



Oberlandesgericht
Düsseldorf



Jahrestagung

8.Dezember 2022

**Aktuelle Rechtsprechung des 3. Kartellsenates des
Oberlandesgerichts Düsseldorf**

Anne-Christin Frister



Aktuelle Rechtsprechung – Überblick

- Xgen Strom
- Regulierungskonto – Funktion und Grenzen
- Erlösobergrenzen
- Batteriespeicher und Netzentgelte
- Investitionsmaßnahmen
 - Objektschutzmaßnahmen als Umstrukturierung
 - Dauer der Befristung
 - Konzernfinanzierung

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

Senat - Beschlüsse vom 16.03.2022

- Xgen Strom: für die 3. Regulierungsperiode festgelegt auf **0,90 %** (BK4-18-056, 28.11.2018)
 - Xgen Gas festgelegt auf 0,5 % - bestätigt durch BGH (Beschl. v. 26.01.2021)
 - Xgen Gas 4. Regulierungsperiode eingeleitet
- dagegen gerichtete Beschwerden von nahezu allen Netzbetreibern
- Insgesamt 21 Musterverfahren von 7 Kanzleien – Verhandlung am 09.12.2021
- **Teilerfolg** der Beschwerden; Aufhebung und Verpflichtung zur erneuten Entscheidung

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

- Senat hat Entscheidung zugunsten des als Deflator für die Umsatzerlöse bei der Ermittlung des Outputs nach der **Törnqvist-Methode** herangezogenen sog. Monitoring-Index beanstandet
- mathematisch korrekte Deflationierung der Umsatzerlöse setzt voraus, dass die **Preisbestandteile, die in den Umsatzerlösen** enthalten sind, auch im Netzentgeltdeflator berücksichtigt worden sind
- dieser muss die durchschnittliche Preisentwicklung aller Umsatzbestandteile abbilden
- in die nominalen Umsatzerlöse sind die **Netzentgelte sämtlicher Spannungsebenen** eingeflossen

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

- dagegen sind in den **Monitoring-Daten** die auf den Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung angefallenen Netzentgelte **nicht erfasst**
- Annahmen der BNetzA, die Netzentgelte bzw. Netzentgeltsteigerungen auf den höheren Spannungsebenen seien durch die in den Monitoring-Index eingeflossenen Netzentgelte **hinreichend abgebildet**, nach Auffassung des Senats nicht tragfähig begründet

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

- Weitere Beanstandung: Stützintervall
- § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV: Ermittlung Xgen unter **Einbeziehung der Daten von Netzbetreibern für einen Zeitraum von mindestens vier (ggfs. mehr) Jahren**
- Einbeziehung des Jahres **2006** in den zugrunde gelegten **Betrachtungszeitraum 2006 – 2017** rechtsfehlerhaft
- Stützintervall **2006 bis 2017** erweist sich im Rahmen der Plausibilisierung **nicht** als hinreichend **belastbar**

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

- **Plausibilisierung** des sich bei Wahl dieses Stützintervalls ergebenden Xgen-Wertes durch Betrachtung des **Mittelwerts aus acht Vergleichszeiträumen**
- beginnend jeweils mit 2007 und variierendem Endjahr
- kürzestes Stützintervall: 2007 bis 2010
- Jahre 2007 bis 2010 **übergewichtet**, da in sämtlichen betrachteten Stützintervallen berücksichtigt; jüngere Jahre **untergewichtet**

Sektoraler Produktivitätsfaktor Strom (Xgen)

- Festlegung des Xgen für die kommende Regulierungsperiode erfordert **zukunftsgerichtete** Prognose
- Vorgehensweise nicht **sachangemessen**, wenn nicht durch besondere Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt
- weitere Einwendungen gg. Törnqvistmethode ohne Erfolg
- Anwendung der Malmquist-Methode vom Senat nicht beanstandet

Kontroll- u. Eingriffsbefugnisse RegKonto

Senat, Beschl. v. 22.12.2021, VI-3 Kart 158/20 u.a.
zur Behandlung der Kosten für vermiedene
Netzentgelte im Regulierungskonto

