...1-5).
 2. Sofern die in Abs. 1 genannten Indexreihen ... nicht ...verfügbar sind, sind für die Ermittlung der Tagesneuwerte Ersatzindexreihen zugrunde zu legen (...1-5)
 3. *Berechnungsformel*

§ 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV

- **Historische Anschaffungskosten Grundstücke**
 - Grundstücke sind zu Anschaffungskosten anzusetzen.
 - Es ist jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen.

§ 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV

- **Zinssatz für überschießendes Eigenkapital**
 - Soweit das nach S. 2 ermittelte betriebsnotwendige Eigenkapital einen Anteil von 40 % des ... betriebsnotwendigen Vermögens übersteigt, ist der übersteigende Anteil dieses Eigenkapitals gem. Abs. 7 zu verzinsen.
 - (7) Zinssatz = Mittelwert der Umlaufrenditen der letzten 10 K-Jahre von öff u. priv. Wertpap. und Hypotheken

§ 24 Abs. 2 S. 2 und Abs. 4 S. 5 ARegV

Effizienzwert im vereinfachten Verfahren

- Ab der zweiten Regu-
lierungsperiode (RP)
wird der Effizienzwert
als gewichteter durch-
schnittlicher Wert aller
in dem bundesweiten
Effizienzvergleich nach
§§ 12,13, 14 für die
vergangene RP
ermittelten und nach
§ 15 Abs. 1 bereinigten
Effizienzwerte gebildet.
- Veröffentlichung des
Effizienzwerts spät.am
1. Jan des vorletzten KJ
vor der RP.

Europarechtliche Vorschriften stehen normativer Regulierung entgegen

Art 37 Abs. 6 Richtlinie 2009/72/EG

Den Regulierungsbehörden obliegt es, zumindest die **Methoden zur Berechnung** oder Festlegung folgender Bedingungen (...) festzulegen oder zu genehmigen: die Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der **Tarife für die Übertragung** und die Verteilung oder ihrer Methoden. Diese Tarife oder Methoden sind so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist.

Art 37 Abs. 17 Richtlinie 2009/72/EG

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffene Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen

