

# Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Experten- gremium für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und EuGH

## Ein Diskussionspapier der Netze BW

Stuttgart, 01. September 2021  
Netze BW

Dr. Birgit Staiger, Dr. Tobias Pfrommer, Sabine Streb

## 1 Einleitung

Am 2. September wird der Europäische Gerichtshof (EuGH) das Urteil im Rechtsstreit der EU-Kommission mit der Bundesrepublik Deutschland bekannt geben. Zentraler Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob das Ausmaß der rechtlichen Normierung der deutschen Strom- und Gasnetzregulierung zu umfassend und dadurch die europarechtlich verankerte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur unzulässig eingeschränkt ist. Folgt der EuGH dem Schlussantrag des Generalanwalts, könnten viele der aktuellen verordnungsrechtlichen Regelungen zur Regulierung der Strom- und Gasnetze in ihrem Bestand gefährdet sein. Konkret kritisiert der Generalanwalt des EuGH u.a. die in den Netzentgeltverordnungen normierten Vorschriften zur Ermittlung der Netzentgelte sowie die in der Anreizregulierungsverordnung enthaltenen Regelungen zu den nicht beeinflussbaren Kosten, den Parametern des Effizienzvergleichs und der Erlösbergrenzenformel. Es erscheint also durchaus möglich, dass im Falle eines zugunsten der Kommission ausfallenden EuGH-Urteils ein Teil der verordnungsrechtlichen Regelungen entfallen und die entsprechenden Verantwortlichkeiten auf die Bundesnetzagentur (BNetzA) übergehen könnten.<sup>1</sup> Seitens der regulierten Netzbetreiber wird dem Verfahren daher mit Sorge entgegengeblickt, da eine entsprechende Entscheidung des EuGH mit einer großen Unsicherheit hinsichtlich des zukünftigen Regulierungsrahmens verbunden wäre. Aber auch für die Bundesnetzagentur würde ein entsprechender Ausgang des EuGH-Verfahrens eine deutliche Veränderung mit sich bringen: Weniger rechtliche Vorgaben und mehr Entscheidungsspielräume, dafür aber auch eine größere Verantwortung für die Ergebnisse der Entgeltregulierung.

Neben dem EuGH-Verfahren haben auch die jüngst ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Höhe des Eigenkapitalzinssatzes und zum generellen Produktivitätsfaktor der dritten Regulierungsperiode in Juristenkreisen und bei den regulierten Netzbetreibern für Verunsicherung gesorgt. In beiden Fällen hatte der Bundesgerichtshof das jeweils auch auf der Grundlage von Sachverständigengutachten gefällte, erstinstanzliche Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) aufgehoben und die Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur hinsichtlich Methodenauswahl und Methodenanwendung erheblich ausgeweitet. Der Bundesgerichtshof hat damit hohe und inhaltlich kaum auszufüllende Standards für eine erfolgreiche gerichtliche Anfechtung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde gesetzt. Mit dem Rückzug des Bundesgerichtshofs hinter diese Standards drohen ökonomische und inhaltliche Aspekte von Entscheidungen der Bundesnetzagentur gegenüber rechtlichen Erwägungen zunehmend in den Hintergrund zu treten. Es reicht nach Auffassung des Bundesgerichtshofes, wenn die Bundesnetzagentur eine nur irgendwie vertretbare Methode anwendet. Die Validität und praktische Umsetzung der Methode sind

---

<sup>1</sup> Vgl. Schmidt-Preuß, M. (2021).

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

ebenso wenig von Relevanz, wie die ökonomische Plausibilität und Robustheit des Ergebnisses einer Festlegung.

