
Stromnetzentgelte: Eine Blackbox, die nicht geöffnet werden kann?

Eine rechtliche Analyse der aktuellen Situation

Christian von Hammerstein
Rechtsanwalt, Raue LLP

22. August 2018

Andreas Jahn
Senior Associate, The Regulatory Assistance Project (RAP)

Dr. Patrick Graichen
Direktor Agora Energiewende

INHALT

1	Zusammenfassung	3
2	Einleitung	4
3	Fehlende Transparenz der Netzentgelte	4
4	Bewertung der Anreizregulierung: Ertragslage (Erfolg) der Netzbetreiber wird nicht analysiert	8
5	Kosten der Intransparenz	10
6	Rechtspolitischer Hintergrund	12
7	Rechtliche Würdigung	14
8	Resümee	16

1 Zusammenfassung

Die Energienetzregulierung in Deutschland hat ein grundlegendes Transparenzproblem: Während über die beiden anderen großen Kostenblöcke im Strompreis – die EEG-Umlage und den Börsenstrompreis – eine große Transparenz herrscht und so die vielen Diskussionen über Kostenminimierungen erst möglich werden, ist das Zustandekommen der Netzentgeltentscheidungen eine Blackbox. Dritte, jenseits der jeweiligen Netzbetreiber und der Regulierungsbehörden, erhalten kaum einen Einblick und wenn, dann sind die entsprechend herausgegebenen Bescheide an vielen Stellen geschwärzt. Dagegen hat ein Stromvertrieb Verfassungsbeschwerden¹ eingebracht, die das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom September 2017 jedoch nicht zur Entscheidung angenommen hat. Die Begründung des Gerichts: Grundrechtsverletzungen seien von den Beschwerdeführern nicht substantiiert dargelegt, auch in der Sache sei eine mögliche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten nicht zu erkennen.

Damit besteht das eklatante Rechtsstaatsdefizit in der deutschen Netzentgeltregulierung fort. Es ergibt sich aus der Verkettung folgender Umstände:

- dem Verhalten der Regulierungsbehörden (Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden), die entgegen der gesetzlichen Regelungen und der nationalen und europäischen Rechtsvorschriften ihre Netzentgeltentscheidungen so gut wie gar nicht veröffentlichen;
- einem falschen Verständnis bei Netzbetreibern und Regulierungsbehörden davon, was bei regulierten Monopolbetrieben wie Energienetzbetreibern schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind, und

- einer rechtsstaatlich fragwürdigen Rechtsprechung, die
 - einerseits Klagen von Netznutzern (Letztverbrauchern und Energielieferanten) gegen Entgeltgenehmigungen nicht zulässt, sondern die Netznutzer auf den Zivilrechtsweg und eine Überprüfung nach § 315 BGB verweist;
 - andererseits ihnen aber gleichzeitig verweigert, vor den Zivilgerichten den Schaden, den sie aus überhöhten Netzentgelten haben, angemessen zu beziffern und zu begründen, da die Netznutzer die Entgeltgenehmigungen meist gar nicht oder nur sehr rudimentär kennen.

Die Folge: Aufgrund der Kombination fehlender Transparenz und Verweigerung des Rechtsschutzes entziehen sich die Entgeltgenehmigungen praktisch jeglicher Überprüfung und Kontrolle – sowohl in rechtlicher Hinsicht durch diejenigen, die die Entgelte im Ergebnis zu zahlen haben (Letztverbraucher, Energiehändler), als auch in politischer Hinsicht durch diejenigen, die die Betroffenen vertreten (Verbraucherschutzverbände, interessierte Öffentlichkeit, gewählte Repräsentanten in den jeweiligen Netzgebieten).

Nun ist die Politik gefragt. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Verfassungsbeschwerde nicht anzunehmen, hat den Ball wieder in die Arena der Energiepolitik zurückgespielt. Denn es sind ja letztlich politische Vorgaben aus Bundes- und Europarecht, die aktuell nicht umgesetzt werden. Es gilt, den Netzentgelte-Rechtsrahmen in dieser Legislaturperiode so anzupassen, dass Transparenz wiederhergestellt wird und die Netzentgelte auch durch die zu ihrer Zahlung verpflichteten Netznutzer überprüft werden können. Dies wird in den kommenden Jahren immer wichtiger, da zu erwarten ist, dass die Netzentgelte bald zum größten Kostenblock der Stromrechnung werden könnten.

1 1 BvR 1486/16, 1 BvR 2491/16, 1 BvR 2490/16, 1 BvR 1487/16

2 Einleitung

Die von den Netzbetreibern in Rechnung gestellten Netzentgelte nehmen zu und machen 2018 mit etwa 24 Milliarden Euro² nach den sich aus dem Erneuerbare-Energien-Gesetz ergebenden Kosten vermutlich den zweitgrößten auf die Verbraucher gewälzten Kostenblock der Stromversorgung aus. Mit 250 Euro im Jahr für einen durchschnittlichen Vierpersonenhaushalt beträgt ihr Anteil an den Endkundenpreisen der Haushaltskunden durchschnittlich circa 25 Prozent.

Die Netzentgelte sind für Energielieferanten und Endkunden unvermeidbar. Sie sind auf die Nutzung der Stromnetze als natürliche Monopole angewiesen. Aufgrund der Monopolstellung der Netzbetreiber ist ihr Verhaltensspielraum nicht durch Wettbewerb beschränkt. Daher unterliegt die Entgeltbildung dem Energiewirtschaftsgesetz und den Ausführungsverordnungen der staatlichen Aufsicht durch die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden. Die von infraCOMP für Agora Energiewende erstellte Studie *Transparenzdefizite der Netzregulierung*³ hat aber gravierende Defizite bei der behördlichen Aufsicht zutage gefördert. Dabei sind zwei Phänomene festzustellen:

- Es sind aufgrund der restriktiven Praxis der Regulierungsbehörden und der bisherigen Rechtsprechung praktisch keine Informationen zu den von den Netzbetreibern geltend gemachten und von den Regulierungsbehörden anerkannten Netzkosten verfügbar.
- Es gibt gleichzeitig eine Reihe von Hinweisen darauf, dass die Regulierungsbehörden die Netzentgeltgenehmigungsanträge teilweise nur lückenhaft geprüft haben und teilweise aufgrund von Vergleichen, die mit den Netzbetreibern zur

Vermeidung von Gerichtsverfahren geschlossen wurden, auf eine Prüfung bestimmter Kostenpositionen vollständig verzichtet haben.

