



Der Prüfungsmaßstab des Bundesgerichtshofs bei Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur mit ökonomischem Kern

Dr. Kristin Spiekermann

Rechtsanwältin und geschäftsführende Gesellschafterin, Rosin Büdenbender Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Agenda

1. Hintergrund: Festlegungen mit ökonomischem Kern
2. „Spielräume“
3. Prüfungsmaßstäbe bei Annahme von Beurteilungsspielräumen
4. Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle am Beispiel der Entscheidungen zum EK-Zins
5. Fazit und Ausblick

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5



Hintergrund: Festlegungen mit ökonomischem Kern

1

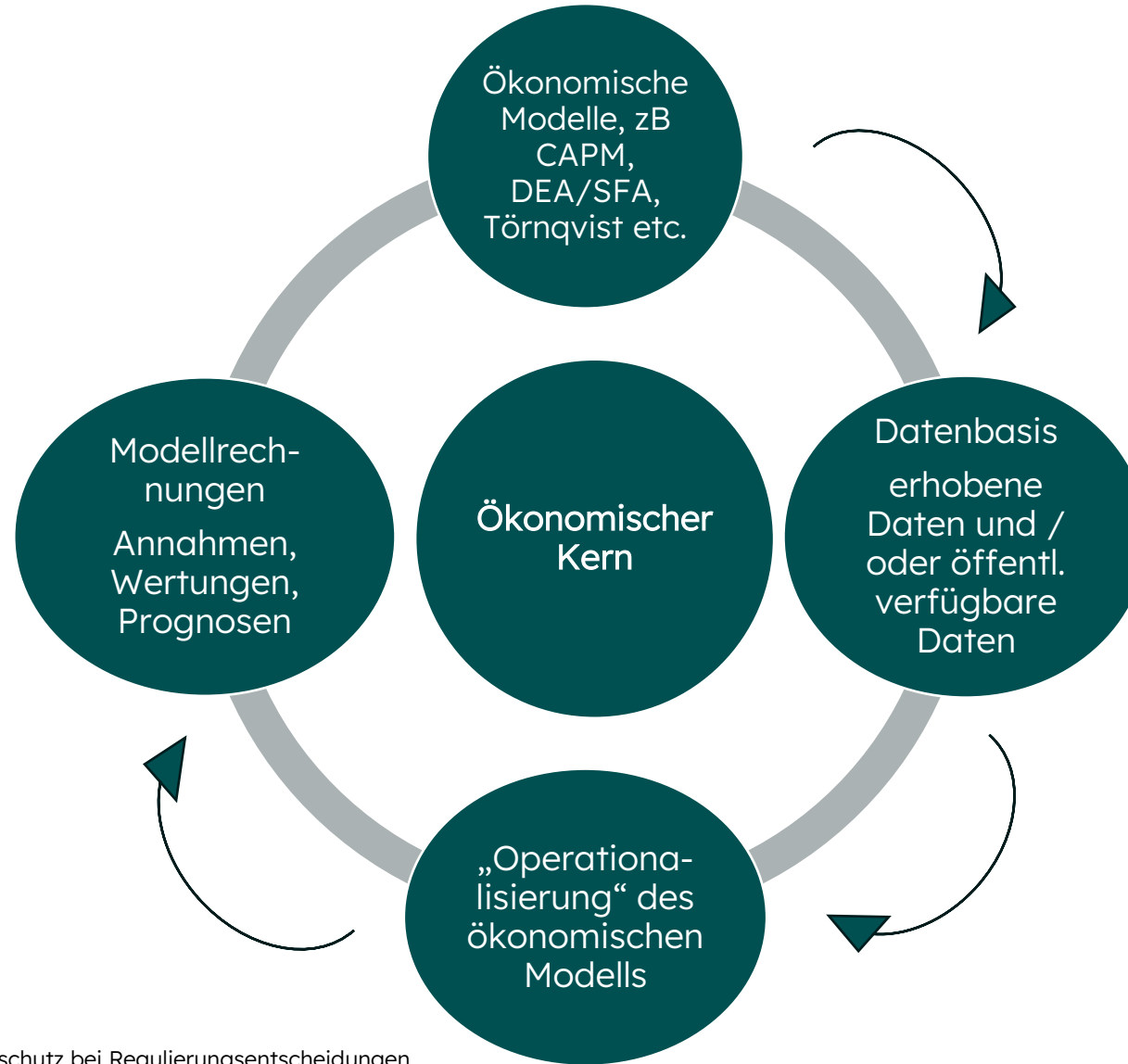
Festlegungen mit ökonomischem Kern ...