Diese Entwicklungen deuten auf grundlegende Probleme in der Umsetzung der Anreizregulierung der Energienetze in Deutschland hin. Weitere Indizien dafür sind die hohe Zahl an beklagten Festlegungen durch die Netzbetreiber und die hohe Priorität, die die Bundesnetzagentur der Gerichtsfestigkeit ihrer Beschlüsse zukommen lässt. Ein sehr deutliches Beispiel für das außerordentlich hohe Gewicht, das dem Aspekt der Rechtssicherheit zukommt, ist das von der Bundesnetzagentur beauftragte „ökonomische“ Gutachten zur Ermittlung des Wagniszuschlages für die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung. Obwohl die Bestimmung des Wagniszuschlages eine genuin ökonomische Aufgabe ist, beginnt dieses Gutachten (erstellt von ökonomischen Experten) mit einem ausführlichen Abschnitt zur bisherigen richterlichen Entscheidungspraxis. Man kann sich die Frage stellen, ob unter dieser von vorneherein auf rechtliche Aspekte beschränkten Sichtweise die ökonomischen Analysen überhaupt noch ergebnisoffen durchgeführt werden können.

Das zunehmende Gewicht rechtlicher Erwägungen in der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur ist sowohl aus rechtlicher wie auch aus ökonomischer Perspektive unbefriedigend und legt nahe, dass die aktuelle institutionelle Ausgestaltung des regulatorischen Prozesses im Hinblick auf die Umsetzung einer inhaltlich überzeugenden Regulierung an Grenzen stößt. Vor dem Hintergrund der anspruchsvollen ökonomischen und ökonometrischen Konzepte der deutschen Anreizregulierung ist diese Entwicklung besonders besorgniserregend.

Allerdings können die mit diesen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und einem entsprechenden Ausgang des EuGH-Verfahrens deutlich ausgeweiteten Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde auch als Chance begriffen werden, die in der Umsetzung der Anreizregulierung aufgetretenen Probleme grundsätzlich anzugehen. Dies ist einerseits dort der Fall, wo bereits rechtliche Normierungen methodisch unbefriedigende bis teilweise fehlerhafte Vorgaben zur Regulierungsumsetzung machen. Andererseits gibt der Übergang von deutlich umfangreicheren Verantwortlichkeiten an die Bundesnetzagentur Anlass, grundsätzlicher über das institutionelle Gesamtgefüge der Anreizregulierung nachzudenken.

In diesem Beitrag argumentieren wir, dass ein unabhängiges wissenschaftliches Expertengremium das existierende institutionelle Gefüge der Regulierung in Deutschland sinnvoll ergänzen könnte. Die Grundidee eines solchen Expertengremiums besteht darin, die Rolle eines normalerweise erst während eines Gerichtsverfahrens bestellten „wissenschaftlichen Sachverständigen“ auszuüben und strittige Entscheidungen der Regulierungsbehörde bereits im Vorfeld etwaiger rechtlicher Auseinandersetzungen ökonomisch-inhaltlich zu prüfen. Im Gegensatz zu einem jeweils nur ad hoc berufenen Sachverständigen würde das von uns vorgeschlagene Expertengremium eine dauerhaft

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

etablierte Institution mit einer größeren Anzahl von Mitgliedern sein, um eine breite wissenschaftliche Expertise zu gewährleisten.

## 2 Rechtssetzung als Ursache mangelnder Regulierungsqualität

Mit dem 2005 verabschiedeten Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und den dazugehörigen Netzentgeltverordnungen sowie der 2007 in Kraft getretenen Anreizregulierungsverordnung (ARegV) hat der deutsche Gesetzgeber das Konzept der „normativen“ Regulierung umgesetzt. Im Gegensatz zur „administrativen“ Regulierung zeichnet sich die normative Regulierung durch eine vergleichsweise hohe Intensität gesetzlicher Vorgaben zur Ausgestaltung des Regulierungssystems und wesentlicher Parameter der Regulierung aus. Der Vorteil einer normativen Regulierung wird in einer größeren Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit regulatorischer Entscheidungen verbunden mit einem besseren Rechtsschutz durch eine umfassendere gerichtliche Kontrolle gesehen. Die Nachteile der normativen Regulierung liegen aber auch auf der Hand. Eine administrative Regulierung, die Entscheidungsbefugnisse in größerem Umfang an die Regulierungsbehörde delegiert, ist flexibler und kann schneller auf dynamische Änderungen im regulierten Markt oder auf Erfahrungen aus der Regulierungspraxis reagieren. Diese bereits 2005 geführte Diskussion wird durch das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren der europäischen Kommission quasi wiederbelebt.<sup>2</sup>