- ob **Netzreservekapazität** bei der Berechnung der Vermeidungsleistung als Faktor der Ermittlung vermiedener Netzentgelte zu berücksichtigen ist, war bis zur Entscheidung des BGH v. **14.11.2017** (EnVR 41/16) umstritten und Gegenstand einer uneinheitlichen Praxis
- **BNetzA** seit 2014: Vermeidungsleistung ohne Berücksichtigung der Netzreservekapazität, anhand der **physikalischen Leistungswerte** zu ermitteln

Kontroll- und Eingriffsbefugnisse RegKonto

- **BGH:** Leistungswerte, die bei der Berechnung des Entgelts für die Nutzung des vorgelagerten Netzes aufgrund der Bestellung von Netzreservekapazität unberücksichtigt bleiben, sind auch bei der Ermittlung der maximalen Bezugslast **außer Acht** zu lassen (anders als BNetzA)
- bei der Berechnung des Einspeiseentgelts sind im Gegenzug die vermiedenen Kosten um die Kosten für die Bestellung der Netzreservekapazität zu verringern (neu – anders als Handhabung BNetzA)
- vermiedenes Netzentgelt iSd § 18 Abs. 1 StromNEV: nur der Differenzbetrag

Kontroll- u. Eingriffsbefugnisse RegKonto

- EOG werden auch im Hinblick auf Kosten aus vermiedenen Netzentgelten angepasst (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 ARegV)
- Hinweis der BNetzA für VNB zur Anpassung der EOG für Kalenderjahre 2015, 2016, 2017, 2018: vermiedene Netzentgelte sind **ohne Berücksichtigung der Netzreservekapazität** zu ermitteln
- aber: bestellte Netzreservekapazität durfte bei der Anpassung der EOG für 2014/2015 bei der Ermittlung vermiedener Netzentgelte **übergangsweise** berücksichtigt werden

Kontroll- und Eingriffsbefugnisse RegKonto

- Anpassungen der EOG durch Bf für 2013 bis 2016 entsprachen nicht den Vorgaben des **BGH** zur Berechnung der vermiedenen Netzentgelte
- Bf hatte die Kosten für die Bestellung der Netzreserve nicht in Abzug gebracht
- Genehmigung des Regulierungskontosaldos: Anpassung der EOG 2013 bis 2016 durch BNetzA nunmehr entsprechend dieser Vorgaben
- Korrektur um den Abzugsbetrag

Kontroll- u. Eingriffsbefugnisse RegKonto

Senat: Vorgehen rechtsfehlerhaft

- im Rahmen des Verfahrens zur Genehmigung des von dem Netzbetreiber ermittelten Saldos (§ 5 ARegV) darf die BNetzA - nur - überprüfen, ob die **Anpassung der EOG rechtskonform** vorgenommen worden ist
- entsprechend der materiellen, zum **Zeitpunkt der Anpassung** bestehenden **gesetzlichen und behördlichen Vorgaben**

Kontroll- u. Eingriffsbefugnisse RegKonto

- richtige **Fortschreibung des Kostenansatzes** der festgesetzten EOG
- **richtige Umsetzung der Vorgaben** für die **Vornahme der Anpassungen**
- keine uneingeschränkte Überprüfungs- u. Eingriffskompetenz
- keine Ermächtigung zur **nachträglichen** Anpassung einer bestandskräftig festgelegten EOG durch materiell-rechtliche **Korrektur** eines dort **festgesetzten Kostenansatzes**

Europäische Personalkosten

Senat, Beschl. v. 10.08.2022 (VI-3 Kart 103/21)

