

# 7. Energiewirtschaftsforum

## Anreizregulierung, Investitionsbudgets, Mehrerlösabschöpfung

Rechtsanwalt Guido Brucker  
Rechtsanwalt Dr. Conrad Seiferth  
Berlin, 18. November 2009

# Gliederung

- I. Anreizregulierung
- II. Genehmigung der Investitionsbudgets
- III. Mehrerlösabschöpfung

# Gliederung

---

## I. Anreizregulierung - Erlösobergrenzen

# Anreizregulierung - allgemein (1)

Beginn der Anreizregulierung zum 1. Januar 2009

Festlegung der Erlösobergrenzen erfolgte zwischen Mitte Dezember 2008 und April 2009

Vielzahl von Beschwerden

Beschwerdeerwiderungen der BNetzA gehen Gerichten momentan zu

Verhandlungen vor den Beschwerdegerichten im Frühjahr (OLG Düsseldorf hat frühzeitig im Februar/März 2010 terminiert)

Effizienzwerte: VNB Strom 92,2 %, VNB Gas 87,3 %  
ÜNB Strom 97,5 %, FLNB Gas 96,2 %

# Anreizregulierung - allgemein (2)

## Wesentliche Elemente der ARegV

- » Festlegung der Erlösobergrenze anhand der Regulierungsformel
- » Berücksichtigung der Effizienzvorgabe aus dem bundesweiten Effizienzvergleiches
- » Bestimmung des Ausgangsniveaus anhand der Kosten des Netzbetriebs (1. RP nach § 6 Abs. 2 ARegV, ab 2. RP nach § 6 Abs. 1 ARegV)
- » Ermittlung der Kostenanteile ( $KA_{dnb}$ ,  $KA_{vnb}$ ,  $KA_b$ )
- » Berücksichtigung von Inflationsentwicklung mittels VPI, Netz-wirtschaftlichem Produktivitätsfortschritt  $PF_t$ , Qualitätsvorgaben, strukturellen Unterschieden
- » Zeitraum für den Abbau der Ineffizienzen beträgt zu Beginn 2 Regulierungsperioden

# Erlösobergrenzen

## Strittige Punkte bei Festlegung der Erlösobergrenzen:

- » Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung (FK-Zins mit Risikozuschlag, AiB, neuer EK-Zins bei der kalkul. Gewerbesteuer, Plankosten für Verlustenergie)
- » Berechnung des pauschalierten Investitionszuschlags
- » Berücksichtigung vorgelagerter Netzkosten
- » Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors
- » Anwendung des Erweiterungsfaktors
- » Vorliegen struktureller Besonderheiten
- » Keine Berücksichtigung von Investitionsbudgets 2009
- » Kostenwälzung Biogas
- » Abzug der Netzanschlusskosten bei den KA<sub>dnb</sub>
- » Vorbehalt zur sog. „Mehrerlösabschöpfung“

# Ausgewählte Probleme (1)

## Berücksichtigung BGH-Rechtsprechung

### Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung

- » 6 Beschlüsse des BGH vom 14. August 2008 zu Beschwerden gegen ersten Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG
- » verschiedene Punkte zugunsten der Netzbetreiber entscheiden

### Standpunkt der BNetzA

- » Bestimmung des Ausgangsniveau auf Basis von § 6 Abs. 2 ARegV (Ergebnis der letzten Kostenprüfung bei Genehmigung der Netzentgelte)
- » formell und materiell bestandskräftige Entscheidung
- » Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: nur für zukünftige Entscheidungen
- » kein Zwang zur Aufhebung bestandskräftiger Entscheidungen

# Ausgewählte Probleme (2)

## Berücksichtigung BGH-Rechtsprechung

### Gegenargumente

- » Zusagen der BNetzA gegenüber Netzbetreibern
- » Umfang der materiellen Bestandskraft umfasst nur Tenor, Begründung lediglich zur Auslegung des tenorierten Umfangs
- » Regel – Ausnahme Verhältnis von § 6 ARegV
- » Sinn und Zweck von § 6 Abs. 2 ARegV

