

## **Vermerk: Rechtsfragen zur EK-Zins-Festlegung 2016**

11. November 2016

In die Überlegungen, ob Beschwerde gegen die von der Bundesnetzagentur (BNetzA) am 12. Oktober 2016 veröffentlichten Beschlüsse zur Höhe der Eigenkapitalzinssätze (EK-Zinssätze) für Strom- und Gasnetze eingelegt werden soll, sollten aus Sicht des BDEW die beiden nachfolgenden Gerichtsentscheidungen einbezogen werden.

### **Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf vom 23. September 2015 ([VI-3 Kart 113](#)) zur Teilbarkeit von Festlegungen**

Würde ein Unternehmen erwägen, nicht die gesamte Festlegung als solche, sondern nur einzelne Bestandteile anzufechten, fragt sich, ob im Erfolgsfall nur diese angefochtenen Punkte korrigiert würden oder die BNetzA die Festlegung der EK-Zinssätze für dieses Unternehmen vollständig neu erlassen würde.

Laut OLG Düsseldorf setzt eine Teilanfechtung wie auch die Teilaufhebung die Teilbarkeit des Inhalts des Verwaltungsakts voraus. Zulässig seien Teilanfechtungen hinsichtlich aller objektiv abgrenzbaren und bezeichnbaren Teile einer Festlegung, die auch als gesonderte Streitgegenstände bestehen könnten und deshalb isoliert aufhebbar seien. Dies sei beispielsweise bei den einzelnen über die Regulierungsformel in die Erlösobergrenzen einfließenden Kostenbestandteilen und Kalkulationsgrundlagen nicht der Fall. Eine Teilanfechtung sei nur hinsichtlich des Verfügungssatzes, nicht hinsichtlich der einzelnen Berechnungselemente zulässig.

Vertreten ließe sich, dass sich die Festlegung des EK-Zinssatzes dementsprechend aus Einzelbestandteilen zusammensetzt (z.B. Bestimmung der Umlaufrendite, Bestimmung des Wagniszuschlags usw.), die nicht in einer Wechselwirkung zueinander stehen, sondern deren Ergebnisse lediglich addiert werden. Unter dieser Betrachtungsweise könnten einzelne Teile womöglich auch selbstständig angefochten werden und die nicht angefochtenen selbstständig in Bestandskraft erwachsen.

Käme das Beschwerdegericht hingegen zu dem Schluss, dass einzelne Bestandteile der Festlegung des EK-Zinssatzes nicht isoliert betrachtet werden können, ließe sich der Streitgegenstand der Beschwerde nicht auf einzelne Punkte beschränken. Wäre ein Unternehmen in diesem Fall mit seiner Beschwerde – gegen einzelne Punkte – erfolgreich, würde dennoch die gesamte Festlegung infolge dessen diesem gegenüber aufgehoben und neu erlassen. Dabei bestünde die Möglichkeit, dass die Behörde dann auch zu diesem Zeitpunkt neue Erkenntnisse, etwa aufgrund anderer gerichtlicher Entscheidungen oder neuer gesetzlicher Vorgaben, mit berücksichtigen könnte. Hier wäre darauf zu achten, wie sich dies in Summe auf das in der Beschwerde an sich erfolgreiche Unternehmen auswirken würde. Würde sich

aufgrund neuerer Entwicklungen gar ein Nachteil für das Unternehmen abzeichnen, blieben aber auch prozessuale Schritte, einen solchen noch abzuwenden. So könnten die Unternehmen ihre Beschwerde auch zurücknehmen, wodurch die Festlegung ihnen gegenüber bestandskräftig würde.

Anzuzweifeln wäre im Übrigen, ob es sich um relevante neue, in einer Neubescheidung zu berücksichtigende „Erkenntnisse“ handeln würde, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses einer neuen Festlegung lediglich aktuellere Daten vorlägen (deren Entwicklung sogar prognostizierbar und damit nicht neu war, wie etwa die weitere Basiszinsentwicklung).

Zu hinterfragen wäre aber auch, ob es ein realistisches Szenario ist, dass die BNetzA, wenn ein Beschwerdeverfahren aus Unternehmenssicht erfolgreich geführt wird, neu gewonnene Aspekte gewissermaßen tatsächlich gegenrechnen würde.