- ÜNB wurden durch europäische Leitlinien und Netzkodizes zahlreiche neue Aufgaben auferlegt, die seit dem Jahr 2016 die Einstellung neuer Mitarbeiter erforderten
 - VO (EU) 2015/1222 Kapazitätsvergabe u. Engpassmanagement
 - VO (EU) 2016/1719 Vergabe langfristiger Kapazität
 - VO (EU) 2017/2195 Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem
 - VO (EU) 2016/631 Netzanschlussbestimmungen für Stromerzeuger
 - VO (EU) 2016/1388 Lastanschluss
 - VO (EU) 2016/1447 Netzanschlussbestimmungen für Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragungssysteme u. nichtsynchrone Stromerzeugungsanlagen mit Gleichstromanbindung
 - VO (EU) 2017/2196 Notzustand und Netzwiederaufbau des Übertragungsnetzes
- Entstehung dieser Kosten erst nach dem Basisjahr – Folge: keine Festsetzung in der EOG

Europäische Personalkosten

- EU-Verordnungen enthalten Vorgaben zur „**Deckung**“ der aufgrund der Verpflichtungen aus der jeweiligen Verordnung angefallenen Kosten durch **Netzentgelte** und **andere geeignete Mechanismen**
- EOG im Hinblick auf die Personalkosten für europäische Projekte **anzupassen** ?
- könnte im Regelungsgefüge der ARegV durch Anpassung der EOG gemäß/analog § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1a i.V.m. § 5 Abs. 3 ARegV oder auch § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV umzusetzen sein

Europäische Personalkosten

- BNetzA hat im Rahmen der Prüfung der **Anpassungen der EOG auf Rechtskonformität** die Berücksichtigung der Personalkosten für europäische Projekte zu Recht abgelehnt
- Personalkosten aus europäischen Initiativen bzw. Projekten **keine Kosten iSv § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV**
- auch kein Anspruch auf Berücksichtigung **unmittelbar aus den EU-Verordnungen**
- nach nationalem Regulierungsrecht erfolgende Anerkennung über das sog. **Budgetprinzip** steht im Einklang mit EU-Recht

vermiedene Netzentgelte - Batteriespeicher

Senat, Beschl. v. 02.02.2022, VI-3 Kart 37/21

- Entgelt nach § 18 StromNEV für Einspeisung von elektrischer Energie aus **Batteriespeicher** in Verteilernetz ?
- Problem: Speicherfunktion beinhaltet keine „Erzeugung“ im eigentlichen Sinne - nur Erzeugungswirkung im Zeitpunkt der Ausspeisung
- nicht als dezentrale Erzeugungsanlage iSd § 3 Nr. 18 lit. d) **EnWG** n.F. zu qualifizieren
- damit begrifflich keine „dezentrale Erzeugungsanlage“ iSv § 18 Abs. 1 S.1 **StromNEV**

vermiedene Netzentgelte - Batteriespeicher

- analoge Anwendung des § 18 StromNEV bejaht
- Ausspeisung der (zwischen-)gespeicherten Energie hilft im Moment der Ausspeisung, **Bezug von Energie aus vorgelagerten Netzebenen zu vermeiden** - an diesen Effekt knüpft Berechnung vermiedener Netzentgelte an
- BGH - „Pumpspeicherkraftwerk“ (17.11.2009 EnVR 56/08):
 - Entnahme und Einspeisung von Strom sind **getrennt zu behandeln**, auch wenn Pumpspeicherkraftwerke ihrer Funktion nach letztlich die **Bedeutung eines Speichers** haben
 - Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie hinsichtlich ihrer Rolle als Energieerzeuger **wie originäre Erzeugungsanlagen** zu behandeln

vermiedene Netzentgelte - Batteriespeicher

- dezentrale Einspeisung - **Verbrauchs- und Lastnähe** iSd § 3 Nr. 11 EnWG
- Problem: der von dem Batteriespeicher erzeugte Strom wird jedenfalls auch zur Erbringung von Systemdienstleistungen und nicht zur Deckung eines **lokalen Energiebedarfs** verwendet
- Merkmal (bereits) dann erfüllt, wenn eine an das Verteilernetz angeschlossene oder gleichzustellende Anlage in **räumlicher Nähe zu Letztverbrauchern** gelegen ist und zugleich eine relativ geringe Erzeugungskapazität besitzt

vermiedene Netzentgelte - Batteriespeicher

- dann ist **typischerweise** davon auszugehen, dass der erzeugte und eingespeiste Strom von lokalen Stromverbrauchern verbraucht wird u. (Rück-)Transport über höhere Netzebenen entfällt
- dagegen nicht erforderlich, dass die Anlage **tatsächlich** der lokalen Versorgung dient bzw. der Strom für den lokalen Bedarf produziert wird
- Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 EnWG schließt Anspruch auf Zahlung vermiedener Netzentgelte nicht aus
- keine Anrechnung ersparter Kosten bzw. Netzentgelte



