

Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH zum Xgen auf aktuelle Verfahren der Netzentgeltregulierung

Online-Workshop des enreg
am 21. Mai 2021

Dr. Konstantina Bourazeri, LL.M.

Gliederung

- I. Einführung
- II. Zur Erinnerung: Rechtliche und ökonomische Grundlagen des Xgen
- III. Xgen-Gas-Beschlüsse des BGH vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20 u.a.)
- IV. Auswirkungen auf aktuelle Verfahren der Netzentgeltregulierung (insbes. Xgen-Strom, Qualitätselement)
- V. Ausblick – Erweiterte Veröffentlichungspflichten der Regulierungsbehörde im Zuge der EnWG-Novelle

I. Einführung

- Die Xgen-Beschlüsse führen die bisherige Rspr. des BGH zu den **Spielräumen der BNetzA bei der Anwendung ökonomisch geprägter Vorgaben der Netzentgeltregulierung** fort (BGH v. 26.1.2021, EnVR 7/20; vgl. auch BGH v. 9.7.2019, EnVR 41/18 u. EnVR 52/18 – EK-Zinssatz II; BGH v. 3.3.2020, EnVR 26/18 u. EnVR 56/18 – EK-Zinssatz III).
- Die Xgen-Beschlüsse deuten auf ein **neues Austarieren des Verhältnisses von Regulierungsrecht und Regulierungsökonomie** hin.
- Das Kartellrecht folgt schon seit den 2000er-Jahren einem *more economic approach* → Verstärkte Ausrichtung der Rechtsanwendung an den Erkenntnissen der modernen Ökonometrie.
- Demgegenüber soll die Anwendung ökonomischer Methoden im Energiewirtschaftsrecht von einem sehr weitreichenden Spielraum der BNetzA umfasst sein → gerichtliche Überprüfbarkeit der Berechnungen der BNetzA nur auf grobe Fehler → ist dies **ein *less economic approach***?

II. Zur Erinnerung: Rechtliche und ökonomische Grundlagen des Xgen

- § 9 I ARegV: Der Xgen erfasst Abweichungen des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und Abweichungen der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung.
 - Abweichungen von Netzwirtschaft u. Gesamtwirtschaft fließen über den Xgen („PFt“) in die Bildung der EOG und damit in die Netzentgelte ein (vgl. § 9 V u. Anlage 1 zu § 7 ARegV):

$$EO_t = KAd_{nb,t} + (KA_{vnb,0} + (1 - V_t) \cdot KA_{b,0}) \cdot (VPI_t / VPI_0 - \mathbf{PF}_t) + KK_{At} + Q_t + (VK_t - VK_0) + St$$

- **Normzweck:** Simulation von Wettbewerbsbedingungen in den monopolistischen Energienetzen.
- Die **ökonomische Berechnung** des Xgen kann sich auf verschiedene anerkannte Methoden wie den *Törnquist*-Index u. den *Malmquist*-Index stützen.
- **Zentraler rechtlicher Kontrollmaßstab** = „Stand der Wissenschaft“ gem. § 9 III 1 ARegV.

III. Xgen-Gas-Beschlüsse des BGH vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20 u.a.)

- Der BGH stellte die **Rechtmäßigkeit der Festlegung des Xgen-Gas** für die 3. RP durch die BNetzA fest (BK4-17-093) → Aufhebung der Beschlüsse des OLG Düsseldorf (VI-3 Kart 787/18 [V] u.a.).
 - Insbes. Unbegründetheit der Rügen des OLG Düsseldorf in Bezug auf Robustheit der Datengrundlage, Abbildung der Abschreibungen und der FK-Verzinsung iRd. Berechnung des *Törnquist*-Index, Nichtanwendung einer Bestabrechnung analog § 12 IIIa u. IV ARegV iRd. Berechnung des *Malmquist*-Index.
- **Wesentliche Erwägungen des BGH:**
 - Die Berechnung des Xgen sei rechtlich nicht vollständig determiniert. Der Normgeber habe es der BNetzA überlassen, mit welchen Methoden sie den Xgen ermitteln wolle.
 - Gerichtlich zu überprüfen seien vor allem die Kriterien für die Auswahl einer Methode.
 - Die **Methodenwahl** sei demgegenüber von einem Spielraum der BNetzA erfasst → Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf grobe Fehler der Behörde.