Zu beachten ist schließlich auch, dass die Regulierungsbehörde ungeachtet des Ausgangs eines Gerichtsverfahren bestandskräftige Regelungsgegenstände unter Beachtung des Vertrauensschutzes immer ändern kann, wenn die Voraussetzungen von Paragraph 29 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) in Verbindung mit den Paragraphen 48, 49 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) gegeben sind, so beispielsweise bei nachträglich geänderten Rechtsvorschriften.

### **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 16. Dezember 2014 ([EnVR 54/13](#)) zur Bestandskraft von Verwaltungsakten**

Legt ein Unternehmen keine Beschwerde ein, wird diesem gegenüber die Festlegung bestandskräftig. Würde die Festlegung zum EK-Zinssatz auf die Beschwerden anderer Netzbetreiber hin gerichtlich als rechtswidrig erachtet und diesen gegenüber aufgehoben werden, müssten diejenigen Unternehmen, die keine Beschwerde eingelegt haben, diese weiterhin gegen sich gelten lassen. Der BGH hat entschieden (siehe hierzu auch [BDEW direkt 3/2015](#)), dass ein Gericht eine Festlegung, auch wenn sie gegenüber einer Vielzahl von Personen wirkt, auf die erfolgreiche Beschwerde eines Betroffenen grundsätzlich nur aufheben darf, soweit diese zwischen den Beteiligten des gerichtlichen Verfahrens wirkt. Unternehmen könnten sich folglich nicht auf den Umstand berufen, dass eine Festlegung auf die Beschwerden anderer Netzbetreiber hin gerichtlich als rechtswidrig erachtet wurde. Dem stünden laut BGH auch keine allgemeinen Rechtsschutzgesichtspunkte entgegen. Die unterschiedliche Behandlung von Netzbetreibern sei eine rechtlich zwingende Folge der jeweils unterschiedlichen Bereitschaft zur Nutzung der Rechtsschutzmöglichkeiten. Der einzelnen Betroffenen hätten die Möglichkeit, gegen die Festlegung Beschwerde einzulegen. Durch die Nichteinlegung einer Beschwerde würde man auf diesen Rechtsschutz verzichten.

Anders wäre dies nur zu beurteilen, wenn die Festlegung von allen Adressaten nur einheitlich befolgt werden könnte. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn deren Regelungen einen untrennbaren Zusammenhang bildeten, so dass sie nur dann sinnvoll angewendet werden könnte, wenn sie für alle betroffenen Netzbetreiber gleichermaßen gelte (so zuletzt durch den BGH mit Beschluss vom 12. April 2016 ([EnVR 25/13](#)) entscheiden für die Festlegung zur Umlage nach Paragraph 19 Abs. 2 Stromnetzentgeltverordnung, siehe auch [BDEW extra](#)

[25/2016](#)). Dann würde die Aufhebung auf Antrag eines Netzbetreibers dazu führen, dass die Festlegung auch im Verhältnis zu allen anderen Netzbetreibern unwirksam würde. Die EK-Zins-Festlegung würde aber wohl keine einheitliche Befolgung durch alle Adressaten voraussetzen.

Möglich wäre noch, dass die Behörde von sich aus die Festlegung, etwa wegen grober Rechtsfehler für alle Netzbetreiber wiederruft bzw. zurücknimmt (Paragraph 29 Abs. 2 EnWG, Paragraphen 48, 49 VwVfG). Allerdings hat die BNetzA hiervon in der Vergangenheit in vergleichbaren Fällen (BGH Entscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor, zur Festlegung der Preisindizes für die erste Regulierungsperiode oder zur Mittelwertbildung) keinen Gebrauch gemacht.

### **Weitere Informationen**

Dr. Michael Koch  
Geschäftsbereich Recht und Betriebswirtschaft  
Telefon 0 30 / 300 199 - 1530  
E-Mail [michael.koch@bdew.de](mailto:michael.koch@bdew.de)

### **Links zu den genannten Entscheidungen**

[Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. September 2015 \(VI-3 Kart 113\)](#)

[Beschluss des BGH vom 16. Dezember 2014 \(EnVR 54/13\)](#)

[Beschluss des BGH vom 12. April 2016 \(EnVR 25/13\)](#)