Umstrukturierungsinvestitionen

Senat , Beschl. v. 10.08.2022 (VI-3 Kart 105/21)

- präventive **Objektschutzmaßnahmen** zum Schutz der für den Energietransport notwendigen Anlagen (-teile) des Übertragungs-/Fernleitungsnetzes gegen äußere, **namentlich terroristische Angriffe** können genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestitionen iSd § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV sein
- Erhöhung der **Versorgungssicherheit/Stärkung der Resilienz** der Netzkomponenten stellt eine Veränderung von sonstigen **für den Netzbetrieb erheblichen technischen Parametern** dar

Umstrukturierungsinvestitionen

- Fehlen eines **unmittelbaren Bezugs zur Transportfunktion** steht nicht entgegen
- ausreichend, dass sich die Schutzmaßnahmen auf die für Transport/Verteilung **wesentliche Netzinfrastuktur** beziehen
- Erhöhung der Widerstandsfähigkeit und Verbesserung der potentiellen Verfügbarkeit des Energieversorgungssystems begründet hinreichenden **mittelbaren Zusammenhang zur Transportfunktion**



Kapitalkosten IMA - Konzernfinanzierung

Senat, Beschl. v. 23.03.2022 (VI-3 Kart 25/21 u.a.)

zur Berechnung der sich aus genehmigten IMA ergebenden Kapital- und Betriebskosten - geänderte Vorgaben durch Festlegung BNetzA vom 15.12.2020

- Anerkennung FK-Zinsen bei Aufnahme von Fremdkapital im Rahmen einer Konzernfinanzierung
 - Nachweis der Marktüblichkeit nur durch summarische Zuordnung von Fremdkapital und Fremdkapitalkonditionen auf die jeweilige Investitionsmaßnahme des Netzbetreibers
 - Erstattung von FK-Zinsen nur soweit, wie Kapitalaufnahmen für das Netzgeschäft erfolgt seien
 - nicht gewährleistet bei Weiterbelastung von „Durchschnittszinsen“ aus sämtlichen Kreditaufnahmen des Konzerns



Kapitalkosten IMA - Konzernfinanzierung

- Senat: Vorgabe, die auf Konzernebene für den NB beschafften Mittel den **IMA** summarisch **zuzuordnen**, beruht auf rechtsfehlerhafter Ausfüllung des der BNetzA zustehenden Entscheidungsspielraums
- Anordnung basiert auf **unzutreffenden Annahmen** zu den **Mechanismen** der Konzernfinanzierung und den **Auswirkungen** der geänderten Vorgaben auf dieses Finanzierungsmodell
 - isolierte Beschaffungsvorgänge (unterscheidbar nach Zweck, Anlass und Zeitpunkt) nicht Teil einer üblichen Konzernfinanzierungsstrategie
 - Finanzierungsbedingungen nicht danach unterscheidbar, ob sie für Fremdkapital angefallen sind, das für Netzausbauzwecke beschafft wurde oder aber für netzfremden Kapitalbedarf



Kapitalkosten IMA - Konzernfinanzierung

• Hybridanleihen

- nur der nicht als Eigenkapital geltende Anteil soll als Fremdkapital berücksichtigungsfähig sein
- Verzinsungshöhe des berücksichtigungsfähigen Anteils durch Herausrechnung des Eigenkapitalzinssatzanteils aus der Gesamtverzinsung
- Senat: darin liegt Verstoß gegen das allgemeine **Bestimmtheitsgebot**
- nicht erkennbar, welchen Regeln die Aufteilung nach Fremd- und Eigenkapitalanteil folgen soll - keine Kriterien für Herausrechnung oder Aufteilung genannt
- fehlende Konkretisierung und Verzicht auf jegliche Orientierungshilfen begründen Rechtsunsicherheit