Die sich aus diesen lückenhaften Prüfungen ergebenden Mehrkosten tragen im Ergebnis die Netznutzer, ohne sich dagegen wehren zu können. Warum dies im Einzelnen so ist, wird im Folgenden näher erläutert:

3 Fehlende Transparenz der Netzentgelte

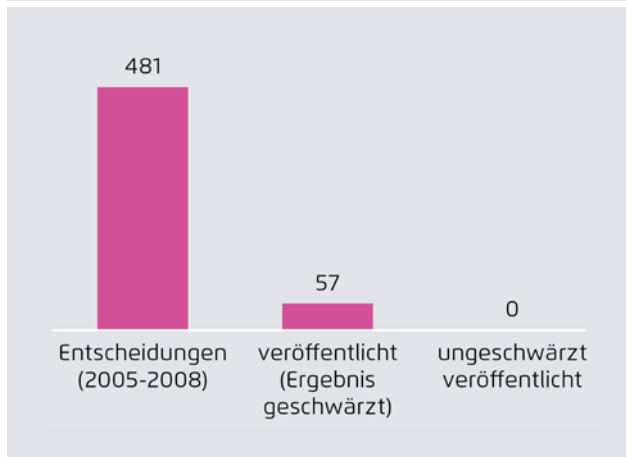
3.1 Keine Veröffentlichung von Regulierungsentscheidungen

Nach § 74 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) sind die Regulierungsbehörden verpflichtet, sämtliche Entscheidungen auf ihren Internetseiten zu veröffentlichen. Dieser Pflicht kommen aber weder die Bundesnetzagentur noch die Landesregulierungsbehörden nach. Von den circa 500 Genehmigungsentscheidungen, die die Bundesnetzagentur in der ersten Phase der Netzentgeltregulierung 2006 bis 2008 (in die auch die Entgeltgenehmigungsentscheidungen gehören, die den Verfassungsklagen zugrunde liegend) getroffen hat, sind lediglich zwölf Prozent in der Beschlussdatenbank der Bundesnetzagentur verfügbar – allerdings in vollständig geschwärzter Form. Deshalb ist aus keiner einzigen dieser „veröffentlichten“ Entscheidungen erkennbar, zu welchem konkreten Prüfungsergebnis die Bundesnetzagentur gelangt ist. Die folgende Übersicht stellt das Ergebnis dieser Untersuchung plastisch dar:

2 Schätzung auf Basis der von der Bundesnetzagentur für rund 200 Stromnetzbetreiber entsprechend dem § 31 ARegV veröffentlichten Erlösobergrenzen www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Transparenz/ARegV31Tabelle_171221.xlsx?__blob=publicationFile&v

3 infraCOMP (2015): Transparenzdefizite der Netzregulierung. Im Auftrag von Agora Energiewende www.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2014/transparenz-energiewirtschaft/Agora_Transparenzdefizite_der_Netzregulierung_WEB.pdf

Abbildung 1 – BNetzA-Genehmigungsentscheidungen Stromnetzentgelte 2005 bis 2008: Veröffentlichung gemäß § 74 EnWG (Anzahl)*



*inklusive Organleihe
Quelle: infraCOMP 2015

Auch die im Rahmen der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) ergangenen Entscheidungen der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden sind weitestgehend unveröffentlicht. Für die zweite Regulierungsperiode (Beginn: 1. Januar 2014) hatte die Bundesnetzagentur – soweit dies auf ihrer Internetseite zu erkennen ist – bis Anfang 2018 keine einzige Entscheidung vollständig veröffentlicht.

Immerhin werden nun die gemäß § 31 Abs. 1 ARegV (alt) veröffentlichungspflichtigen Effizienzwerte der Netzbetreiber für die zweite Regulierungsperiode (2014 bis 2018) von der Bundesnetzagentur und Hessen veröffentlicht, nicht jedoch von den anderen Landesregulierungsbehörden.

Bei den Landesregulierungsbehörden herrscht ebenfalls weitgehende Intransparenz im Hinblick auf die behördlichen Entscheidungen. Von den zehn Landesregulierungsbehörden veröffentlicht lediglich

Baden-Württemberg seit Einführung der Anreizregulierung (1. Januar 2009) immerhin die Ergebnisse der Entscheidungen, nämlich die Erlösobergrenzen und deren Anpassungen im Zeitverlauf.⁴ Eine Veröffentlichung der Entscheidungsgründe gibt es durchweg nicht, mit einer Ausnahme: Seit ihrer Einrichtung 2014 macht die niedersächsische Landesregulierungsbehörde ihre Entscheidungen auf ihrer Internetseite verfügbar, schwärzt jedoch durchgehend sämtliche Ergebnisse⁵, sodass auch in diesem Fall von einer Veröffentlichung der Entscheidung nicht die Rede sein kann.

Auf den jeweiligen Internetseiten der übrigen neun Landesregulierungsbehörden (Bayern, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt) ist keine einzige unternehmensindividuelle Netzkostenentscheidung zu finden – obwohl diese Länder seit Regulierungsbeginn im Jahr 2005 zusammen weit über 2.000 Entscheidungen getroffen haben, die allesamt veröffentlichungspflichtig sind (siehe folgende Tabelle 1).

4 www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg/strom/weitere-bekanntmachungen/erloesobergrenzen-effizienzwerte-und-anpassungen/

5 www.regulierung.niedersachsen.de/startseite/entscheidungen/

Tabelle 1 – Veröffentlichungspraxis der Regulierungsbehörden in 2018

Regulierungsbe- hörde*	Anzahl der Stromnetz- betreiber** (ca.)	Anzahl der Strom- netzentgelt- Entscheidungen (geschätzt)***	Gemäß § 74 EnWG auf Internetseite ver- öffentlicht?	Ergebnisse (EOG) veröffentlicht?
Baden-Württemberg	110	440	nein	ja (100 %)
Bayern	233	932	nein	nein
Hessen	39	156	nein	nein
Meckl.-Vorpommern	18	72	nein	nein
Niedersachsen	57	228	nein	nein
Nordrhein-Westfalen	95	380	nein	nein
Rheinland-Pfalz	50	200	nein	nein
Saarland	20	80	nein	nein
Sachsen	33	132	nein	nein
Sachsen-Anhalt	26	104	nein	nein
	681	2.724		
Bundesnetzagentur				
<i>originäre Zuständig- keit</i>	96	384	< 15 % (alle geschwärzt)	nein
<i>Organleihe****</i>	94	376		
	871	3.484		

Quelle: Internetseiten der Regulierungsbehörden; infraCOMP

* Hamburg verfügt als Sonderfall weder über eine Regulierungsbehörde noch über einen Organleihevertrag mit der Bundesnetzagentur, da die örtlichen Strom- und Gasnetzbetreiber in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur fallen;

** Nur wenige Regulierungsbehörden haben eine Liste der Stromnetzbetreiber in ihrer jeweiligen Zuständigkeit veröffentlicht

*** ohne Entscheidungen zur Mehrerlösabschöpfung, zu Erweiterungsfaktoren, Investitionsbudgets, individuellen Netzentgelten etc. sowie ohne Korrekturbeschlüsse; Grundlage der Schätzung: vier Entscheidungen je Netzbetreiber (zwei Entgeltgenehmigungsrunden 2006/07 und 2008 und zwei Festlegungen der Erlösobergrenzen (Regulierungsperioden 2009/13 und 2014/18))

**** Fünf Bundesländer haben die Bundesnetzagentur mit der Wahrnehmung der Aufgaben beauftragt (Organleihe): Berlin, Brandenburg, Bremen, Schleswig-Holstein, Thüringen.