Insbesondere können auch rechtliche Normierungen inhaltlich und ökonomisch überzeugenden Regulierungsentscheidungen im Wege stehen. Sei es aufgrund von Fehlern im Gesetzgebungsverfahren oder weil gesetzliche Regelungen aufgrund einer zu großen Detailtiefe zu wenig Spielraum für sachrichtige Regulierungsentscheidungen lassen.

Genannt werden können hier beispielsweise die in der Gesetzesbegründung zur Anreizregulierung aufgeführte mathematisch fehlerhafte Formel zur Akkumulation des generellen Produktivitätsfaktors im Verlauf der Regulierungsperiode.<sup>3</sup> Obwohl eindeutig und unzweifelhaft falsch wurde die dieser Formel folgende Regulierungspraxis von den Gerichten bestätigt<sup>4</sup> und wird seither von der Bundesnetzagentur angewandt. Dass diese

---

<sup>2</sup> Siehe hierzu die Schlussanträge des Generalanwalts Giovanni Pitruzzella in der Rechtssache C-718/18, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland vom 14. Januar 2021.

<sup>3</sup> Der relevante Teil der Erlösobergrenze wird mit dem folgenden Faktor multipliziert:

$$\frac{VPI_t}{VPI_0} - \{(1 + X_{gen})^t - 1\}$$

Dies ist fehlerhaft, da Wachstumsfaktoren multipliziert bzw. dividiert werden sollten und nicht addiert bzw. subtrahiert wie in der dargestellten Formel. Der Fehler entspringt einer Verwechslung von stetigen und diskreten Wachstumsbetrachtungen.

<sup>4</sup> Siehe hierzu die Urteilsbegründung des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 2012; BGH, EnVR 10/10, Rz. 28.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

Regulierungspraxis nicht zu größeren öffentlichen Diskussionen geführt hat, ist wohl nur der eher geringen wirtschaftlichen Wirkung dieses Fehlers geschuldet.

Ein Beispiel für einen hohen Detaillierungsgrad stellen die normativen Regelungen der ARegV zur Durchführung des Effizienzvergleichs dar. Verordnungsrechtlich vorgeschrieben werden nicht nur die anzuwendenden Methoden des Effizienzvergleichs (DEA und SFA), sondern auch die Verwendung von konstanten Skalenerträgen für die DEA und die im Rahmen der beiden Methoden von der Regulierungsbehörden anzuwendenden Ausreißeranalysen. Bis zur Novellierung im Jahr 2016 enthielt die ARegV auch eine Regelung zu den verpflichtend in das Effizienzvergleichsmodell einzubeziehenden Strukturparametern; diese sind in der aktuellen Fassung der Verordnung einer Vermutungsregelung gewichen. Und obwohl nicht direkt und explizit in der ARegV formuliert, scheint die Bundesnetzagentur auch der Auffassung zu sein, dass verordnungsrechtlich die Verwendung derselben Strukturparameter in der DEA und SFA vorgegeben ist. Auch diese verordnungsrechtlichen Vorgaben stehen nicht immer mit einer sachgerechten, wissenschaftlichen Standards entsprechenden, Durchführung des Effizienzvergleichs im Einklang.