Kapitalkosten IMA - Konzernfinanzierung

- dagegen: rechtmäßige Begrenzung der Bemessungsgrundlage für die **kalkulatorische Gewerbesteuer auf fiktive EK-Quote von 40 %**
- **Übertragung des Rechtsgedankens** der Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit einer solchen Begrenzung im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags 05.05.2020 (EnVR 26/19)
- Begrenzung der Bemessungsgrundlage sachgerecht
 - Herstellung eines **Gleichlaufs** mit der Regelung im Kapitalkostenaufschlag
 - Eigenkapitalanteil von über 40 % **nicht schützenswert**

Genehmigungsdauer Investitionsmaßnahmen

Senat, Beschl. v. 23.11.2022, VI-3 Kart 121/21 u.a.

- zur anlagenscharfen Verlängerung der Geltungsdauer einer Investitionsmaßnahme
- Leitfaden 2015/2017:
 - Genehmigung IMA bis zum Ende der RegPeriode, in der Projektabschluss erfolgt
 - Projektabschluss nach Basisjahr: Genehmigung bis zum Ende der folgenden RegPeriode
- hier: Befristung IMA bis Ende 3. RegPeriode
- Antrag auf Verlängerung bis Ende 4. RegPeriode unter Hinweis auf Projektabschluss erst nach Basisjahr

Genehmigungsdauer Investitionsmaßnahmen

- BNetzA: für bis zum 31.12.2020 bereits als Fertiganlagen **aktivierte Anlagegüter** erfolgt Befristung - nur - bis 31.12.2022 (Ende 3. RegPeriode)
- andere Anlagegüter sowie nach dem 31.12.2020 entstehende AHK: Befristung bis 31.12.2027 (Ende 4. RegPeriode)
- Begründung für **Differenzierung**: bis zum 31.12.2020 aktivierte Anlagegüter der genehmigten IMA bereits im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der vierten Regulierungsperiode **vollständig berücksichtigt**
- **kein Bedürfnis für Sonderbehandlung** im Rahmen einer IMA

Genehmigungsdauer Investitionsmaßnahmen

- Senat: **anlagenscharfe Verlängerung** rechtsfehlerfrei
- mit der Regelung des § 23 ARegV und den weiteren Bestimmungen zur Anreizregulierung vereinbar
- Zweck des § 23 ARegV: Gewährleistung einer **vorzeitigen Refinanzierung** - spricht dafür, Umfang der Verlängerung nicht mittels eines technisch-vorhabenbezogenen Kriteriums zu bestimmen
- Anspruch auf umfassende Verlängerung bis zum Ende der 4. RegPer auch nicht herzuleiten aus **Selbstbindung der Verwaltung** durch frühere Leitfäden oder Vertrauensschutz
 - ermessensfehlerfreie Aufgabe der früheren Praxis

Ausblick Eigenkapitalverzinsung

- Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die Regulierungsperiode ab 2023 (Gas) und 2024 (Strom)
- Zinssatz für Neuanlagen 5,07 % (derzeit 6,91 %)
- Zinssatz für Altanlagen 3,51 % (derzeit 5,12 %)
- Basiszinssatz 0,74 % (derzeit 2,49 %)
- Wagniszuschlag (Abbildung des unternehmerischen Risikos) 3,39 %
- 900 Beschwerden von Transport- und Verteilernetzbetreibern
- Beschwerde eines Strom- und Gasanbieters (Netznutzer)
 - Beteiligung anderer NB /Beschwerdeführer an diesem Verfahren abgelehnt
- Termin zur mündlichen Verhandlung: 13. und 21. Juni 2023



Vielen Dank für Ihr Interesse