Art 47 Abs. 1 Charta der Grundrechte

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Weiteres Vorgehen

1

PwC Legal beantragt Vorlage zur Vorabentscheidung zum EuGH, gem. Art. 267 AEUV



OLG Düsseldorf

2

PwC Legal beantragt Vorlage zur Vorabentscheidung zum EuGH, gem. Art. 267 AEUV



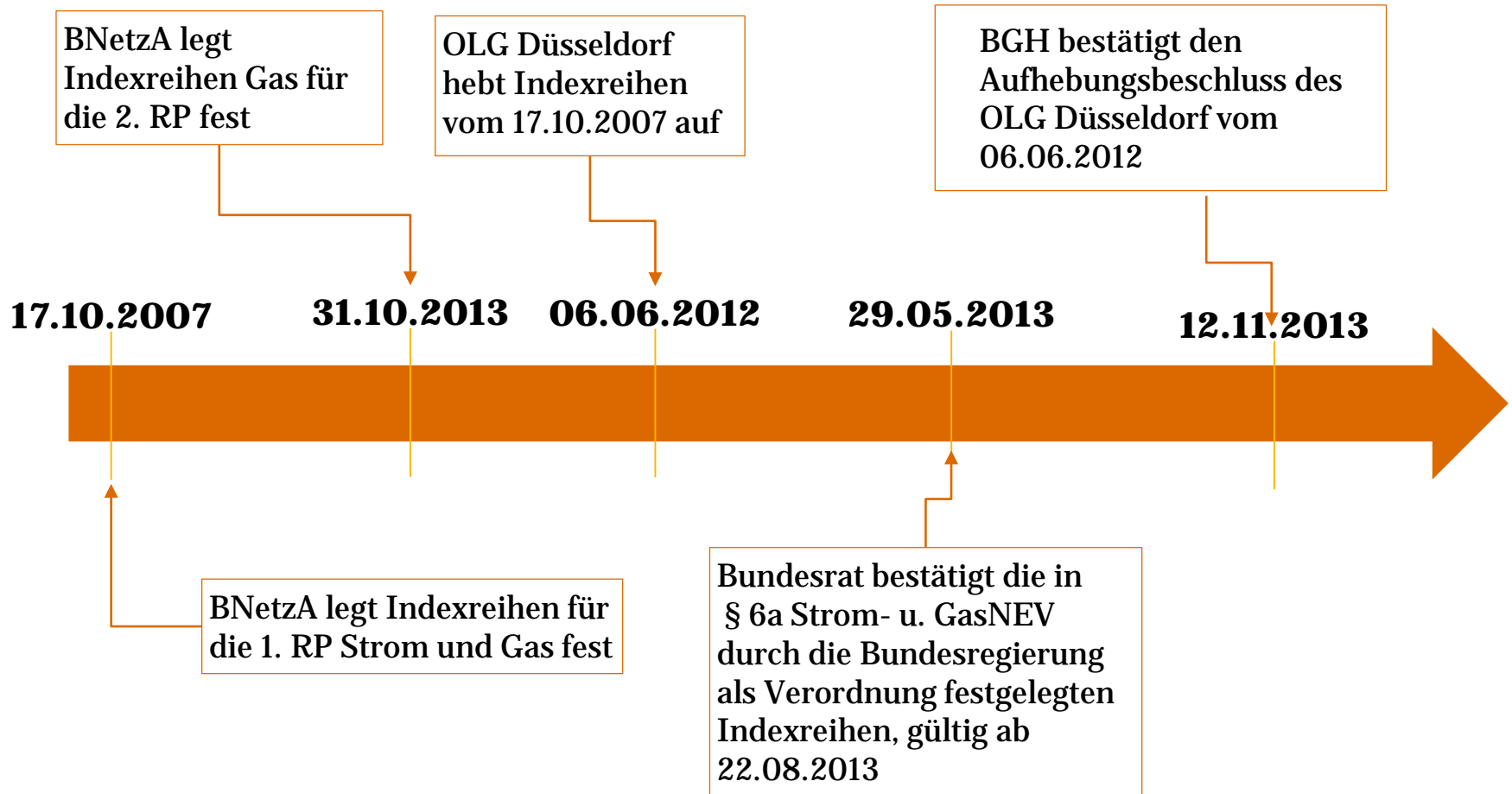
OLG Celle

Normative Regulierung der Indexreihen

2

Historie Festlegung der Indexreihen

Vor 29. Mai 2013 durch die BNetzA



BGH erkennt § 6a Strom- GasNEV an

Beschluss vom 25.04.2017

§ 24 EnWG eingehalten

- Tagesneuwertbestimmung muss nicht durch besonders umfassendes, detailliertes und ausdifferenziertes Regelungskonzept erfolgen.

Erwägungen des Verordnungsgebers

- BGH unterstellt, dass Erwägungen des Verordnungsgebers zur VO-Änderung im Bezug auf Indexreihen zutreffend seien.

Kein evidenten Widerspruch

- BGH beschränkt seine Kontrolle darauf, dass die in § 6a geregelten Indexreihen nicht evident dem Gesetzeszweck widersprechen.

Nettosubstanz-erhaltung

- Der BGH stellt fest, dass der Grundsatz der Nettosubstanzerhaltung erfüllt ist.

Weiter Gestaltungs-spielraum

- BGH räumt dem Verordnungsgeber einen weiten Gestaltungsspielraum für eine typisierende Regelung ein und führt keine Plausibilitätskontrolle der Indexreihen durch.

Argumente gegen Rechtmäßigkeit § 6a der Strom-GasNEV

Einschränkung Rechtsschutz

- Erwägungen des VO-Gebers wurden als sachfremd gerügt, BGH ist dem nicht nachgegangen.

Normative Regulierung

- Gerichtlicher Prüfungsmaßstab zu sehr eingeschränkt. Es findet keine Inhaltskontrolle der Berechnungsmethoden mehr statt.

