

Kurzinfo zum Energierecht

Nr. 68 / 12. November 2018

- Angepasste EK-Verzinsung für Neuanlagen für alle? –

Einige Netzbetreiber hatten sich entschieden, keine Beschwerde gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur bzw. der Landesregulierungsbehörden zur Bestimmung der EK-Verzinsung (Bundesnetzagentur Beschluss v. 05.10.2016 – BK4-16-160 und BK4-16-161) einzulegen. Damit sind grundsätzlich diese Festlegung gegenüber diesen Netzbetreibern bestandskräftig geworden.

Vielleicht ärgern Sie sich nun darüber, keine Beschwerde eingelegt zu haben und fragen sich, wie es möglich wäre, auch nachträglich noch von den Folgen einer ggf. erforderlichen Neufestsetzung des EK-Zinssatzes profitieren zu können.

1. Was ist passiert?

Die Bundesnetzagentur hatte die EK-Verzinsung für Stromnetzbetreiber vor Steuern für Neuanlagen für die Dauer der 3. Regulierungsperiode auf 6,91 % und für Altanlage auf 5,12 % festgelegt. Daraus ergibt sich ein EK-Zinssatz für Neuanlagen nach Steuern in Höhe von 5,64 %

Bekanntlich hat die BNetzA die EK-Zinssätze aus folgenden Bestandteilen ermittelt:

Risikoloser Zinssatz (2,49 %) + Wagniszuschlag (Marktrisikoprämie 3,80 % x Risikofaktor 0,83 %) = EK-Zinssatz vor Steuern

Nun hat das OLG Düsseldorf in mehreren Musterverfahren (Az. VI-3 Kart 148/16 (V) und VI-3 Kart 335/16 (V) für Gas und VI-3 Kart 319/16 (V) für Strom) die Ermittlung der **Marktrisikoprämie** beanstandet und die Bundesnetzagentur verpflichtet, den EK-Zinssatz für Alt- und Neuanlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzulegen. Die Rechtmäßigkeit Berechnung des risikolosen Zinssatzes sowie des Risikofaktors sowie des EK-Zinssatzes nach Steuern hat das OLG Düsseldorf allerdings bestätigt.

Die Marktrisikoprämie hatte die Bundesnetzagentur mit **3,80 %** ermittelt.

Die im Verfahren gehörten Sachverständigen hatten dagegen eine Marktrisikoprämie von **4,55 %** als sachgerecht angesehen und die Berechnungsgrundlagen der BNetzA kritisiert. Das OLG Düsseldorf ist dem gefolgt. Da der Bundesnetzagentur bei der Bestimmung der Marktrisikoprämie ein Beurteilungsspielraum zukommt, war das OLG Düsseldorf aber daran gehindert, die EK-Zinssätze selbst neu festzusetzen. Allerdings hätte die Bundesnetzagentur die Überlegungen des OLG Düsseldorf und damit auch die Überlegungen der gehörten Sachverständigen bei der Neufestsetzung zu berücksichtigen.



Bei einem solchen Ansatz würde sich eine EK-Verzinsung für Neuanlagen von 6,26 % vor Steuern im Vergleich zu 5,64 % ergeben. **Dies entspräche einer Erhöhung um 0,6265 Prozentpunkte.**

Derzeit sind die Entscheidungen des OLG Düsseldorf noch nicht rechtskräftig. Die Bundesnetzagentur hat Rechtsbeschwerde gegen die Beschlüsse beim BGH eingelegt.

2. Auswirkungen

Die Bescheide zur **Festlegung der Erlösobergrenze** berücksichtigen derzeit die EK-Zinssätze lediglich in Höhe der Festlegung der Bundesnetzagentur. Nur den Unternehmen, die Beschwerde gegen die Festlegung eingereicht hatten, wurde von den Regulierungsbehörden eine Gleichbehandlungszusage im Falle einer letztinstanzlichen Entscheidung gegeben. Allen anderen Unternehmen verweigern die Regulierungsbehörden eine Gleichbehandlung.