3.2 Pressemitteilungen der Bundesnetzagentur zu den Genehmigungsergebnissen unpräzise

Angaben zu ihrer Regulierungstätigkeit hat die Bundesnetzagentur in der Phase vor Einführung der Anreizregulierung 2009 regelmäßig in Pressemitteilungen gemacht. Dort wurden unternehmensspezifische Prozentsätze zu den erreichten Absenkungen mitgeteilt. Es handelte sich jedoch nicht um die Absenkungen im Vergleich zu den bisherigen Entgelten und erzielten Erlösen, sondern um die

Absenkungen in Bezug auf den gestellten Antrag. Aber selbst diese Zahl ist nicht verlässlich, weil Netzbetreiber regelmäßig kurz vor Erteilung der Genehmigung den Antrag geändert und die beantragte Summe abgesenkt haben, sodass der veröffentlichte Prozentsatz entsprechend niedriger ausfiel. Insoweit ist auf der Grundlage dieser Pressemitteilungen im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur tatsächlich erzielten Kostensenkungen keine Analyse durchführbar.

3.3 Wenig Informationen über Verhandlungslösungen und Nebenabreden der Regulierungsbehörden mit Netzbetreibern

Die immense Anzahl der Genehmigungsanträge und der Festlegungen im Rahmen der Anreizregulierung, die die Regulierungsbehörden in den vergangenen zehn Jahren zu bescheiden beziehungsweise zu treffen hatten, veranschaulicht, dass die Regulierungsbehörden vor keiner geringen Herausforderung standen. Insbesondere die Landesregulierungsbehörden waren personell unzureichend ausgestattet, aber auch die Bundesnetzagentur hatte für eine Antragszahl von 250 im November 2005 keine ausreichende Personalausstattung. Hinzu kamen im Zeitverlauf noch die zahlreichen Gerichtsverfahren (Anzahl 2009: 770 mit Beteiligung der Bundesnetzagentur⁶), die durch Beschwerden der Netzbetreiber bei den zuständigen Gerichten zu führen waren. Es mag diese Belastung gewesen sein, die dazu geführt hat, dass die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden sich bereits in der ersten Genehmigungsrunde für Verhandlungslösungen offen zeigten.⁷ Einher gingen solche Verhandlungslösungen regelmäßig mit einem Rechtsmittelverzicht des Netzbetreibers.⁸ Darüber, welche Gegenleistung Netzbetreiber für den Verzicht auf die Beschwerde

erhielten, kann nur spekuliert werden, da es hierzu keine Verlautbarungen der Bundesnetzagentur oder der Landesregulierungsbehörden gibt. Nachdem über Jahre hinweg nur vermutet wurde, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Anreizregulierung zu den Festlegungen der Erlösbergrenzen ergänzende „öffentlich-rechtliche Verträge“ schließt⁹, hat die Bundesnetzagentur im August 2016 gut zwei Dutzend dieser Verträge auf ihrer Internetseite verfügbar gemacht.¹⁰ Jedoch sind auch diese Entscheidungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Einzelheiten vollständig geschwärzt. Darüber hinaus weisen einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs darauf hin, dass sich die Bundesnetzagentur in zahlreichen Gerichtsverfahren mit den jeweiligen Netzbetreibern im Wege eines Vergleichs auf die Einstellung des Verfahrens geeinigt hat¹¹, ohne dass jedoch der Inhalt dieser Vergleiche bekannt geworden ist. Ohne Kenntnis des Regelungsgehalts und der Reichweite all dieser unveröffentlichten Nebenabreden ist jedoch eine Bewertung des Regulierungsergebnisses nicht möglich.

6 Bundesnetzagentur (2010): Jahresbericht 2009 www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2009/Jahresbericht20091d18409pdf.pdf, S. 197

7 bereits Anfang 2006: Schalle, H. ; Boos, P. (2006): Stromnetzentgeltprüfungen durch die Regulierungsbehörden – Erfahrungen und bevorstehende Auseinandersetzungen. ZNER, Heft 1, 2006, S. 26:

„Im Rahmen der Erörterungen zum Ansatz von tatsächlichen Kostenpositionen oder Schlüsselungen zeigen sich die Regulierungsbehörden zur Vereinfachung des Verfahrens teilweise durchaus ‚verhandlungsbereit‘. Es ist anlässlich der Vor-Ort-Prüfungen möglich, sich mit den Prüfern über einzelne Kostenpositionen – selbstverständlich nicht die Höhe der Netzentgelte insgesamt – zu einigen.“; ebenso Tschentscher, D. (2009): Festlegung von Stromnetzentgelten in Deutschland und Österreich: Eine vergleichende Untersuchung der bei den behördlichen Verfahren auftretenden Rechtsfragen, S. 207: „Denn da den Regulierungsbehörden nicht daran gelegen ist, in zahlreichen Gerichtsverfahren die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Bescheide verteidigen zu müssen, kann der Verzicht auf die Beschwerdeeinlegung ein wichtiger Aspekt bei der Findung der genehmigungsfähigen Kosten sein. In den Gesprächen mit der Bundesnetzagentur spielte diese Frage insbesondere im Rahmen der ersten Entgeltgenehmigungsrunde eine wichtige Rolle.“

8 vgl. zu den Rechtsmittelverzichtserklärungen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.08.2007 - VI-3 Kart 6/07, juris, Rz. 13; OLG Koblenz, Beschl. v. 19.08.2010, W 91/09 Kart, S. 2; ovag Netz AG, Jahresabschluss zum 31. Dezember 2007 (veröffentlicht im elektronischen Bundesanzeiger): „Die ovag Netz AG hat im Rahmen der ersten Netzentgeltgenehmigungsrunde Rechtsmittelverzicht gegenüber der BNetzA erklärt, sodass gegen den Netzentgeltbescheid keine rechtlichen Schritte eingeleitet wurden.“

9 zum Beispiel Bundesnetzagentur (27.11.2014): Hinweise für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlösbergrenze für das Kalenderjahr 2015 www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Strom/Erloesobergengrenzen/HinweiseEOG_pdf.pdf, S. 8: „Sofern ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Beschlusskammer und Netzbetreiber geschlossen wurde, sind die daraus resultierenden Ansätze in der Erlösbergrenze 2015 zu berücksichtigen.“

10 www.bundesnetzagentur.de/cdn_1421/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer8/BK8_01_Aktuelles/C3%B6ffentlich-rechtliche%20Vertr%C3%A4ge/BK8_%C3%B6ffentlich-rechtliche%20Vertr%C3%A4ge.html

11 vgl. zum Beispiel BGH, Beschl. v. 03.02.2014 – EnVR 11/11, juris.