Gestaltungskompetenz des VO-Gebers

- Gerichte prüfen ausschließlich die Einhaltung der Gestaltungskompetenz des VO-Gebers.

Kompetenzbeschränkung der BNetzA

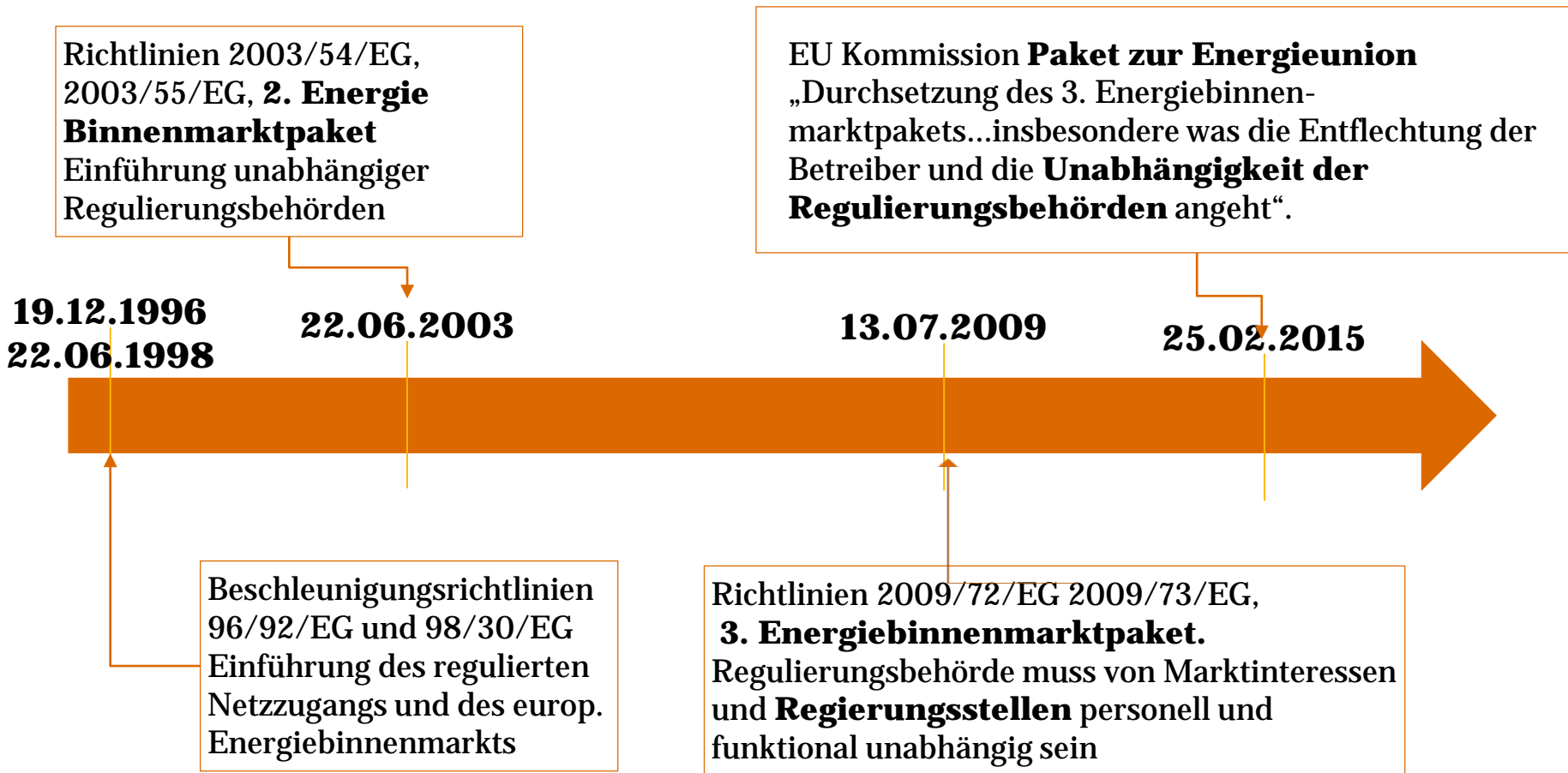
- Bei Regulierung der Indexreihen durch Verordnung bleibt zu wenig Spielraum für die administrative Tätigkeit der Regulierungsbehörde.