III. Xgen-Gas-Beschlüsse des BGH vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20 u.a.)

- Auch die **Datenplausibilisierung** sei vom Spielraum der BNetzA umfasst:
 - BNetzA müsse die Validität der Daten nicht nur anhand des Stands der Wissenschaft prüfen, sondern auch in Beziehung zur Datenverfügbarkeit sowie zum Ermittlungsaufwand setzen.
 - OLG Düsseldorf dürfe die Datenvalidität daher nicht vollständig überprüfen; die Validierung der Daten sei keine rein tatsächliche Frage.
 - Soweit die Datenplausibilisierung als **Rechtsfrage** eingestuft wird, kann sie Gegenstand eines behördlichen **Spielraums** sein → eingeschränkte Kontrolle der von der BNetzA verwendeten Daten auf eindeutige Unstimmigkeiten.
 - Die Betroffenen müssen nachweisen, dass Daten in relevantem Umfang fehlen oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage vorliegen (so BGH, EnVR 7/20, Rn. 68).

III. Xgen-Gas-Beschlüsse des BGH vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20 u.a.)

- Vom Spielraum der BNetzA umfasst sei zudem die **Anwendung einer ökonomischen Methode im Einzelnen**:
 - Die Entwicklung eines konkreten Modells zur Erfassung eines komplexen ökonomischen Sachverhalts u. die Überprüfung der gewonnenen Ergebnisse seien mit **erheblichem Aufwand** verbunden.
 - Jede Methode sei mit eigenen Unsicherheiten belastet.
 - Ob und inwieweit Alternativen zu prüfen sind oder das gefundene Ergebnis zusätzlich zu plausibilisieren ist, hänge nicht allein von ökonomischen Erkenntnissen ab.
 - Vielmehr sei **rechtlich zu bestimmen, in welchem Umfang tatsächliche Unsicherheiten hinzunehmen seien**. Dies obliege der BNetzA.
- Die Argumentation des BGH ist angreifbar. Kritikwürdig sind insbes. folgende Aspekte (s. nächste Folie).

III. Xgen-Gas-Beschlüsse des BGH vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20 u.a.)

- **Erstens:** Die Datenplausibilisierung u. Durchführung der einzelnen Berechnungsschritte sind in ihrem Kern Tatsachenfragen (→ Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Kontrolle).
 - Die rechtliche Erwägung „Vermeidung erheblichen Verwaltungsaufwands“ macht empirische Ermittlungsvorgänge nicht zu rechtlichen Größen.
- **Zweitens:** Selbst wenn die Validität empirischer Daten u. die konkrete Anwendung ökonomischer Methoden als Rechtsfragen eingestuft werden, unterliegen sie nicht automatisch einem behördlichen Spielraum.
 - Anerkennung behördlicher Spielräume erfordert besondere Rechtfertigung: Stand der Wissenschaft gem. § 9 III 1 ARegV als normative Grenze eines Spielraums der BNetzA.
 - Konkretisierung der zu beachtenden wissenschaftlichen Standards = Tatsachenfrage, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist (vgl. BVerfG v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13 u.a., Rn. 13).
- **Drittens:** Der BGH relativiert i.E. die Anforderungen an eine erschöpfende und plausible Begründung der regulierungsbehördlichen Entscheidung (vgl. BGH v. 26.1.2021, EnVR 7/20, Rn. 66 ff.).

IV. Auswirkungen auf aktuelle Verfahren der Netzentgeltregulierung

1. Xgen-Strom

- Verfahren vor dem OLG Düsseldorf zur Festlegung des Xgen-Strom für die 3. RP (BK4-18-056):
 - „**Stand der Wissenschaft**“ gem. § 9 III 1 ARegV muss näher analysiert werden.
 - Mithilfe ökonomischer Sachverständiger sind die etablierten Standards der Ökonometrie darzulegen → bedeutsam insbes. für *Malmquist*-Index.
 - Nachweis grober Fehler: ökonomische Erwägungen und – prozesstaktisch – monetäre Auswirkungen.
 - Etwaig grober Fehler: Gegenläufige Plausibilisierung des Stützintervalls zum Xgen-Strom gegenüber dem Stützintervall zum Xgen-Gas?
 - Xgen-Gas: Plausibilisierung des Stützintervalls 2006-2016 durch Bildung von Mittelwerten auf der Grundlage der Alternativzeiträume 2006-2016, 2007-2016, 2008-2016, 2009-2016, 2010-2016, 2011-2016, 2012-2016 u. 2013-2016.
 - Xgen-Strom: Plausibilisierung des Stützintervalls 2006-2017 auf der Grundlage der Alternativzeiträume 2007-2017, 2007-2016, 2007-2015, 2007-2014, 2007-2013, 2007-2012, 2007-2011 u. 2007-2010.