Mit der Veröffentlichung der Daten des Effizienzvergleichs in der dritten Regulierungsperiode konnten die verordnungsrechtlichen Vorgaben erstmals empirisch analysiert und beurteilt werden. Die von Netze BW durchgeführten Analysen haben gezeigt, dass die (vermeintlich verordnungsrechtlich vorgeschriebene) Verwendung derselben Strukturparameter in der SFA und der DEA die aus wissenschaftlicher Sicht geeignete Wahl von Strukturparametern in unnötiger Weise einschränkt. Eine getrennte Parametrisierung würde den methodischen Unterschieden zwischen DEA und SFA Rechnung tragen und in Bezug auf ihre Validität bessere Ergebnisse erzielen. Aufgrund der normativen Vorgaben ist also von vorneherein nur eine Second-Best-Lösung hinsichtlich der Parameterwahl im Effizienzvergleich möglich. Auch die in den bisherigen Effizienzvergleichen von der Bundesnetzagentur verwendeten Methoden der Ausreißeranalyse sind nicht immer geeignet, auffällige Unternehmen zu identifizieren und aus dem Effizienzvergleich auszuschließen, werden aber von der Behörde regelmäßig mit Verweis auf die rechtlichen Regelungen in Anlage 3 ARegV verteidigt.

Ein letztes Beispiel dafür, dass verordnungsrechtliche Regelungen ökonomisch sachgerechte Regulierungsentscheidungen erschweren können, stellen die Vorgaben der Strom- und GasNEV zur Bestimmung des Eigenkapitalzinssatzes dar. Gemäß den dort normierten Regelungen ist der kalkulatorische Eigenkapitalzinssatz als Summe des Zehnjahresdurchschnittes der von der Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen inländischer Emittenten (risikoloser Zinssatz) und dem sog. Wagniszuschlag zu ermitteln. Die Bundesnetzagentur verwendet für die Ermittlung des Eigenkapitalzinssatzes ein ökonomisches Modell aus der Kapitalmarkttheorie, dessen konsistente Anwendung eigentlich eine gemeinsame Betrachtung und Bestimmung von risikolosem Zinssatz und Wagniszuschlag verlangt. Entgegen den ökonomischen und modelltheoretischen Voraussetzungen erfolgt jedoch gerade keine integrierte Betrachtung und die dadurch herbeigeführten Inkonsistenzen stehen aktuell im Mittelpunkt der Diskussion um

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für die vierte Regulierungsperiode. Auch in diesem Beispiel sind die Mängel der aktuellen Regulierungspraxis zumindest teilweise bereits in den verordnungsrechtlichen Vorgaben angelegt.

Wie in diesen Beispielen beschrieben können zu detaillierte gesetzliche Vorgaben die ökonomische Qualität von Regulierungsentscheidungen beeinträchtigen. In diesen Fällen bietet das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof die Chance, durch eine Verlagerung bisher gesetzlich geregelter Methodenvorgaben in die Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörde Handlungsspielräume für inhaltlich sachgerechte Regulierungsentscheidungen zu schaffen.

### **3 Mangelnde Eignung des juristischen Prozesses zur Entscheidung methodischer Fragen in der Anreizregulierung**

Grundsätzlich stellt die Möglichkeit der juristischen Anfechtung und Überprüfung von Regulierungsentscheidungen einen Kontrollmechanismus für behördliches Handeln dar. Während Gerichte üblicherweise gut geeignet sind, um Fragen des klassischen Eigentumsrechts und Investitionsschutzes zu klären, ist der juristische Prozess weniger gut geeignet, die Korrektheit oder Angemessenheit methodisch-technischer Fragestellungen zu klären, die sich im Zusammenhang mit einer zunehmend komplexer werdenden ökonomischen und ökonometrischen regulatorischen Entscheidungspraxis ergeben.