beschränkte nationale Regulierung

- EU-Recht beschränkt die nationale Ausgestaltung der Stellung der Regulierungsbehörden

Energiebinnenmarktrichtlinien

Entwicklung zur Autonomie der Regulierungsbehörden



Verstöße gegen die Binnenmarkt- Richtlinien

Wortlautauslegung

Art 37 Abs. 6

- (6) Den Regulierungsbehörden obliegt es, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen:
- a) die Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, **einschließlich der Tarife für die Übertragung und die Verteilung oder ihrer Methoden.** Diese Tarife oder Methoden sind so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist

Adressaten

- Der Richtliniengeber hat verschiedenen Adressaten bestimmte Aufgaben zugewiesen. So werden in Art. 37 Abs. 6 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und Art. 41 Abs. 6 Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie die Regulierungsbehörden adressiert; dagegen sollen nach Art. 37 Abs. 17 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie bzw. Art. Art. 41 Abs. 17 Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen.

Verstöße gegen die Binnenmarkt- Richtlinien

Historische Auslegung

Parlamentsantrag nicht beschlossen

- Schon beim zweiten Energiebinnenmarktpaket wollte das Europäische Parlament eine entsprechende Festlegungskompetenz für die Mitgliedstaaten kodifizieren. In den Gesetzgebungsmaterialien zu den Richtlinien befindet sich folgender Änderungsvorschlag:
- „Die Methode zur Berechnung der Übertragungs- und Verteilungstarife, die Regeln für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie und die in Artikel 8 Abs. 6 genannten Regeln, sind, bevor sie Gültigkeit erlangen, **von den Mitgliedsstaaten rechtsverbindlich festzulegen** bzw. von den Regulierungsbehörden zu genehmigen“,
- Diese – im vorgenannten Zitat textlich „fett“ hervorgehobene – Änderung hat aber **keine Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren** gefunden.

Verstöße gegen die Binnenmarkt- Richtlinien

Historische Auslegung

2. Binnenmarktpaket

- **Die Richtlinie 2003/54/EG** des zweiten Energiebinnenmarktpakets enthielt eine fast inhaltlich identische Vorschrift – Art. 23 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2003/54/EG – zur Festlegungskompetenz für die Methoden und Tarife für die Regulatorbehörden.

EuGH 1

- **EuGH Urteil vom 4.11.2008.**
- Die Übertragung der Befugnisse auf den König (Staat) schränkt den Umfang der laut Richtlinie der Regulatorbehörde obliegenden Zuständigkeiten ein, da die CREG bei der Genehmigung der Tarife an besondere Regeln zur Festlegung der Abschreibungen und der Gewinnspanne gebunden ist, welche der König bestimmt.

EuGH 2

- **EuGH Urteil vom 29.11. 2009**
- Aus Art. 23 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie ergibt sich nämlich, dass zum einen die nationalen Regulatorbehörden zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung und die Verteilung, vor deren ...

3. Binnenmarktpaket

- ... Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen haben
- Das dritte Binnenmarktpaket** hingegen hat den Rechtsrahmen für die Mitgliedstaaten deutlich verschärft und die Unabhängigkeit der Regulatorbehörden vor jeglichen politischen Einflüssen abgesichert, sodass eine normative Regulierung durch die Bundesregierung den Zielen des dritten Energiebinnenmarktpakets zuwiderläuft.

Verstöße gegen die Binnenmarkt- Richtlinien

Teleologische Auslegung

Ziel

Regulierung der Energiewirtschaft hat durch eine unabhängige Regulierungsbehörde zu erfolgen, die frei von jeglichen politischen, staatlichen und wirtschaftlichen Interessen ist.

Festlegungs kompetenz

Detaillierte und abschließende normative Vorgaben entwerfen aber die Schlüsselrolle der Regulierungsbehörde, denn in diesem Fall wird die Festlegungskompetenz den Regulierungsbehörden vollständig genommen.