4 Bewertung der Anreizregulierung: Ertragslage (Erfolg) der Netzbetreiber wird nicht analysiert

Im Rahmen der Evaluierung der Anreizregulierung hat die Bundesnetzagentur ein breites Themenspektrum bewältigt¹² und damit angeknüpft an ihren ebenfalls detailreichen Bericht aus dem Jahr 2006 zur Einführung der Anreizregulierung.¹³

Eines der Themenfelder, dem sich die Bundesnetzagentur in ihrem Evaluierungsbericht zur Anreizregulierung widmet, ist die „Kosten- und Erlösentwicklung“. Für Netzbetreiber und Netznutzer stellt dieser Bereich – jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht – das vermutlich bedeutsamste Themenfeld dar. Auch die Bundesnetzagentur selbst nennt die Analyse, „wie sich die Kosten- und Erlössituation der Netzbetreiber unter dem Rechtsrahmen der ARegV entwickelt haben“, in ihrem *Vorhabenplan 2014* in Bezug auf die Evaluierung an erster Stelle.¹⁴

Die Evaluierung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Entwicklung der Kosten- und Erlössituation erfolgte auf der Grundlage von Leitfragen. Eine dieser Fragen lautete:

„Wie hat sich der wirtschaftliche Erfolg von Netzbetreibern entwickelt?“¹⁵

Aus Sicht sowohl der Netzbetreiber als auch der Netzkunden, der Verbraucher, ist diese Frage in wirtschaftlicher Hinsicht von zentraler Bedeutung. Auch die Bundesnetzagentur hebt die Bedeutung der Frage hervor, indem sie darauf hinweist, dass

„[die] Diskussion um den wirtschaftlichen Erfolg der Netzbetreiber seit Einführung der Anreizregulierung eng mit dem zeitlichen Auseinanderfallen zwischen dem Investitionszeitpunkt und dem Zeitpunkt der Erlöswirkung verbunden [ist]. Seitens der Netzbetreiber und ihrer Verbände wurde regelmäßig auf die mangelnde Auskömmlichkeit und damit den verminderten wirtschaftlichen Erfolg durch nicht ausreichend vergütete Investitionen verwiesen.“¹⁶

Verwunderlich aber ist, dass dem Evaluierungsbericht nicht zu entnehmen ist, welche Bestimmungsgrößen die Bundesnetzagentur für die Analyse des wirtschaftlichen Erfolgs ausgewählt hat. Der Evaluierungsbericht enthält lediglich den Hinweis, dass in dem von der Netzagentur beauftragten Gutachten

12 Die Themenfelder umfassen: „Kosten und Erlösentwicklung“, „Investitionsverhalten und Kosten und Erlöse“, „Innovation“, „Entwicklung der Effizienz“, „Innovation“, „Entwicklung der Effizienz“, „Versorgungsqualität“, „Stabilität des Regulierungsrahmens“ und „Verfahren der Anreizregulierung“, vgl. Bundesnetzagentur (21.01.2015): Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung: Bericht der Bundesnetzagentur für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Evaluierung der Anreizregulierung, insbesondere zum Investitionsverhalten der Netzbetreiber, mit Vorschlägen zur weiteren Ausgestaltung www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2015/ARegV_Evaluierungsbericht_2015.pdf, S. 26 ff.

13 Bundesnetzagentur (30.06.2006): Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Anreizregulierung/BerichtEinfuehrungAnreizregulierung.pdf.

14 Bundesnetzagentur (2014): Jahresbericht 2013 www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2014/140506Jahresbericht2013NichtBarrierefrei.pdf, S. 136.

15 Bundesnetzagentur (21.01.2015): Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung: Bericht der Bundesnetzagentur für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Evaluierung der Anreizregulierung, insbesondere zum Investitionsverhalten der Netzbetreiber, mit Vorschlägen zur weiteren Ausgestaltung www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2015/ARegV_Evaluierungsbericht_2015.pdf, S. 26; oder auch Bundesnetzagentur (16.06.2014): Evaluierung der Anreizregulierung. Vortrag beim Institut für Energie- und Regulierungsrecht http://files.enreg.eu/2014/14_06_13_Energie/Vortrag_Sasse.pdf, S. 16: „Zahlen wir zu viel? Oder zu wenig?“

16 Bundesnetzagentur (21.01.2015): Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung: Bericht der Bundesnetzagentur für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Evaluierung der Anreizregulierung, insbesondere zum Investitionsverhalten der Netzbetreiber, mit Vorschlägen zur weiteren Ausgestaltung www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2015/ARegV_Evaluierungsbericht_2015.pdf, S. 156

von der DIW Econ GmbH zum Investitionsverhalten der Strom- und Gasnetzbetreiber die Eigenkapitalrenditen als Bestimmungsgrößen für den wirtschaftlichen Erfolg der Netzbetreiber ermittelt und herangezogen wurden.¹⁷ Dem Gutachten von DIW Econ ist hierzu Folgendes zu entnehmen:

Tabelle 2 – Durchschnittliche Eigenkapital- und Umsatzrenditen 2006 bis 2012 (Gas- und Stromnetze)

Eigenkapitalrendite* (handelsrechtlich)		Durchschnitt 2006 bis 2012
Verteilnetz	Strom	14,4%
	Gas	20,3%
Umsatzrendite*		
Verteilnetz	Strom	8,0%
	Gas	19,7%

*jeweils arithmetische Mittelwerte der jeweiligen Stichprobe
Quelle: infraCOMP (2015)

Diese Zahlen sind beachtlich, weil sie für die Zeit ab 2006 eine durchgehend hohe Ertragskraft der Netzbetreiber aufzeigen, aber in deutlichem Kontrast stehen zu Verlautbarungen der Netzbetreiber und deren Verbänden, insbesondere 2011 im Zuge der

Diskussion um die Höhe des behördlich festzulegenden Eigenkapitalzinssatzes. Seinerzeit war vonseiten des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW) davor gewarnt worden, dass die von der Bundesnetzagentur zunächst angekündigte Absenkung des Eigenkapitalzinses ein „fatales Signal“ sei und „die Energiewende und den damit verbundenen Aus- und Umbau der Energienetze gefährdet“.¹⁸ Die Bundesnetzagentur sah sich schließlich unter dem Druck der Netzbetreiber veranlasst, den sogenannten Wagniszuschlag, der maßgeblich die Höhe des Eigenkapitalzinses mit beeinflusst, nicht abzusenken, wie dies der von ihr beauftragte Gutachter hergeleitet und empfohlen hatte¹⁹, sondern unverändert zu lassen²⁰ (siehe Kapitel 5.2).

Trotz der zentralen Bedeutung der Eigenkapitalverzinsung enthält der Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur zur Anreizregulierung aber überraschenderweise keine Angaben zur Höhe der realisierten Eigenkapitalrenditen. Auch Angaben zu Umsatzrenditen oder andere Kennzahlen zur Ertragskraft der Netzbetreiber finden sich in dem Bericht nicht, obwohl die Bundesnetzagentur genau zu diesem Zweck Daten erhoben hatte²¹ und durch ein Beratungsunternehmen (DIW Econ GmbH) hatte analysieren lassen. Das von DIW Econ im Verlauf des Evaluierungsprozesses erstellte Gutachten²² enthält einige Zahlen zur Umsatzrendite und Eigenkapitalrendite (siehe oben), allerdings lediglich in hochaggrierter Form. Dass die Bundesnetzagentur

17 ebd., S. 166

18 BDEW (05.10.2011): Stellungnahme zur Konsultation der Bundesnetzagentur zur Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen nach § 7 Abs. 6 StromNEV bzw. GasNEV
[www.bdew.de/internet.nsf/id/86DD6278827B4989C125792000477D25/\\$file/BDEW%20STN%20EKZins%20Strom%20und%20Gas%205%2010%202011.pdf](http://www.bdew.de/internet.nsf/id/86DD6278827B4989C125792000477D25/$file/BDEW%20STN%20EKZins%20Strom%20und%20Gas%205%2010%202011.pdf), S. 4

19 Frontier Economics (2011): Wissenschaftliches Gutachten zur Ermittlung des Zuschlages zur Abdeckung netzbetriebspezifischer unternehmerischer Wagnisse im Bereich Gas. Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur
www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/IBK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK4-GZ/2011/2011_300bis399/BK4-11-304_BKV/BK4-11-304_Gutachten_Wagniszuschlag.pdf