Dies ist problematisch, da die Festlegung zu den EK-Zinssätzen nicht nur Auswirkungen auf die **Bestimmung der Erlösobergrenze** hat, sondern sich auch gem. § 10 a Abs. 7 ARegV auf jede Entscheidung zum **Kapitalkostenaufschlag** auswirkt. Denn es ist auch dabei stets der EK-Zinssatz des Basisjahres anzusetzen. Sollte der BGH die Entscheidungen des OLG Düsseldorf mithin bestätigen, besteht die Gefahr, dass nur diejenigen Netzbetreiber, die Beschwerde eingelegt hatten, auch fortlaufend im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags einen anderen EK-Zins erhalten, als die Netzbetreiber, die keine Beschwerde eingelegt haben.

3. Handlungsmöglichkeiten für Netzbetreiber, die keine Gleichbehandlungszusage bekamen

Insoweit sind unterschiedliche Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Fallkonstellationen

- **Bescheid zur Festlegung der EOG ist bestandskräftig**

Entscheidungen des BGH sollten abgewartet und im Falle der Neufestlegung der EK-Zinssätze durch die Bundesnetzagentur ein Antrag auf Aufhebung und Neubescheidung des EOG Bescheides geprüft werden.

- **Bescheid zur Festlegung der EOG ist noch nicht bestandskräftig**

Es sollte geprüft werden, ob Beschwerde eingelegt werden sollte. Insbesondere dann, wenn wegen anderer streitiger Punkte eine Beschwerde in Betracht gezogen wird, sollte auch die EK-Verzinsung jedenfalls hinsichtlich des angesetzten Wagniszuschlags angegriffen werden.

- **Antrag auf Kapitalkostenaufschlag noch nicht bestandskräftig**

Es sollte ein höherer EK-Zins beantragt werden, der jedenfalls einen höheren Wagniszuschlag berücksichtigt. Je nach wirtschaftlichen Auswirkungen (gerechnet auf die Laufzeit



der Regulierungsperiode) sollte bei einem ablehnenden Bescheid geprüft werden, ob eine Beschwerde eingelegt werden soll.

- **Antrag auf Kapitalkostenaufschlag für 2018 bestandskräftig**

Bei jedem neuen Antrag sollte ein höherer EK-Zins beantragt werden. Bei einer Entscheidung des BGH zur Neufestsetzung und höheren Neufestsetzung des EK-Zins durch die Bundesnetzagentur sollte geprüft werden, ob ein Antrag auf Aufhebung und Neufestlegung des Bescheides verlangt werden kann.

In jedem Fall sollten Netzbetreiber im Anhörungsverfahren auf eine Gleichbehandlungszusage drängen.

4. Begründung

Es gibt gute Argumente, die dafür sprechen, dass selbst bei einem bestandskräftigen Bescheid eine Änderung des Bescheids durch die Regulierungsbehörden nachträglich verlangt werden kann.

Der BGH hat in diesem Jahr erstmalig entschieden, dass die Bundesnetzagentur **zur Rücknahme eines belastenden bestandskräftigen Verwaltungsaktes verpflichtet sein kann**, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlichen Fällen gegen den Gleichheitssatz verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben erscheinen lassen. **Die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kann ebenfalls die Annahme rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechterdings unerträglich** (BGH, Beschl. v. 23.01.2018 – EnVR 5/17).

Wir halten es für sehr wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für eine Rücknahme eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes auch in dieser Konstellation vorliegen dürften.

Die mögliche Rechtswidrigkeit der Eigenkapitalzinssätze war für die Netzbetreiber nicht ohne weiteres erkennbar. Das OLG Düsseldorf hat in seinen Entscheidungen (u.a. Beschluss v. 22.03.2018, Az. VI-3 Kart 319/16 (V)) die methodische Bestimmung der Marktrisikoprämie für fehlerhaft gehalten. Ein Verstoß gegen die Berechnungsvorgaben der Eigenkapitalverzinsung ließ sich vom OLG Düsseldorf jedoch nur unter Zuhilfenahme mehrerer Sachverständigengutachten feststellen. Zuvor war ein Verstoß ebenfalls nur unter Zuhilfenahme von Sachverständigengutachten in der Branche diskutiert worden, worin jedoch unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden. Eine eindeutige auch für die Betroffenen vorliegende Erkennbarkeit der fehlerhaften Berechnung war und ist nicht gegeben.