Unabh. Reg. Behörde?

Die Regulierungsbehörde vollzieht lediglich noch die politische Entscheidung der Bundesregierung. Damit wird letztendlich das Richtliniengebot der Methodenfestlegung durch eine unabhängige Regulierungsbehörde verletzt.

Korrektur Rechtsprechung

Die vorbezeichneten Verordnungsänderungen wurden bewusst aufgrund laufender gerichtlicher Verfahren vorgenommen. Unbequeme Entscheidungen sollten korrigiert werden.

Vergleich Telekom

EuGH Urteil 3.12.2009 (zu §9a TKG): das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde darf, wegen der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden nicht durch ein Gesetz „vorstrukturiert“ sein.



EU Kommission fordert unabhängige Regulierungsbehörden

Tarife als Kernkompe- tenz

Die Kommission betrachtet die Festlegungskompetenz für die Methoden und Tarife als Kernaufgabe der nationalen Regulierungsbehörde („core duty“).

Autonome Entschei- dung

Die nationale Regulierungsbehörde muss die Entscheidung zur Festlegung der Methoden und Tarife autonom und unabhängig von der Regierung treffen. Dieses Gebot wird aber verletzt, wenn ihr konkrete und abschließende Berechnungsmethoden vorgeschrieben werden.

Aktuelles Vertragsverletzungsverfahren

**Vertrags-
verletzung:
20142285**

- Anzumerken ist auch, dass bei der Europäischen Kommission derzeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der nicht vollständigen Umsetzung des dritten Energiebinnenmarktpakets anhängig ist. So wird in der offiziellen Pressemitteilung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht für die vollständige Einhaltung bestimmter Regeln über die Befugnisse der nationalen Regulierungsstelle gesorgt habe, weil die Regulierungsbehörde beispielsweise nicht völlig unabhängig die Tarife und andere Vertragsbedingungen für den Netzzugang und Ausgleichsleistungen festlegen kann,

Verfahrensfragen

Effektiver Rechtsschutz

- Die Richtlinien des 3. Energiebinnenmarktpakets garantieren effektiven Rechtsschutz in Art. 37 Abs. 17 (Strom) (bzw. Art 41 Abs. 17 Gas).
- (17) Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass auf nationaler Ebene geeignete Mechanismen bestehen, in deren Rahmen eine von einer Entscheidung der Regulierungsbehörde betroffene Partei das Recht hat, bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen.

Volle tatsächliche und rechtliche Prüfung

- Art 37 Abs. 16 fordert eine volle tatsächliche und rechtliche Kontrolle der Entscheidung der Regulierungsbehörde und legt deshalb umfangreiche Begründungspflichten fest. Auch Art 47 Abs. 1 Charta der Grundrechte fordert diesen effektiven Rechtsschutz. Sie ist auch auf jur. Personen des öffentlichen Rechts anwendbar.

Normative Regulierung des Zinssatzes für das überschießende Eigenkapital

3

Regulierung durch den Ordnungsgeber (an Stelle der BNetzA) und europarechtliche Grenzen
PwC Legal

12. Dezember 2017

18

BGH erkennt § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV an

Beschluss vom 24.05.2017

Gestaltungsspielraum

- Der Verordnungsgeber hat auch für die Bestimmung des Zinssatzes auf das überschießende Eigenkapital einen weiten Gestaltungsspielraum.

Typisierende Regelung zulässig

- Die gesetzliche Vorgabe einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals lasse Raum für eine typisierende Regelung, die im Interesse einer einheitlichen und zweifelsfreien Rechtsanwendung nicht an den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls anknüpft.

Risiken sind tw. berücksichtigt

- Die Regelung in § 7 Abs. 7 StromNEV werde diesen Anforderungen gerecht, da sie im begrenzten Umfang die Risiken einer Kreditvergabe berücksichtigt.

Geringere Risiken beim Netz

- Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Kreditgewährung an einen Netzbetreiber typischerweise geringere Risiken mit sich bringt als an ein in vollem Wettbewerb stehendes Unternehmen.