20 Zur Begründung ihrer Abkehr von dem beauftragten Gutachten führte die Bundesnetzagentur den „erheblichen Kapitalbedarf in Zusammenhang mit dem anstehenden Netzausbau aufgrund

des Atomausstiegs und der Energiewende“ an, vgl. Bundesnetzagentur (31.10.2011): Beschluss BK4-11-304 zur Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen für die zweite Regulierungsperiode in der Anreizregulierung, S. 15

21 vgl. Datenerhebung der Bundesnetzagentur im Rahmen der Evaluierung der Anreizregulierung

www.bundesnetzagentur.de/dn_1412/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Evaluierung_Anreizregulierung/Evaluierung_Beginn_Datenerhebung/Evaluierung_Beginn_Datenerhebung_node.html

22 DIW Econ (06.11.2014): Gutachten zum Investitionsverhalten der Strom- und Gasnetzbetreiber im Rahmen des Evaluierungsberichts nach § 33 Abs. 1 ARegV

www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Evaluierung_ARegV/Evaluierung_Gutachten/GA_Investitionsverhalten_ARegV.pdf

insofern diese zentralen Zahlen nicht präsentiert hat, ist überraschend.

Besonders erstaunlich ist aber, dass der Evaluierungsbericht auf jene Leitfrage, wie sich der wirtschaftliche Erfolg der Netzbetreiber entwickelt hat, keine Antwort liefert – obwohl die Frage selbst ausdrücklich Bestandteil der Evaluierung war.

5 Kosten der Intransparenz

Eine unzureichende Transparenz des Regulierungsverfahrens und der Regulierungsergebnisse birgt das Risiko in sich, dass Regulierungsentscheidungen in der Tendenz eher zugunsten der regulierten Unternehmen und eher zulasten der Netznutzer getroffen werden. Mit dem Begriff „Kosten der Intransparenz“ sind insoweit jene Mehrkosten zu verstehen, die allein aufgrund der unzureichenden Transparenz dem am Regulierungsprozess nicht beteiligten Netznutzer aufgebürdet werden und sich bei hinreichender Transparenz mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht eingestellt hätten. Der Effekt ist eine in der ökonomischen Theorie allgemein anerkannte Folge unzureichender Transparenz: Die Vereinnahmung des Regulierers durch die zu regulierenden Unternehmen (*Regulatory Capture*).

Es liegt in der Natur der Sache, dass eine konkrete Bezifferung der Kosten der Intransparenz kaum möglich ist. Gleichwohl kann anhand der nachfolgenden Beispiele anschaulich gemacht werden, dass die wirtschaftlichen Dimensionen durchaus erheblich sein können.

5.1 Vergleichsvereinbarungen/Kompromisse im regulierungsbehördlichen Verfahren

Im Falle der verhandelten Netzentgeltgenehmigungen in der ersten Kostenprüfungsrunde 2006/07, bei denen sich Netzbetreiber mit einem erklärten

Rechtsmittelverzicht den Verzicht der Behörde auf einzelne Kostenkürzungen gewissermaßen erkauft haben, ist fraglich, ob ein solches Verhandlungsergebnis im Falle eines hinreichend transparenten Genehmigungsverfahrens und einer gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit durch die Netznutzer überhaupt möglich wäre. Denn im Hinblick auf die Genehmigung der Netzentgelte eröffnet der Regelungszweck des § 21 Abs. 2 EnWG keinen Raum für ein Entgegenkommen der genehmigenden Behörde gegenüber dem Antragsteller Netzbetreiber.

Das Volumen, um das es geht, ist beträchtlich: Wenn man annimmt, dass das Gesamtvolumen der zu genehmigenden Netzkosten 2014 bei rund 18 Milliarden Euro²³ lag und dass – sehr konservativ geschätzt – die verhandelten Entgeltgenehmigungen zu einer um zwei Prozentpunkte geringeren Kürzung geführt haben, dann beliefen sich die nicht realisierten Kürzungen der Netzkosten auf 360 Millionen Euro pro Jahr. Würde man eine um fünf Prozentpunkte geringere Kürzung infolge der Verhandlungen annehmen, läge der nicht realisierte Kürzungsbetrag sogar bei jährlich 900 Millionen Euro.

5.2 Festlegung der Eigenkapitalverzinsung für die zweite Regulierungsperiode (2014 bis 2018)

Das zweite Beispiel betrifft die Festlegung des Zinssatzes für die Eigenkapitalverzinsung in der zweiten Regulierungsbehörde (2014 bis 2018). Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung stellt – vereinfacht gesprochen – den Gewinn des Netzbetreibers dar. In welcher Größenordnung die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung sich bewegt, ist nicht bekannt, da auch hierzu von den Regulierungsbehörden bislang keine Angaben veröffentlicht wurden. Aus dem Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur zur Anreizregulierung lässt sich jedoch entnehmen, dass jedenfalls für die Netzbetreiberstichprobe, die für die Evaluierung herangezogen wurde, circa zehn

23 Vortrag des Bundesnetzagentur-Referatsleiters Heinz Werner Gottlob bei der 6. Göttinger Tagung zu aktuellen Fragen zur Entwicklung der Energieversorgungsnetze (27. bis 28. März 2014).

2018 dürften diese schon rund 24 Milliarden Euro betragen (siehe Fußnote 2).

Prozent der anerkannten Netzkosten auf die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung entfielen. Bei einem angenommenen Netzkostengesamtvolumen von 18 Milliarden Euro im Jahr 2014 belief sich mithin der Anteil der kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen auf 1,8 Milliarden Euro pro Jahr.

Wie hoch der Eigenkapitalzinssatz ist, bestimmt die Bundesnetzagentur jeweils „vor Beginn einer Regulierungsperiode“. ²⁴ Für die zweite Regulierungsperiode (Beginn: 1. Januar 2014) hat die Bundesnetzagentur den Zinssatz jedoch nicht 2013, wie es vermutlich gesetzeskonform gewesen wäre, sondern bereits 2011 festgelegt. Diese frühzeitige Festlegung hatte erhebliche Auswirkungen auf die Höhe des Zinssatzes, weil die Basis des Eigenkapitalzinssatzes aus dem Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinsliche Wertpapiere der letzten zehn Jahre gebildet wird. Der Durchschnitt der Umlaufrenditen von 2001 bis 2010 betrug 3,80 Prozent. Hätte die Bundesnetzagentur jedoch die Festlegung des Zinssatzes im Verlauf des Jahre 2013 vorgenommen und die Umlaufrenditen der Jahre 2003 bis 2012 zugrunde gelegt, hätte sich ein Zehnjahresdurchschnitt von lediglich 3,25 Prozent ergeben. Die Differenz liegt demnach bei 0,55 Prozentpunkten (3,80 Prozent minus 3,25 Prozent). Hochgerechnet auf den Eigenkapitalzinssatz beträgt die Differenz sogar 0,68 Prozentpunkte (9,05 Prozent minus 8,37 Prozent):

→ Zinssatz 2014 bis 2018 bei Festlegung 2011:

9,05 Prozent

→ Zinssatz 2014 bis 2018 bei Festlegung 2013:

8,37 Prozent

Anders formuliert: Durch die um zwei Jahre verfrühte Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für die zweite Regulierungsperiode beträgt der Zinssatz seit dem 1. Januar 2014 nicht 8,37 Prozent, sondern 9,05 Prozent.