So lässt sich beispielsweise der in der ARegV geforderte „Stand der Wissenschaft“, der bei der Ermittlung des generellen Produktivitätsfaktors zu beachten ist, nicht durch Anwendung fester Regeln feststellen. Vielmehr müssen bei der Auswahl der Methoden, der Umsetzung der ausgewählten Methoden und bei der Beurteilung des aus einer Methode resultierenden Ergebnisses Abwägungen getroffen werden. Genau diese Abwägungen erfordern jedoch ausgeprägte, umfassende Sach- sowie Methodenkenntnis unter anderem in Detailfragen der Mikroökonomik, Statistik, Produktivitätsmessung und der netzwirtschaftlichen Regulierung. Es ist deshalb zu befürchten, dass Gerichte regelmäßig an der Beurteilung von Methodenentscheidungen bezüglich der Durchführung technischer und komplexer Aufgabenstellungen der Anreizregulierung scheitern werden.

Zwar haben insbesondere die Tatsachengerichte die Möglichkeit für fachspezifische Fragen einen Sachverständigen zu berufen; diese werden aber häufig nur mit der Begutachtung einzelner Aspekte der gesamten behördlichen Entscheidung und Festlegungsmethodik betraut und sind von vorneherein auf die vom Gericht zur Begutachtung formulierten Fragestellungen beschränkt. Bereits die Formulierung von Fragen für die gutachterliche Prüfung durch den Sachverständigen erfordert aber ein hohes Maß an fachspezifischer Expertise. Zudem werden Sachverständige nur ad hoc im Rahmen eines konkreten Verfahrens berufen und verfügen in

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

der Regel über wenig historisches Hintergrundwissen zu netzwirtschaftlichen und netzregulatorischen Themen.

Unter diesen Gesichtspunkten ist es nicht verwunderlich (und fast schon verständlich), dass sich der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung in den letzten Jahren immer weiter hinter sehr hohe Beweishürden zurückgezogen hat und häufig auch Argumente der Verfahrensökonomie und des Aufwands für die Regulierungsbehörde ins Feld führte. Laut aktueller Rechtsprechung kann eine Methodenwahl der Regulierungsbehörde nur dann beanstandet werden, wenn der Beschwerdeführer selbst eine alternative Methodenwahl vorbringen kann, die „unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann“.<sup>5</sup> Abgesehen davon, dass diese Formulierung nicht nur eine sehr hohe Hürde für etwaige Beschwerdeführer darstellt, hat der Bundesgerichtshof auch nicht weiter konkretisiert, was denn die Kriterien für eine deutlich überlegene Methodenwahl sind. Auch das scheint ein weiteres Indiz dafür zu sein, dass die tatsächliche Beurteilung von Methodenentscheidungen in der Anreizregulierung keine für Gerichte geeignete Aufgabe ist.

Die Erfahrungen mit den Gerichtsverfahren zur Festlegung des generellen Produktivitätsfaktors für die dritte Regulierungsperiode, die die Netze BW als Musterverfahren geführt hat, bieten hierfür ein anschauliches Beispiel. In der ersten Instanz vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf haben zwei gerichtliche Anhörungen stattgefunden, wurden vom Gericht zwei Sachverständigengutachten eingeholt und insgesamt sechzehn Schriftsätze von den Parteien ausgetauscht. Die Gutachten des Sachverständigen haben die Vorgehensweise der Behörde in vielen Punkten kritisch beurteilt und das Oberlandesgericht von der mangelnden Qualität der behördlichen Festlegung überzeugt. Das erstinstanzliche Verfahren wurde jedenfalls zugunsten der Klägerin entschieden. Allerdings blieben sowohl das Sachverständigengutachten als auch der Beschluss des Oberlandesgerichtes unbestimmt, vage und ohne konkrete Hinweise, wie die kritisierten Punkte von der Bundesnetzagentur korrigiert werden könnten. Möglicherweise hat der Bundesgerichtshof, der die Entscheidung des Oberlandesgerichtes aufhob, dieses Problem vor Augen gehabt, wenn er in seinem Urteil ausdrücklich betont, dass die Behörde einer Entscheidung (i.e. einer Festlegung des generellen Produktivitätsfaktors) ja nicht ausweichen könne.<sup>6</sup>