Die Landesregulierungsbehörde und Bundesnetzagentur haben nur denjenigen Unternehmen, die Beschwerde gegen die Festlegung zur Eigenkapitalverzinsung eingelegt haben, eine Gleichbehandlungszusage erteilt, diese aber anderen Unternehmen verweigert. Die Höhe der individuellen Beschwer war für die Erteilung der Gleichbehandlungszusage unerheblich. Dies stellt einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar, wenn die Festlegung der Bundesnetzagentur tatsächlich rechtswidrig gewesen sein sollte. Denn die



Fehlerhaftigkeit der Festlegung war und ist für die betroffenen Netzbetreiber nicht ohne weiteres erkennbar. Eine unterschiedliche Eigenkapitalverzinsung würde zudem zu einer Ungleichbehandlung der Netzbetreiber untereinander führen, die sich nicht allein aus dem Umstand rechtfertigen lässt, dass nur einige Netzbetreiber Beschwerde gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur zur Eigenkapitalverzinsung eingelegt haben.

So ist es hier. Die Behörde darf nach unserer Einschätzung den Netzbetreibern nicht die Bestandskraft der Festlegung der Bundesnetzagentur entgegenhalten, um ihnen eine Gleichbehandlungszusage oder die Berücksichtigung eines geänderten Zinssatzes zu verweigern.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des BGH vom 16.12.2014 – EnVR 54/13 (EnWZ 2015, 180) entgegen, mit welcher der BGH eine Berücksichtigung von geänderten Indexreihen im Verfahrens zur Festlegung der Erlösobergrenze bei Bestandskraft der Festlegung zur Bestimmung der Indexreihen abgelehnt hatte. Zum einen könnte man bereits die neue Entscheidung des BGH als eine Abkehr von der eigenen Entscheidung aus dem Jahr 2014 verstehen. Zum anderen ging es damals um die Neuberechnung von Indexreihen, deren wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Erlösobergrenze zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht abgeschätzt werden konnten. Hier geht es aber um die Neuberechnung des Wagniszuschlages, der bei einer notwendigen Neuberechnung in jedem Fall höher ausfallen dürfte als bisher von der Bundesnetzagentur angesetzt. Daraus ist eine Auswirkung auf die Erlösobergrenze unzweifelhaft gegeben. Darüber hinaus kam es bei der damaligen Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2014 auf die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit, anders als in der aktuellen Entscheidung des BGH, nicht an.

Falls Sie Fragen zu dieser Thematik haben, wenden Sie sich gerne an die nachstehende Ansprechpartnerin.



Rechtsanwältin Wibke Reimann

Tel.: 030 / 89 04 92 – 12

E-Mail: reimann@brs-rechtsanwaelte.de

Redaktion: Rechtsanwältin Wibke Reimann
Herausgeber: Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin
Sekretariat: Frau Katja Schäbsdat, Tel: 030 – 890492-12, Fax: 030 – 890492-10

Recht aktuell wird nach sorgfältig ausgewählten Unterlagen erstellt. Diese Veröffentlichung verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Anwendung im konkreten Fall kann eine Haftung nicht übernommen werden. Sollten Sie weitere Fragen zu den angesprochenen Themen haben, so wenden Sie sich bitte an unsere Ansprechpartner. Der Nachdruck - auch auszugsweise - ist nur mit Quellenangabe gestattet.

Sie sind berechtigt, einer Direktwerbung jederzeit telefonisch, schriftlich oder per Email an datenschutz@brs-rechtsanwaelte.de mit Wirkung für die Zukunft zu widersprechen. Wenn Sie die Publikation nicht mehr erhalten wollen, teilen Sie uns dies bitte per E-Mail mit.

Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Partnerschaftsregister: Amtsgericht Berlin, Registernummer: PR 1040 B, Kurfürstendamm 67, 10707 Berlin, Tel.: +49 30 – 890492-0, Fax: +49 30 – 890492-10, E-Mail: brs@brs-rechtsanwaelte.de