Wirtschaftlich bedeutet dies, dass – bei den gemachten Annahmen – die jährliche Eigenkapitalverzinsung, die in die Netzkosten einfließt, infolge der verfrühten Festlegung im Jahr 2011 um circa 145 Millionen Euro pro Jahr höher ausfällt, als dies bei einer Festlegung im Jahr 2013 der Fall gewesen wäre. Auf die Regulierungsperiode gerechnet (fünf Jahre) summiert sich diese Differenz auf circa 720 Millionen Euro.

Auch bei der Bestimmung der zweiten Komponente des Eigenkapitalzinssatzes, dem sogenannten Wagniszuschlag, kam es zu einer überraschenden Entscheidung der Bundesnetzagentur. Während die von der Bundesnetzagentur selbst beauftragten Gutachter eine Absenkung des Wagniszuschlages von 3,59 Prozentpunkten auf 2,90 Prozentpunkte hergeleitet und empfohlen hatten und die Bundesnetzagentur dies in ihrem Beschlussentwurf zunächst so übernommen hatte, beließ sie schließlich den Wagniszuschlag überraschend bei 3,59 Prozentpunkten, ohne ihre Entscheidung gemäß den Vorgaben des § 7 Abs. 5 Stromnetzentgeltverordnung (Strom-NEV) ²⁵ hergeleitet zu haben. ²⁶

Auch diese Entscheidung wirkt sich sehr spürbar auf die Höhe des Eigenkapitalzinssatzes aus. Denn hätte die Bundesnetzagentur den Zinssatz erst 2013 und

24 Einschlägig ist § 7 Abs. 6 StromNEV, im Wortlaut: „Über die Eigenkapitalzinssätze nach § 21 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes entscheidet die Regulierungsbehörde in Anwendung der Absätze 4 und 5 vor Beginn einer Regulierungsperiode nach § 3 der Anreizregulierungsverordnung, erstmals zum 1. Januar 2009, durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes. Die Festlegung nach Satz 1 erfolgt jeweils für die Dauer einer Regulierungsperiode nach § 3 der Anreizregulierungsverordnung.“

25 § 7 Abs. 5 StromNEV im Wortlaut: „1. Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf diesen Märkten; 2. durchschnittliche Verzinsung des Eigenkapitals von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf ausländischen

Märkten; 3. beobachtete und quantifizierbare unternehmerische Wagnisse“.

26 Die Bundesnetzagentur zog stattdessen den zuvor selbst propagierten sogenannten „CAPM-Ansatz“ in Zweifel, ohne diese Zweifel jedoch in quantitativer Hinsicht zu konkretisieren oder gar zu belegen. Stattdessen heißt es in dem Beschluss zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze in Bezug auf den Wagniszuschlag: „Eine Überprüfung des aktuellen Ergebnisses aus dem CAPM-Ansatz vor dem Hintergrund der zurückliegenden und anhaltenden Entwicklungen an den Kapitalmärkten hat ergeben, dass sich eine Erholung an den Kapitalmärkten abzeichnet. Die uneingeschränkte Verwendung des CAPM-Ergebnisses könnte unter diesen Umständen zu einer Unterschätzung des Zuschlages zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer

unter Berücksichtigung des von den Gutachtern empfohlenen Wagniszuschlags festgelegt, hätte sich statt 9,05 Prozent ein Eigenkapitalzinssatz von nur 7,53 Prozent ergeben.

→ Zinssatz 2014 bis 2018 bei Festlegung im Jahr 2013 und Gutachterempfehlung bezüglich Wagniszuschlag: **7,53 Prozent**

In wirtschaftlicher Hinsicht beläuft sich allein der Unterschied zwischen einem Wagniszuschlag von 2,90 Prozentpunkten und 3,59 Prozentpunkten bei den dargestellten Annahmen auf circa 185 Millionen Euro pro Jahr (circa 925 Millionen Euro pro Regulierungsperiode von fünf Jahren). Beide Aspekte zusammengenommen, also die verfrühte Festlegung des Zinssatzes und der Verzicht auf die empfohlene Absenkung des Wagniszuschlages, entsprechen einer Differenz von circa 360 Millionen Euro pro Jahr beziehungsweise circa 1,8 Milliarden Euro pro fünfjährige Regulierungsperiode.

Auch hier stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis zustande gekommen wäre, wenn Transparenz im Hinblick auf die wirtschaftliche Dimension der Entscheidung bestanden hätte. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich, dass die Entscheidungen der Bundesnetzagentur ganz erhebliche (Mehr-)Kosten für die Verbraucher verursachen können. Eine Diskussion darüber, ob diese Mehrkosten – wie die Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss darlegt – in Anbetracht der Aufgaben der Energiewende tatsächlich erforderlich sind und insbesondere von den Verbrauchern akzeptiert werden, fand indes nicht statt. Insoweit ist es nicht auszuschließen, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur im Hinblick auf den festgelegten Zinssatz eher bei 7,53 Prozent als bei 9,05 Prozent gelegen hätte, wenn Transparenz im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen gegeben gewesen wäre.

Wagnisse führen. Vor diesem Hintergrund hält die Beschlusskammer nicht an der im Konsultationsverfahren vorgeschlagenen Absenkung des Zuschlags zur Abdeckung Netzbetriebs spezifischer unternehmerischer Wagnisse fest.“ Bundesnetzagentur

6 Rechtspolitischer Hintergrund

Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in den Verfahren EnZR 50/14 und EnZR 22/14 einschließlich der jeweiligen vorinstanzlichen Entscheidungen. Das von den Verfassungsbeschwerden beschriebene rechtsstaatliche Problem dieser Entscheidungen erschließt sich aus dem Zusammenhang mit der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Ausschluss der Anfechtung von Entgeltgenehmigungen der Regulierungsbehörden und zum Schutz der Netz- und Kalkulationsdaten der Netzbetreiber als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis.

6.1 Rechtsprechung zur Anfechtung von Entgeltgenehmigungen der Regulierungsbehörden

Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die vom Bundesgerichtshof wohl geteilt wird, können zwar Netzbetreiber Beschwerde gegen eine Entgeltgenehmigung der Regulierungsbehörden erheben und so die Genehmigung eines höheren Entgeltes erreichen. Netznutzern, welche im Ergebnis die Netzentgelte an den Netzbetreiber zu zahlen haben, steht jedoch kein Beschwerderecht zu. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dies damit begründet, dass es sich bei der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG um eine Höchstpreisgenehmigung handele, die der zivilrechtlichen Umsetzung bedürfe und nicht dem Schutz des einzelnen Netznutzers diene. Die Entgeltgenehmigung habe keine privatrechtsgestaltende Wirkung. Die verbindliche Fixierung der regulierungsbehördlich gestatteten Netznutzungsentgelte erfolge im Verhältnis zwischen Netznutzer und Netzbetreiber erst durch dessen unternehmerische Entscheidung. Diese ihm überlassene Umsetzung sei ein Vorgehen nach § 315 Abs. 1 BGB, das daher grundsätzlich der Billigkeitskontrolle

(31.10.2011): Beschluss BK4-11-304 zur Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen für die zweite Regulierungsperiode in der Anreizregulierung, S. 14 f.

unterliege.²⁷ Diese Auffassung scheint der Bundesgerichtshof grundsätzlich zu teilen.²⁸

Aufgrund der nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofes fehlenden rechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigungen ist einem Netznutzer wie der Beschwerdeführerin und auch einem die Netzgelte zahlenden Endkunden eine gerichtliche Überprüfung der Entgeltgenehmigungsentscheidungen der Regulierungsbehörden verwehrt. Die Rechtsprechung verweist ihn auf den Zivilrechtsweg und eine Überprüfung nach § 315 BGB.