Trotz der zunehmend eingeschränkten Möglichkeiten, Beschlüsse der Bundesnetzagentur rechtlich überprüfen zu lassen, besteht mangels alternativer Möglichkeiten weiterhin eine hohe Klagedichte. Vermutlich wird auch die aktuell zur Konsultation stehende Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für die vierte Regulierungsperiode zu einer Klagewelle führen und

---

<sup>5</sup> Siehe hierzu die Urteilsbegründung des Bundesgerichtshofs im Verfahren Bundesnetzagentur gegen Netze BW vom 26. Januar 2021; BGH, EnVR 101/19, Rz. 28.

<sup>6</sup> Siehe hierzu die Urteilsbegründung des Bundesgerichtshofs im Verfahren Bundesnetzagentur gegen Netze BW vom 26. Januar 2021; BGH, EnVR 101/19, Rz. 24.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

methodische Fragestellungen werden erneut zentraler Gegenstand dieser Beschwerden sein. Sofern die Gerichte den Weg der nur sehr eingeschränkt möglichen materiellen Überprüfbarkeit von Entscheidungen der Regulierungsbehörden weiterhin verfolgen, bleiben die inhaltlich und methodischen Problem der in Frage stehende Regulierungsentscheidungen aber ungelöst und fehlerhafte Methoden verfestigen sich. Denn im Ergebnis wird auch die Bundesnetzagentur ihren Fokus weniger auf die inhaltliche und ökonomische Sachrichtigkeit sondern vor allem auf die Gerichtsfestigkeit ihrer Entscheidungen legen.

Mit der abnehmenden Bereitschaft der Gerichte Regulierungsentscheidungen auf inhaltliche-materielle Gesichtspunkte zu prüfen, entsteht unabhängig vom Ausgang des EuGH-Verfahrens eine institutionelle Lücke im Gesamtsystem der Regulierung. Eine fachlich-inhaltliche Überprüfung von Beschlussfassungen der Bundesnetzagentur findet praktisch nicht mehr statt. Die Entscheidung des EuGH würde, sofern der Gerichtshof den Anträgen des Generalanwaltes folgt, das Problem der mangelnden Kontrolldichte lediglich verstärken. Unabhängig vom Ausgang des EuGH-Verfahrens haben aber bereits die zuletzt gefällten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes die Lücke im regulatorischen Institutionengefüge offenbart.

Um die beschriebene institutionelle Lücke zu schließen, schlagen wir eine neue Institution vor: ein unabhängiges wissenschaftliches Expertengremium zur Begutachtung und Überprüfung von Regulierungsbeschlüssen der Bundesnetzagentur.

## 4 Wissenschaftliches Expertengremium

### Funktion

Die zentrale Aufgabe eines wissenschaftlichen Expertengremiums bestünde darin, Regulierungs-entscheidungen bereits im Vorfeld möglicher gerichtlicher Auseinandersetzungen fachlich und inhaltlich mit Expertenwissen zu begutachten. Je nach Ausgestaltung des Expertengremiums könnte diese Funktion die rechtliche Überprüfung von Regulierungsentscheidungen erleichtern, da sich die Gerichte auf ihre Kernaufgaben, die rechtliche und prozedurale Prüfung des Verwaltungsverfahrens, konzentrieren könnten. Sofern das Expertengremium nach gutachterlicher Prüfung Beschlüsse an die Regulierungsbehörde zurückverweisen darf, könnten im Idealfall Gerichtsverfahren auch gänzlich vermieden werden. Somit könnte also nicht nur die rechtliche Überprüfbarkeit von Regulierungs-entscheidungen gestärkt, sondern auch die Regulierungspraxis hinsichtlich methodisch-inhaltlicher Aspekte verbessert werden.