Argumente gegen die Rechtmäßigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV

Keine eingehende Prüfung

- Der BGH unterstellt ohne nachvollziehbare und tiefergehende Prüfung die Richtigkeit der typisierenden Annahme des Ordnungsgebers dass Netzbetreiber keinen wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt sind.

Risikozuschlag nicht geprüft

- Ob und inwieweit im Einzelfall ein angemessener Risikozuschlag im Sinne des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG zu gewähren ist, wird vom BGH bewusst offen gelassen und nicht mehr geprüft.

Reine Evidenzkontrolle

- Der BGH stellt darauf ab, dass der Zinssatz auf das überschießende Eigenkapital typisierend durch den Ordnungsgeber ermittelt werden kann, solange diese Typisierung einer Evidenzkontrolle standhält und zu vermeintlich plausiblen Ergebnissen führt.

Abweichung von früherer Rechtsprechung

- In seinem Beschluss vom **14.08.2008**, vor der Ordnungsänderung, hatte der BGH einen Risikozuschlag noch bejaht.

Ausschluss Ermessen BNetzA

- Mit der Festschreibung des Zinssatzes auf das überschießende Eigenkapital in § 7 Abs. 7 StromNEV besteht kein Ermessensspielraum für die Regulierungsbehörde mehr.

Argumente gegen die Rechtmäßigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV

früher Ermittlung durch Behörde

- Vor der Verordnungsänderung konnte die BNetzA den Zinssatz für das überschießende Eigenkapital noch selbst ermitteln und festlegen.

Mangelnde Festlegungskompetenz

- Die Bundesregierung hat nach den Richtlinien des dritten Binnenmarktpaketes nicht die Kompetenz für die Festlegung des Zinssatzes auf das überschießende Eigenkapital.

Richtlinienverstoß

- Eine entsprechende normative Vorgabe verstößt gegen den Wortlaut von Art. 37 Abs. 6 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

Keine Regelungen der Methodik

- Die Gesetzesgenese belegt, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen zur Methodik nicht erlassen können.

Alleinzuständigkeit der Regulierungsbeh.

- Vielmehr ist der vorbezeichnete Zinssatz durch die Regulierungsbehörden festzulegen, was auch aus dem entsprechenden Arbeitspapier der Europäischen Kommission hervorgeht .

Normative Regulierung der Bewertung der Grundstücke

4

Regulierung durch den Verordnungsgeber (an Stelle der BNetzA) und europarechtliche
Grenzen
PwC Legal

12. Dezember 2017
22

BGH erkennt § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV an

Beschluss vom 24.05.2017

Historische Anschaffungs- kosten

- Grundstücke sind laut BGH stets zu historischen Anschaffungskosten und nicht auch zu aktuellen Verkehrswerten zu berücksichtigen.

Keine Indexreihen für Grundstücke

- Zwar unterliegen auch Grundstücke einer Teuerung, es gibt aber keine Indexreihen, die diese Teuerung typisierend abbilden könnten.

Möglicher Verkehrswert- ansatz

- Der BGH hält fest, dass dem Umstand, dass keine Indexreihen für Grundstücke verfügbar sind, auch dadurch Rechnung getragen werden könne, dass die Verkehrswerte angesetzt werden.

Verordnungstext maßgeblich

- Insoweit sei aber maßgeblich, dass § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV nicht an den Verkehrswert sondern an die Anschaffungskosten anknüpfe.

Keine neue Bewertungs- methode

- Der BGH nimmt daher an, dass der Verordnungsgeber Grundstücke – aus Vereinfachungsgründen – nicht einer dritten Bewertungsmethode zuführen wollte.

Argumente gegen die Rechtmäßigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV

früher Ansatz von Tagesneuwerten

- Vor der Verordnungsänderung waren die Grundstücke von der Regulierungsbehörde noch zu Tagesneuwerten anzusetzen.

Mangelnde Festlegungskompetenz

- Die Bundesregierung hat nach den Richtlinien des dritten Binnenmarktpaketes nicht die Kompetenz für die Festlegung dass Grundstücke nach den historischen Anschaffungskosten zu bewerten sind.