# Ausgewählte Probleme (3)

## Vorgelagerte Netzkosten

### Berücksichtigung vorgelagerter Netzkosten

- » Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteil
- » Problem: Erlösobergrenzen von unten nach oben festgelegt
- » Ziel: möglichst zeitnahe Wert (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 letzter HS ARegV)

### Standpunkt BNetzA:

- » Absatzmenge 2007 und Preis 2008 bilden Grundlage

### Gegenargumente:

- » Wortlaut § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV
- » Planansatz (vgl. BGH-Rechtsprechung)

# Ausgewählte Probleme (4)

## Erweiterungsfaktor

### Erweiterungsfaktor (§ 10 ARegV)

- » Abbildung zwischenzeitlicher Änderungen der Versorgungsaufgabe, insbesondere Leistungserhöhungen

### Standpunkt der BNetzA

- » Berücksichtigung im ersten Jahr der Regulierungsperiode scheidet aus
- » Wortlaut § 10 ARegV: Änderung während einer Regulierungsperiode
- » Bestimmung der Ausgangsbasis nach § 6 ARegV und § 4 Abs. 3 Satz 3 ARegV

# Ausgewählte Probleme (5)

## Erweiterungsfaktor

### Gegenargumente

- » BNetzA legt § 10 ARegV selbst erweiternd aus
- » Bezug auf Jahr „t“ in der Regulierungsformel und Erläuterung der einzelnen Formelelemente in Anlage 2
- » Sinn und Zweck des Erweiterungsfaktor: exogene, nicht vom Netzbetreiber zu beeinflussende Faktoren sachgerecht anzupassen
- » t-3 Verzug führt zu unbilligen Ergebnissen

# Gliederung

---

## II. Genehmigung der Investitionsbudgets

# Genehmigung der Investitionsbudgets (1)

- Ersten vier Genehmigungen wurden am 14. April 2009 beschlossen (3 Strom und 1 Gas)
- Bisher insgesamt 30 genehmigte Investitionsbudgets (14 Gas, 16 Strom)
- Circa 300 beantragte Einzelprojekte mit Investitionsvolumen von ungefähr 9 Mrd. Euro (PM Kurth: vom 14. April 2009)
- Erste Gerichtsverfahren gegen Genehmigungen beim OLG Düsseldorf rechtshängig

# Genehmigung der Investitionsbudgets (2)

## Rechtsgrundlage: § 23 ARegV

- » Investitionsbudgets sind durch BNetzA für Kapitalkosten, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze erforderlich sind, zu genehmigen (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV)
- » Insbesondere für Katalog des § 23 Abs. 1 Satz 2 ARegV
- » Genehmigungsverfahren in § 23 Abs. 3 ARegV geregelt
  - Antrag 6 Monate vor Kalenderjahr der Kostenwirksamkeit des Vorhabens
  - Angaben: wann, in welcher Höhe und für welchen Zeitraum Investitionen erfolgen und Kostenwirksam
  - Kostenwirksamkeit betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer entsprechend Anlage 1 NEV
- » Leitfaden der BNetzA (Stand: Mai 2009)

# Ausgewählte Probleme (1)

## Befristung des Investitionsbudgets

### Befristung des Investitionsbudgets

- » Auswirkungen auf Investitionssicherheit (Beschaffung von Fremdkapital)
- » Widerspruch zum Wortlaut (gebundene Entscheidung)
- » Orientierung an betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer = Nutzungsdauern von 40 bis 50 Jahren
- » Systematik § 23 ARegV: Stellung als Sondervorschrift
- » Befristung überflüssig wegen Widerrufsvorbehalt

# Ausgewählte Probleme (2)

## Betrag zur Vermeidung von Doppelanerkennungen

Kürzung um ein Betrag zur Vermeidung von Doppelanerkennungen (BVD)