- ... sind idR geprägt von einer erheblichen wirtschaftlichen Tragweite für die Unternehmen
- ... greifen teilweise in hohem Maß in grundrechtlich geschützte Bereiche der Unternehmen ein (Art. 12 GG, 14 GG)
- ... müssen umfassend und für einen sachkundigen Dritten nachvollziehbar begründet werden (§ 73 Abs. 1b S. 2 EnWG)
- ... zugrundeliegende ökonomische Analysen müssen dem Stand der Wissenschaft entsprechen (§ 73 Abs. 1b S. 2 EnWG)
- ... müssen die gesetzlichen Ziele des EnWG (§ 1 EnWG) einhalten -> gilt für sämtliche Festlegungen

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

Festlegungen mit „ökonomischem Kern“



Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

„Spielräume“

2

„Spielräume“

Beurteilungsspielraum

- Tatbestandsebene
- Bezogen auf unbestimmte Rechtsbegriffe



Eingeschränkte
gerichtliche Kontrolle

Ermessen

- Rechtsfolgende
- Bezogen auf EntschlieÙung („ob“) oder Auswahl der Mittel („wie“)



Eingeschränkte
gerichtliche Kontrolle

Regulierungsermessen

- Tatbestandsebene + Rechtsfolgende
- Bezogen auf unbestimmte Rechtsbegriffe und EntschlieÙung und Auswahl



Eingeschränkte
gerichtliche Kontrolle

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

Zugestandene Beurteilungsspielräume der BNetzA durch den BGH

- Begriff „*Regulierungsermessen*“ wird in den neueren Entscheidungen des BGH nicht verwendet
- BGH nimmt (weitreichende) Beurteilungsspielräume der Behörde an
- Annahme dieser Beurteilungsspielräume dann,
 - soweit die VOen keine Vorgaben enthalten -> *genereller Beurteilungsspielraum*
 - schon fraglich, da sich Beurteilungsspielräume (nur) aus **in einer Norm enthaltenen** unbestimmten Rechtsbegriffen ableiten lassen
 - bei allen Schritten komplexer ökonomischer Analysen, „*angefangen von der Auswahl der verwendeten Methoden und deren Ausgestaltung über die Auswahl und Beschaffung der erforderlichen Datengrundlagen und der Plausibilisierung der erhobenen Daten bis zur konkreten Anwendung der Methode oder des Modells*“ -> *tatbestandlicher Beurteilungsspielraum*

Agenda

1 2 3 4 5

Prüfungsmaßstäbe

3

Beurteilungsspielräume als intrinsische Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte

- Folgen der Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen -> eingeschränkte gerichtliche Prüfung -> damit (gerichtsfreie) Letztentscheidungsbefugnisse der Behörde
- Verfassungsrechtliche Legitimität der Grenze der Reichweite einer von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebotenen gerichtlichen Befassung
 - „*Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll . (...)*“ (BVerfGE 129, 1 (22))
 - Der Gesetzgeber hat „*zu berücksichtigen, dass im gewaltenteilenden Staat grundgesetzlicher Prägung die letztverbindliche Normauslegung und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. Deren durch Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 GG garantierte Effektivität darf auch der Gesetzgeber nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln.*“ (BVerfGE 129, 1, 2. Leitsatz)

Agenda

1 2 3 4 5

Prüfungsmaßstäbe bei Annahme von Beurteilungsspielräumen

Gerichtlich überprüft werden können (und müssen) folgende Punkte:

- **Verfahrensfehler**
 - Wurden die maßgeblichen Verfahrensregeln eingehalten?
- **Begriffsverständnis**
 - Ist die Behörde von einem richtigen Verständnis der anzuwendenden Rechtsbegriffe ausgegangen?
- **Sachverhaltsermittlung**
 - Wurde der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt?
- **Willkürfreiheit / allgemeingültige Wertungsmaßstäbe**
 - Gab es eine sachgerechte, nicht willkürliche Bewertung? Wurden allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten?

Agenda

1

2

3

4

5

Prüfungsmaßstab des BGH in seinen Entscheidungen zum EK-Zins

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde ist rechtsfehlerfrei, wenn

- sie sich anerkannter wissenschaftlicher Methoden bedient,
- diese in Einklang mit den Vorgaben aus § 21 Abs. 2 EnWG 2021 und § 7 Abs. 4 und 5 StromNEV/ GasNEV anwendet und
- wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür feststellbar sind, dass die sich hieraus ergebende Höhe der Eigenkapitalverzinsung gleichwohl das Ziel einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals verfehlt

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

Prüfungsmaßstab des BGH in seinen Entscheidungen zum EK-Zins

Daraus folgt für die Prüfung der methodischen (Auswahl) Entscheidungen der Behörde konkret:

„Die bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze getroffene Auswahlentscheidung der Regulierungsbehörde kann von Rechts wegen nur dann beanstandet werden, wenn

- *sich feststellen lässt, dass der **auf einer anerkannten wissenschaftlichen Methode basierende** und von ihr gewählte methodische Ansatz von **vornherein ungeeignet** ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen des zugrunde gelegten Modells zukommt, oder*
- *dass ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände dem von der Regulierungsbehörde gewählten **so deutlich überlegen** ist, dass die Auswahl einer anderen Methode nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann.“*

Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle des BGH am Beispiel der Verfahren betr. die Festlegung der EK-Zinssätze für die 4. Regulierungsperiode

4

Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle

„Vorn vornherein ungeeignet, die Funktion zu erfüllen“

- Methode kann unter keinem denkbaren Gesichtspunkt als wissenschaftlich vertretbar angesehen werden, denn andernfalls wäre sie jedenfalls auf der Grundlage einer Mindermeinung geeignet
- Umkehrschluss: Behörde muss lediglich eine von vornherein „*irgendwie geeignete*“ Methode auswählen

Aber: BGH formuliert selbst, dass sich Behörde „anerkannter wissenschaftlicher Methoden“ bedienen muss

Wird der BGH dem Kriterium „*anerkannt*“ damit gerecht?