Richtlinienverstoß

- Eine entsprechende normative Vorgabe verstößt gegen den Wortlaut von Art. 37 Abs. 6 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie.

Keine Regelungen der Methodik

- Die Gesetzesgenese belegt, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen zur Methodik nicht erlassen können.

Kein effizienter Rechtsschutz

- Die Beschränkung des BGH auf die Prüfung, ob der Verordnungsgeber seinen Gestaltungsspielraum evident überschritten hat, verhindert die Gewährung effizienten Rechtsschutzes.

Normative Regulierung des Effizienzwerts im vereinfachten Verfahren

5

Regulierung durch den Ordnungsgeber (an Stelle der BNetzA) und europarechtliche
Grenzen
PwC Legal

12. Dezember 2017
25

BGH erkennt § 24 Abs. 4 S. 5 an

Beschluss vom 24.05.2017

Verfahren § 24 Abs 2 ARegV

- In diesem Verfahren ist gemäß § 24 Absatz 2 Satz 2 ARegV ein gemittelter Effizienzwert heranzuziehen, der ab der zweiten Regulierungsperiode als gewichteter durchschnittlicher Wert aller in dem Effizienzvergleich für die vorangegangene Regulierungsperiode ermittelten und nach § 15 Abs. 1 ARegV bereinigten Effizienzwerte gebildet wird.
- Danach ist der Effizienzwert im vereinfachten Verfahren nicht durch eine Ermittlung der dafür relevanten individuellen Unternehmensdaten zu bilden, sondern durch Rückgriff auf die Ergebnisse aus der jeweils vorangegangenen Regulierungsperiode. Eine Überprüfung dieser Ergebnisse anhand der § 12 bis § 15 ARegV ist nicht vorgesehen.

Veröffentlichung nach § 24 Abs. 4 S. 5 ARegV

- Die Regulierungsbehörde muss den von ihr nach Absatz 2 ermittelten gemittelten Effizienzwert spätestens zum 1. Januar des vorletzten der Regulierungsperiode vorangehenden Kalenderjahres veröffentlichen. Nach der Interpretation des BGH sind nach diesem Zeitpunkt keine Korrekturen des durchschnittlichen Effizienzwerts mehr möglich. Vielmehr muss nach § 24 Abs. 4 Satz 5 ARegV die Ermittlung des durchschnittlichen Effizienzwerts bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen sein. Dies gilt auch dann, wenn bei am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreibern individuelle Effizienzwerte aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Verfahren korrigiert worden sind.

Argumente gegen die Rechtmäßigkeit § 24 Abs. 4 S. 5 ARegV

Kein Spielraum für BNetzA

- Die Regulierungsbehörde hat auch bei diesem Beschwerdegegenstand keinen Spielraum. Sie muss die Eingangsgrößen bzw. ermittelten Effizienzwerte bei der Durchschnittswertbildung berücksichtigen, gleichgültig, ob sie richtig oder falsch berechnet wurden.

Richtlinienverstoß

- Eine entsprechende normative Vorgabe verstößt gegen den Wortlaut von Art. 37 Abs. 6 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie .

Verletzung der Verfahrens- garantien

- Darüber hinaus verletzt die Interpretation des BGH offensichtlich die Verfahrensgarantien aus Art. 37 Abs. 17 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie i.V. m. Art. 47 Abs. 1 GRC.

Keine Effizienzwert- überprüfung

- Der BGH gesteht dem Netzbetreiber keine gerichtliche Überprüfung des ermittelten pauschalen Effizienzwertes zu.

Verkürzung des Rechtsschutzes

- Auch der Netzbetreiber, der sich für das vereinfachte Verfahren entschieden hat, muss Rechtsschutz gegen einen zu niedrig ermittelten Effizienzwert beanspruchen können.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

RA Dr. Sven-Joachim Otto
Partner

Moskauer Straße 19
40227 Düsseldorf

Tel.: +49 211 981 2739

Mobil: +49 170 338 2666

sven-joachim.otto@de.pwc.com