Voraussetzung hierfür ist, dass Betroffene einer Regulierungsentscheidung die Möglichkeit erhalten, das Expertengremium anzurufen und eine gutachterliche Stellungnahme zu beantragen. Da eine standardmäßige Überprüfung sämtlicher Beschlussfassungen der



---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

Regulierungsbehörde jedoch deutlich zu weit ginge, wäre eine qualifizierte Beantragung mit konkreten Anhaltspunkten für methodische und inhaltliche Fehler eine notwendige Bedingung für die Anrufung des Expertenrates. Ausgeschlossen ist damit aber nicht, dass das Expertengremium auch auf eigene Veranlassung tätig werden kann.

Eine grundsätzliche Frage stellt sich im Hinblick auf die Möglichkeiten den Entscheidungen des Expertenrates eine rechtliche Verbindlichkeit zu verleihen. Unabhängig davon, ob dies grundsätzlich wünschenswert wäre, scheint dies im behördlichen und gerichtlichen Institutionengefüge in Deutschland nur schwierig umsetzbar.<sup>7</sup> Denkbar wäre, dass das Expertengremium die Möglichkeit erhält, Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach gutachterlicher Stellungnahme zur erneuten Prüfung an die Behörde zurückzuverweisen.

Die Relevanz des Gremiums beruht vor allem auf Reputationseffekten und der Ausgestaltung von prozeduralen Verfahren, beispielsweise das Recht, Anhörungen durchzuführen, oder eine Verpflichtung der Regulierungsbehörde Stellung zu den gutachterlichen Ergebnissen des Experten-gremiums zu nehmen. Es wäre zu erwarten, dass durch die Veröffentlichung der Gutachten und Stellungnahmen sowie eine klare Positionierung des wissenschaftlichen Expertengremiums eine zumindest dem traditionellen gerichtlichen Sachverständigen vergleichbare Verbindlichkeit bei Beschreiten des traditionellen Rechtsweges erzielt werden könnte.

Neben der Stärkung der rechtlichen Überprüfbarkeit bewirken ex post Beurteilungen von Regulierungsentscheidungen durch ein Expertengremium auch Verbesserungen in der methodischen Qualität der ursprünglichen behördlichen Entscheidungen. Zum einen weil das Gutachtergremium direkt inhaltliche und sachverständige Hinweise geben kann, zum anderen weil mit der ex post Überprüfung von Regulierungsbeschlüssen auch Anreize für eine ex ante bessere inhaltliche Beschlussqualität einhergingen. Da die Regulierungsbehörde bzw. die handelnden Personen in der Behörde mögliche Beanstandungen durch das Begleitgremium antizipieren, würde bereits vor der Beschlussfassung inhaltlichen Aspekten der Regulierungsentscheidung ein höheres Gewicht eingeräumt.

Die Stärke dieses Effekts hängt sowohl von Einfluss und Reputation des Expertengremiums, wie auch von der Transparenz seiner Entscheidungsgrundlagen ab: Je größer der Einfluss ist, den Überprüfungen des Gremiums bei anderen Institutionen, insbesondere Gerichten, entfalten, desto stärker wird die Bundesnetzagentur die Existenz des Gremiums in ihr Entscheidungskalkül einbeziehen. Je transparenter die Entscheidungsgrundlagen des Gremiums sind, umso klarer ist der Erwartungshorizont aus Sicht der Regulierungsbehörde und

---

<sup>7</sup> Ein Beispiel für ein Fachexpertengremium, das Entscheidungen der Regulierungsbehörde aufheben kann, stellt die Competition and Markets Authority in Großbritannien dar. Vgl. Abschnitt 5.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

umso klarer ist, welche Qualitäten eine Regulierungsentscheidung haben muss, um nicht Gefahr zu laufen durch das Begleitgremium beanstandet zu werden.