Agenda

1
2
3
4
5

Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle

Bedeutung des Maßstabs für die gerichtliche Überprüfung der Methodik

1. Beispiel: „Zinskeil“

Formel CAPM: $r_e = r_f + \beta \cdot (r_m - r_f)$

Vortrag der BF: Verwendung zweier konzeptionell unterschiedlicher risikoloser Zinssätze im Rahmen des CAPM ist in der Wissenschaft modelltheoretisch nicht beschrieben (Sachverständigenbeweis).

BGH: „*Darauf, ob das von der Bundesnetzagentur zur Abbildung der Eigenkapitalzinssätze im regulatorischen Umfeld entwickelte Modell in der allgemeinen Wissenschaft beschrieben ist oder nicht, kommt es auf der Grundlage der zutreffenden Rechtsansicht des Beschwerdegerichts nicht an.*“ (vgl. BGH EnVR 83/23, Rn. 41)

➔ Empfehlungen von Sachverständigen, die in die Regulierungsentscheidung einfließen, sind wie andere gutachterliche Stellungnahmen der tatrichterlichen Würdigung zu unterwerfen

Agenda

1
2
3
4
5

Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle

Bedeutung des Maßstabs für die gerichtliche Überprüfung der Methodik

2. Beispiel: „Mittelwertbildung“

Unter Heranziehung der DMS-Daten leitet BNetzA die Marktrisikoprämie aus einem Mittelwert aus geometrischem und arithmetischem Mittel ab („Mittel der Mittel“)

Vortrag BF: Herrschender wissenschaftlicher Standard ist Anwendung des arithmetischen Mittels (unter Vorlage sämtlicher wissenschaftlicher Quellen im Schrifttum)

BGH: „ (...) eine Entscheidung bei der Anwendung einer anerkannten Methode [kann] nicht schon dann als greifbar überlegen angesehen werden [...], wenn zwar namhafte Ökonomen diese Vorgehensweise bevorzugen, sich insoweit aber kein Konsens gebildet hat.“ (vgl. BGH EnVR 83/23, Rn. 57)

➔ „deutliche Überlegenheit“ erst dann, wenn sich in der Wissenschaft ein einheitlicher Konsens gebildet hat -> dürfte kaum erfüllt bzw. erfüllbar sein

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

Bedeutung des Prüfungsmaßstabs für die gerichtliche Kontrolle

Bedeutung des Maßstabs für die gerichtliche Überprüfung der Methodik

3. Beispiel: Plausibilisierung infolge konkreter Anhaltspunkte

Vortrag BF: Belegenheit der EK-Zinssätze im internationalen Vergleich am unteren Rand sowie „Zinskeil“ als Anhaltspunkte dafür, dass Ergebnis plausibilisiert werden muss

BGH: *„Aus Rechtsgründen ist die Plausibilisierung des Ergebnisses, das die Regulierungsbehörde durch die beanstandungsfreie Auswahl und Anwendung einer Methode erzielt, daher nur dann geboten, wenn Umstände vorliegen, die dies nach den für die Überprüfung der Festlegung geltenden Grundsätzen als zwingend er scheinen lassen.“* (vgl. BGH EnVR 83/23, Rn. 17)

Agenda

1

2

3

4

5

Fazit und Ausblick

5

Fazit und Ausblick

Fazit

- Anerkennung behördlicher Beurteilungsspielräume führt zu Einschränkung gerichtlicher Kontrolldichte
- Prüfungsmaßstäbe werden vom BGH zwar herausgestellt, faktisch aber nicht angewendet
- Damit Überdehnung der (gerichtsfreien) Beurteilungsspielräume der Behörde
- Verfassungsrecht (insbes. Art. 19 Abs. 4 GG)

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

Fazit und Ausblick

Ausblick

- Begründet der unionsrechtlich bedingte, zukünftige Wegfall normativer Bindung einen (noch) weiteren Beurteilungsspielraum, der zu einer weitergehenden Rücknahme gerichtlicher Kontrolle führt?
- Unionsrecht fordert auch bei Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde eine Überprüfung behördlicher Entscheidungen durch die Gerichte
- Außerdem: Gerichtliche Kontrolle ist verfassungsrechtlich gebotenes Gegengewicht gegenüber Einschränkungen des demokratischen Legitimationsniveaus
- Nicht die Unabhängigkeit einer Behörde rechtfertigt die Begrenzung gerichtlicher Kontrolle ihrer Entscheidungen, sondern im Gegenteil rechtfertigt die Gewährleistung gerichtlicher Kontrolle die Unabhängigkeit der Behörde

Agenda

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5



Vielen Dank!