Für die Überprüfung der Netzentgelte der vorgelagerten Netzbetreiber schließt der Bundesgerichtshof sogar jegliche Überprüfungsmöglichkeit aus, also auch auf dem Zivilrechtsweg. Netznutzer zahlen stets an den Netzbetreiber Netznutzungsentgelte, aus dessen Netz sie Energie entnehmen. Bei der Netznutzung werden jedoch auch die vorgelagerten Netze (mit höheren Spannungsebenen bis hin zu den Höchstspannungsnetzen) in Anspruch genommen. Die entsprechenden Kosten werden gemäß § 14 StromNEV von den vorgelagerten Netzbetreibern zu den nachgelagerten Netzbetreibern gewälzt (sogenannte vertikale Kostenwälzung) und in die Netzentgelte des jeweiligen nachgelagerten Netzbetreibers einkalkuliert. Die Kosten des vorgelagerten Netzbetreibers muss der Netznutzer daher über seine an den nachgelagerten Netzbetreiber gezahlten Netznutzungsentgelte mitbezahlen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Überprüfung dieser Kosten des vorgelagerten Netzes jedoch kategorisch auch im Zivilverfahren ausgeschlossen.²⁹ Allein die von den Betreibern der Höchstspannungsnetze und der regionalen Hochspannungsnetze weitergewälzten und in den

Netzentgelten der nachgelagerten Netzbetreiber enthaltenen Kosten betragen jedoch 2018 fast sechs Milliarden Euro.³⁰ Diese Kostenbelastung müssen Netznutzer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ohne jede Überprüfungsmöglichkeit klaglos hinnehmen.

6.2 Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Wie dargelegt hat der die Netzentgelte zahlende Netznutzer auch keine Möglichkeit, vom Inhalt der Netzentgeltgenehmigungsentscheidung oder der entsprechenden Entgeltgenehmigungsanträgen der Netzbetreiber Kenntnis zu erlangen. Nach der bisherigen Praxis der Regulierungsbehörden und der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofes kann sich der Netzbetreiber stets umfangreich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen.³¹

Diese Rechtsprechung ist höchst problematisch. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis immer dann schützenswert, wenn zu befürchten steht, dass die Offenbarung einer bestimmten Information die Wettbewerbsposition des Informationsinhabers beschädigen könnte.³² Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt geurteilt, dass ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse nur dann vorliegt, wenn die Offenlegung der Informationen geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen.³³

Ruft man sich insoweit in Erinnerung, dass die staatliche Regulierung der Strom- und Gasnetze gerade auf den Monopolcharakter des Netzbetriebs

27 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 [V], juris, Rz. 32 ff.

28 BGH, Urt. v. 15.05.2012, EnZR 105/10, Rz. 26 bis 29, juris – Stromnetznutzungsentgelt V.

29 BGH, Beschl. v. 06.10.2014 – EnZR 72/15, juris, Rz. 16.

30 RAP/Agora Energiewende (2018): Netzentgelte 2018 www.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2014/transparenz-energiewirtschaft/Agora_RAP_

Netzentgelte_2018_WEB.pdf; Bundesnetzagentur: Veröffentlichung der Erlösobergrenzen

31 BGH, Beschl. v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Stadtwerke Konstanz, juris, Rz. 77; BGH, Beschl. v. 07.10.2014, EnVR 25/12, juris, Rz. 32 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.03.2007, VI-3 Kart 289/06 [V], juris, Rz. 5 ff.

32 BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006, 1 BvR 2087/03, juris, Rz. 85

33 BVerfG, Beschl. v. 19.01.2012 - 20 F 3.11, juris, Rz. 8

und den folglich fehlenden Wettbewerb gründet, wird deutlich, dass die Gefahr einer Beeinflussung der „Wettbewerbsposition“ eines Strom- oder Gasnetzbetreibers von vorneherein ausgeschlossen werden kann – der Netzbetreiber ist und bleibt Monopolist.

Hinweise darauf, inwieweit Monopolisten generell Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben können beziehungsweise geltend machen dürfen, hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg gegeben. Im Falle der Berliner Wasserbetriebe hatte das Gericht die Schutzbedürftigkeit von Kalkulationsdaten für deren Berliner Geschäft verneint: Den Wasserbetrieben könnten, so das Gericht, aufgrund ihrer Monopolstellung aus der Preisgabe dieser Informationen keine Wettbewerbsnachteile entstehen.³⁴ In einem anderen Fall stellte das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg klar, dass „das Erfordernis einer Wettbewerbsrelevanz der betreffenden Information dem Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses immanent [ist]“.³⁵ Insbesondere, so das Gericht, genüge für das Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses weder ein bloß subjektiv empfundener Nachteil noch ein irgendwie gearteter Nachteil, der keinen Bezug auf die grundrechtlich geschützte Teilnahme des Unternehmens am Wettbewerb hat.³⁶

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist überraschend, dass der Bundesgerichtshof trotz des Monopolcharakters des Strom- und Gasnetzbetriebes unlängst die Auffassung vertreten hat, dass die von der Bundesnetzagentur im Rahmen des Effizienzvergleichs (Anreizregulierung) erhobenen Daten Geschäftsgeheimnisse seien.³⁷ Die entsprechenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs konstatieren ein berechtigtes Interesse der Netzbetreiber, legen aber nicht dar, worin das berechnete

Interesse der Netzbetreiber an einer Nichtverbreitung der Daten besteht oder bestehen könnte. Immerhin liegt mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. Februar 2016 nun erstmals ein Urteil vor, in dem sich ein Gericht eingehend mit der Frage von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei einem Stromnetzbetreiber auseinandergesetzt hat. Im konkreten Fall entschied das Verwaltungsgericht, dass dem vom Kläger gestellten Informationszugangsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes hätte stattgegeben werden müssen, da die Bundesnetzagentur das Ergebnis einer ihrer Netzkostenentscheidungen nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis hätte behandeln dürfen.³⁸

Das Verwaltungsgericht Köln stellte zutreffend fest, dass das Stromnetz ein natürliches Monopol darstelle und andere Netzbetreiber durch Veröffentlichung von Kennzahlen des jeweils anderen Monopolisten keinen Wettbewerbsvorteil erlangen würden. Deshalb läge kein schützenswertes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vor.