### Ansatz der BNetzA

- » ÜNB stehen Abschreibungen aus Erlösobergrenze für Investitionen zur Verfügung
- » Investitionsbudget stellt für bedarfsgerechten Ausbau zusätzliche Mittel zur Verfügung
- » investiert ÜNB zugleich weniger in Ersatzmaßnahmen aus den in der Erlösobergrenze enthaltenen Mitteln, komme es zu Doppelanerkennungen
- » Doppelanerkennung steht im Widerspruch zu Sinn und Zweck der ARegV

# Ausgewählte Probleme (3)

## Betrag zur Vermeidung von Doppelanerkennungen

### Gegenargumente

- » Wortlaut nur für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen
- » Widerspruch zur Begründung des Verordnungsgebers:  
„Abgrenzung Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen hat anhand einer prozentualen Aufteilung zu erfolgen.“ (BR-Drs. 417/07, S. 67)
- » Funktion und Verwendung von Abschreibungen
- » Sinn und Zweck von § 23 ARegV

# Gliederung

## III. Mehrerlösabschöpfung

# Mehrerlösabschöpfung (1)

Sogenannte Mehrerlösabschöpfung im Vattenfall-Netzentgelt-genehmigungsverfahren tenoriert (Juni 2006)

- » sowohl im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als auch im Hauptsacheverfahren vom OLG Düsseldorf abgelehnt

BNetzA hat im Weiteren von einer Tenorierung abgesehen, hielt ihre Position jedoch im Rahmen der Begründung weiter aufrecht

14. August 2008: BGH bestätigt schließlich die Position der BNetzA im sogenannten Vattenfall-Beschluss

- » Recht der Energiewirtschaft, 2008, S. 323 ff.

# Mehrerlösabschöpfung (2)

## Kernaussagen des Vattenfall-Beschlusses

- » ab dem 29. Oktober 2005 waren die Netzentgelte auf der Grundlage der StromNEV zu bestimmen (Rn. 9)
- » periodenübergreifende Abrechnung der erzielten Mehrerlöse (Rn. 20); Ungleichgewichte im Einzelfall sind hinzunehmen (Rn. 23)
- » Rückabwicklung im Verhältnis zwischen historischem Netznutzer und Netzbetreiber ausgeschlossen (Rn. 21)
- » Netzbetreiber konnte auch nicht auf das endgültige „Behalten dürfen“ vertrauen (Rn. 24)

## Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht angenommen

# Mehrerlösabschöpfung (3)

## Ende 2008 / Anfang 2009

- » Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabschöpfung in den Festlegungen der Erlösobergrenzen tenoriert
  - rechtliche Zulässigkeit sehr zweifelhaft

## Juli 2009

- » Datenerhebung zur Mehrerlösabschöpfung
  - Korrektur des Abfragebogens aufgrund der Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung Mitte Juli 2009

## Oktober 2009

- » Option für „Vereinfachtes Verfahren“
  - unter Verzicht auf Rechtsmittel pauschaler Abschlag von einem Drittel ohne Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung
- » Alternativ dazu
  - voll rechtsmittelfähige Bestimmung des Mehrerlösbetrags unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung

# Mehrerlösabschöpfung (4)

## Rechtsgrundlage der Mehrerlösabschöpfung?

- » BNetzA: §§ 34 Abs. 1 ARegV, 11 StromNEV analog
  - zweifelhaft
  - „doppelte“ Analogie erforderlich
- » § 9 StromNEV analog?
  - denkbar; § 6 Abs. 2 ARegV kann unseres Erachtens insoweit auch keine Sperrwirkung entfalten
- » im Falle umwandlungsrechtlicher Tatbestände ggf. Nachhaftung des entflochtenen (aktuellen) Netzbetreibers in Verbindung mit § 9 StromNEV analog denkbar