IV. Auswirkungen auf aktuelle Verfahren der Netzentgeltregulierung

2. Qualitätselement

- Verfahren vor dem OLG Düsseldorf zum Qualitätselement für Verteilernetzbetreiber gem. §§ 19, 20 ARegV bzgl. der Jahre 2019-2020:
 - **Zentraler Streitpunkt:** Koeffizient c als Bestandteil einer statistischen Regressionsanalyse, die zur Ermittlung der individuellen Referenzwerte für die Mittelspannung gem. § 20 II ARegV dient.
 - Die Regressionsanalyse soll vorliegend den Zusammenhang zwischen Versorgungszuverlässigkeit u. Lastdichte erfassen.
 - Die Lastdichte (x) wird „gewichtet“ mit dem streitigen **Koeffizienten c i.H.v. 1,18** berücksichtigt. Dieser liegt aber außerhalb der **ingenieurwissenschaftlich plausiblen Bandbreite von 0,5 bis 1** (vgl. BNetzA, Bericht zur Bestimmung der Referenzwerte für das Qualitätselement 2019-2020, S. 18):

$$y = f(x) = a + \frac{b}{x^c} = 5,80 + \frac{1.316,63}{x^{1,18}}$$

- Etwaig grober Fehler: Überschreitung des ingenieurwissenschaftlich plausiblen Wertebereichs?

V. Ausblick – Erweiterte Veröffentlichungspflichten der Regulierungsbehörde im Zuge der EnWG-Novelle

- **§ 23b I EnWG-E:** Stärkung der Transparenz u. Nachvollziehbarkeit der regulierungsbehördlichen Entscheidungen durch erweiterte Veröffentlichungspflichten: „Die Regulierungsbehörde veröffentlicht auf ihrer Internetseite, **einschließlich etwaiger darin enthaltener Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**, unternehmensbezogen in nicht anonymisierter Form [...]“.
- Zum **Xgen** s. etwa § 23b I Nr. 13 EnWG-E: Veröffentlichung sämtlicher Daten, die bei der Ermittlung des Xgen verwendet werden, inklusive der Daten, die nur zum Ausschluss von Ermittlungsalternativen dienen u. nicht in den behördlich festgelegten Wert einfließen (BR-Drs. 165/21, S. 127 f.).
- Umfassende Veröffentlichungspflicht auch bzgl. des **Qualitätselements**, § 23b I Nr. 10 EnWG-E.
- Verpflichtung der BNetzA zur umfassenden Datenoffenlegung geht mit einer **verschärften Begründungspflicht** einher → verschärfte inhaltliche Kontrolle entgegen der BGH-Rspr. zum Xgen-Gas?

Literaturhinweise

Zur jüngeren Rspr. des BGH im Hinblick auf die Spielräume der BNetzA bei der Anwendung ökonomischer Methoden:

Mohr, Die Verzinsung des Eigenkapitals von Energienetzbetreibern in der 3. Regulierungsperiode, N&R-Beilage zu Heft 1/2020, 1 ff.

Burgi, Verfassungsrechtliche Grenzen behördlicher Entscheidungsspielräume bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze, RdE 2020, 105 ff.

Bourazeri, Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die dritte Regulierungsperiode, Anmerkung zu den Beschlüssen des BGH vom 3. März 2020 – Az. EnVR 26/18 und EnVR 56/18, N&R 2020, 188 ff.

Insbesondere zum Xgen:

Rosin/Bourazeri, Der Stand der Wissenschaft als normative Grenze regulatorischer Letztentscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur – am Beispiel des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gem. § 9 ARegV, RdE 2021, 248 ff.

Bourazeri, Rechtliche und ökonomische Grundlagen des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 ARegV, N&R 2020, 194 ff.

Mohr, Anreizregulierung, Ökonomie, Mathematik – am Beispiel des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gem. § 9 ARegV, RdE 2020, 385 ff.

Zum Qualitätselement:

Hilpert, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2018, § 20 ARegV Rn. 24 ff.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Semperstraße 33

45138 Essen

T 0201 102 281-23

F 0201 102 281-99

E konstantina.bourazeri@rosin-buedenbender.com