7 Rechtliche Würdigung

Die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, dass die angegriffenen Gerichtsentscheidungen verfassungswidrig sind, war hoch plausibel. Denn die vom Bundesgerichtshof vertretene Auffassung, dass der Netzbetreiber sich zur Darlegung der Billigkeit der von ihm verlangten Netzentgelte auf die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG stützen solle, da diese ein gewichtiges Indiz für die Billigkeit und Angemessenheit der Entgelte darstelle, verletzt das Recht auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, das Recht auf prozessuale Waffengleichheit gemäß Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsgebot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und in

34 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil 12 B 11.07 vom 02.10.2007, juris, Rz. 33

35 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil 12 B 50.09 vom 16.01.2014, juris, Rz. 48

36 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil 12 B 50.09 vom 16.01.2014, juris, Rz. 48

37 BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12 („Stadtwerke Konstanz GmbH“), juris, Rz. 77; BGH, Beschl. v. 07.10.2014 - EnVR 25/12, juris, Rz. 33

38 VG Köln, Urt. v. 25.02.2016, 13 K 5017/13, juris

der konkreten Ausprägung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache EnZR 72/14 (Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1487/16) das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt im Ergebnis dazu, dass jeder Netznutzer und Endkunde die von den Regulierungsbehörden genehmigten Entgelte klaglos hin zunehmen hat. Allein der Netzbetreiber kann durch eine Beschwerde gegen die Netzentgeltgenehmigung höhere Netzentgelte erreichen. Der die Netzentgelte im Ergebnis aber tragende Netznutzer ist jedoch nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs daran gehindert, die Genehmigung eines niedrigeren Entgeltes zu erreichen.

Die fehlende Anfechtungsmöglichkeit für die Netznutzer könnte noch hinnehmbar sein, wenn der Entgeltgenehmigung tatsächlich keine privatrechtsgestaltende Wirkung im Verhältnis zwischen Netznutzer und Netzbetreiber zukommt. Dem widerspricht aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach welcher der Entgeltgenehmigung eine Indizwirkung für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB zukommt. Damit hat die Entgeltgenehmigung im Ergebnis doch wieder eine privatrechtsgestaltende Wirkung. Unabhängig von der damit verbundenen Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit und effektiven Rechtsschutz ist aber schon der Rechtssatz, dass eine staatliche Maßnahme die Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit in sich trägt, rechtsstaatlich verfehlt. Es gibt einen solchen Rechtssatz nicht. Auch im Verwaltungsprozess gibt es keine Vermutung für die Richtigkeit von Klägern angefochtener staatlicher Entscheidungen. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt jedermann das Recht, jede staatliche Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Dieses Recht wird durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Ausschluss der Beschwerde von Netznutzern gegen Entgeltgenehmigungsentscheidungen und Indizwirkung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung im zivilrechtlichen Verfahren) unterlaufen.

Tatsächlich ist die Vermutung der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Regulierungsbehörden auch nicht empirisch nachweisbar. Wie dargelegt und auch in den Verfassungsbeschwerden ausführlich beschrieben, weisen die Entgeltgenehmigungsentscheidungen der Regulierungsbehörden eine Reihe ganz offensichtlicher Defizite auf. Die Regulierungsbehörden haben teilweise die gesetzlichen Vorgaben nicht vollständig umgesetzt, sie haben nur lückenhafte Prüfungen vorgenommen und im Rahmen von Absprachen mit den Netzbetreibern teilweise auf Prüfungen gänzlich verzichtet.

Selbst wenn man aber den Entgeltgenehmigungen eine Indizwirkung für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte nach § 315 Abs. 1 BGB entnehmen wollte, dann würde der vollständige Ausschluss der die Netzentgelte zu zahlenden Netznutzer vom Zugang zu den Entgeltgenehmigungen und den zugrundeliegenden Entgeltgenehmigungsanträgen der Netzbetreiber spätestens dazu führen, dass das Recht auf prozessuale Waffengleichheit und auf effektiven Rechtsschutz verletzt würde und zudem auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot vorläge. Es ist zutiefst widersprüchlich und würde im Ergebnis den Rechtsschutz der Netznutzer vollständig leerlaufen lassen, wenn ihnen in einem Zivilprozess eine Entgeltgenehmigung entgegengehalten werden könnte, deren Inhalt sie gar nicht kennen, weil sie von den Regulierungsbehörden nicht veröffentlicht und von den Netzbetreibern in den Zivilverfahren nicht vorgelegt werden müssen.

Selbst wenn die Entgeltgenehmigungen in ungeschwätzter Form veröffentlicht werden würden, würde dies allein nicht ausreichen, um nach den Anforderungen des Bundesgerichtshofs ihre Indizwirkung für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte erschüttern zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müsste der Netznutzer unter anderem darlegen, dass die Netzbetreiber unzutreffende Angaben in ihren Entgeltgenehmigungsanträgen gemacht haben und die

Regulierungsbehörde die Angaben der Netzbetreiber nicht oder falsch gewürdigt hat. Dies ist den Nutzern aber nicht möglich, weil sie nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs keinen Anspruch auf Zugang zu den Entgeltgenehmigungsanträgen der Netzbetreiber erhalten. Die Rechtsprechung, nach der es sich bei diesen Unterlagen weitgehend um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, ist aus den dargelegten Gründen falsch und nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vereinbar (siehe oben). Solange diese (rechtswidrige) Praxis der Regulierungsbehörden und der Gerichte aber fortbesteht, verletzt es das Recht auf prozessuale Waffen-gleichheit, auf effektiven Rechtsschutz und verstößt gegen das Willkürverbot, dem Netznutzer in einem von ihm angestregten Zivilprozess gegen den Netzbetreiber zur Feststellung der Unbilligkeit der Netzentgelte eines Netzbetreibers nach § 315 Abs. 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die von den Netzbetreibern im Genehmigungsverfahren gemachten Angaben entweder unzutreffend oder lückenhaft sind oder die Würdigung dieser Angaben durch die Regulierungsbehörde fehlerhaft war. Ein Netznutzer kann diese Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast nie erfüllen, da er nicht nur die Entgeltgenehmigung nicht kennt, sondern auch keinen Zugang zu den Entgeltgenehmigungsanträgen und der behördlichen Verfahrensakte hat.

8 Resümee

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung vom September 2017 abschließend deutlich gemacht, dass auf dem Zivilrechtsweg Beschwerden gegen die Netzentgelte aus Sicht des Gerichts nicht durchsetzbar sind. Das ist bedauerlich, denn das Rechtsstaatsdefizit in der Umsetzung der Netzregulierung besteht somit fort.

Damit ist jetzt der Gesetzgeber am Zug. Es liegt jetzt an Bundesregierung und Bundestag, die von ihnen erlassenen Transparenzregelungen durchzusetzen und dafür zu sorgen, dass die Höhe der Netzentgelte von der Öffentlichkeit effektiv kontrolliert werden kann. Denn gerade die steigenden Netzkosten sind und werden im Zuge der Energiewende weiter für Diskussionen sorgen. Entsprechend ist die Bundesregierung in der Verantwortung, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der es dem Verbraucher erlaubt, die für die Nutzung des Leitungsmonopols anfallenden Kosten in der Sache und Höhe nachzuvollziehen und überprüfen zu lassen. Für das Gelingen der Transformation im Energiesektor ist dessen weitere Akzeptanz eine Voraussetzung. Transparenz wird hierfür elementar sein.

Agora Energiewende

Anna-Louisa-Karsch-Straße 2 | 10178 Berlin

P +49. (0) 30. 7001435-000

F +49. (0) 30. 7001435-129

www.agora-energiewende.de

info@agora-energiewende.de