# Mehrerlösabschöpfung (5)

## Sonderproblem Entflechtung

- » grundsätzlich ist Voraussetzung einer Mehrerlösabschöpfung ein erzielter Mehrerlös des Netzbetreibers
  - Ausnahme: unwandlungsrechtliche Nachhaftung (siehe oben)
- » Möglichkeiten der BNetzA zu entsprechenden Aufsichtsmaßnahmen gegenüber dem historischen Netzbetreiber?
  - Ziel: „Ausstattung“ des aktuellen Netzbetreibers mit dem für eine Verrechnung notwendigen „Mehrerlös“
  - Maßnahmen aus dem Auflagenvorbehalt und den §§ 9, 11 StromNEV können sich nicht gegen den historischen Netzbetreiber richten
  - Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG ungeeignet
  - § 32 EnWG – Missbräuchlichkeit sehr zweifelhaft
  - § 65 EnWG – allgemeine Aufsichtsmaßnahme?

# Mehrerlösabschöpfung (6)

## Auswirkungen der Mehrerlösabschöpfung auf zivilrechtliche Streitigkeiten

- » BNetzA: unter Verweis auf Vattenfall-Beschluss seien zivilrechtliche Rückforderungsansprüche im Mehrerlöszeitraum ausgeschlossen
- » Verrechnung nur mit Entscheidungen/Vergleichen, die vor dem 14. August 2008 abgeschlossen worden sind
- » Zivilgerichte scheinen zumindest bisher der Position der BNetzA zu folgen
- » Problem: dogmatische Begründung des Anspruchsausschlusses
  - Zivilrecht steht grundsätzlich neben Regulierungsrecht, soweit nichts anderes positiv geregelt ist
  - Entreicherungsseinwand ungeeignet und zweifelhaft

# Mehrerlösabschöpfung (7)

## Versuch einer (streitbaren) Begründung:

- » BGH-Stromnetzentgelt III: Grundsätzlich konkretisiert das EnWG den Billigkeitsmaßstab aus § 315 BGB
- » EnWG misst genehmigten Entgelten materiell-rechtliche Wirkungen bei
  - vgl. §§ 30 Abs. 1 Nr. 5, zweiter Halbsatz, 111 Abs. 3 EnWG
- » EnWG enthält Übergangsregelung, die auf Vertrauensschutztatbestand genehmigter Entgelte verweist
  - vgl. §§ 118 Abs. 1b, 23 Abs 5 Satz 1 EnWG
  - gilt uneingeschränkt ab 13. Juli 2005
  - entsprechende Beibehaltung gesetzeskonform

# Mehrerlösabschöpfung (8)

## Fazit:

- » Beibehaltene Netzentgelte überschreiten Billigkeitsmaßstab nur im Einzelfall – energierechtliche Wertungen im Rahmen des § 315 BGB zu berücksichtigen; § 32 EnWG aufgrund § 30 Abs. 1 Nr. 5 EnWG ausgeschlossen
- » ab dem Mehrerlöszeitraum kann der Netzbetreiber die erzielten Mehrerlöse aber nicht behalten
  - ab diesem Zeitpunkt periodenübergreifende Abrechnung mit künftigen Netzentgelten
- » „Rechtsgrundlos“ im Sinne des Vattenfall-Beschlusses entspricht nicht dem Begriff aus § 812 BGB
  - im regulierungsrechtlichen Ordnungsrahmen besteht keine Rechtfertigung, die erzielten Mehrerlöse behalten zu dürfen

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**



## **KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte**

**Partnerschaft von Rechtsanwälten**

**Rechtsanwalt Guido Brucker M. A.**

**Rechtsanwalt Dr. Conrad Seiferth**

**Meinekestraße 4**

**D - 10719 Berlin**

**Tel: (49) 30 – 50 96 95 - 0**

**Fax: (49) 30 – 50 96 95 - 77**

**E-Mail: [guido.brucker@kermelscholtka.com](mailto:guido.brucker@kermelscholtka.com)**

**E-Mail: [conrad.seiferth@kermelscholtka.com](mailto:conrad.seiferth@kermelscholtka.com)**

**Internet: [www.kermelscholtka.com](http://www.kermelscholtka.com)**