Ein wissenschaftliches Expertengremium wäre auch für die Regulierungsbehörde in langfristiger Perspektive ein Gewinn. Die durch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bereits deutlich vergrößerten Handlungsspielräume der Bundesnetzagentur gehen auch mit einer größeren Verantwortung der Regulierungsbehörde einher. Mit dem EuGH-Verfahren könnten weitere Verantwortlichkeiten auf die Regulierungsbehörde übergehen. Dies hat zur Folge, dass die Legitimität von Regulierungsbeschlüssen sich stärker aus ihrer inhaltlichen Begründung ergeben muss. Hierzu kann das von uns vorgeschlagene Expertengremium beitragen.

## **Ausgestaltung**

In seiner grundlegenden Organisation würde sich ein derartiges Gremium aus Wissenschaftlern der entsprechenden Fachdisziplinen zusammensetzen. In Bezug auf die Regulierung der Energienetze wären dies wohl vor allem Ökonomen, Ökonometriker und Statistiker sowie energiewirtschaftliche und energietechnische Experten. Grundsätzlich sollte die Berufung in das Expertengremium für einen mehrjährigen Zeitraum erfolgen, die Mitglieder könnten von ihren bisherigen Aufgaben teilweise oder gänzlich freigestellt werden. Zusätzlich sollte die Expertenkommission mit einer Geschäftsstelle und einem wissenschaftlichen Mitarbeiterstab ausgestattet werden. Um die Unabhängigkeit des Gremiums sicherzustellen, wäre eine institutionelle Ansiedlung außerhalb der Regulierungsbehörde zu bevorzugen.

Diese Überlegungen zur Ausgestaltung des Expertengremiums orientieren sich vor allem an den Mängeln des gerichtlichen Sachverständigenprozesses. Im Gegensatz zu einem einzelnen gerichtlichen Sachverständigen hätte das vorgeschlagene Expertengremium dauerhafte Ressourcen und würde über eine breitere Expertise verfügen.

Eine breite sachliche Expertise ist vor dem Hintergrund der wachsenden Komplexität der regulatorischen Entscheidungsprozesse notwendig. Regulierungsentscheidungen haben in den vergangenen Jahren an theoretischer und empirischer Tiefe gewonnen. Fragen der Datenqualität, der Auswahl und Anwendung quantitativer Methoden oder der statistischen Modellierung und Prüfung von Ergebnissen stehen im Mittelpunkt der Diskussion um den Effizienzvergleich oder die Festlegung des generellen Produktivitätsfaktors. Auch die umfangreichen (mittlerweile 50 und mehr Seiten umfassenden) Stellungnahmen zur aktuell laufenden Konsultation über den Eigenkapitalzinssatz für die vierte Regulierungsperiode und die für die Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung anzuwendenden Methoden (inklusive zahlreicher Expertengutachten) belegen die zunehmende fachliche Komplexität regulatorischer Festlegungen.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

Ein zentraler Aspekt für die Ausgestaltung des Expertengremiums bestünde darin, dass das Gremium auf Dauer angelegt ist und die berufenen Mitglieder eine mehrjährige Amtszeit haben. Hierdurch wird gewährleistet, dass die Mitglieder des Gremiums Hintergrundwissen zu Kontext und Historie der relevanten regulatorischen Fragestellungen und zu den sich in der regulatorischen Praxis ergebenden Umsetzungsproblemen aufbauen. Dies würde zur zeitlichen Konsistenz und Kontinuität von Regulierungsentscheidungen beitragen.

## 5 Institutionelle Beispiele

Die Idee eines weiteren, ergänzenden Gremiums zur Überprüfung von Behördenentscheidungen vor Beschreiten des „üblichen“ Rechtswegs ist indes nicht neu und auch keineswegs auf theoretische Überlegungen begrenzt. So schreibt beispielsweise die europäische Verordnung 2019/942 vom 5. Juni 2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) die Einrichtung eines Beschwerdeausschusses (Board of Appeal) vor. Und in Großbritannien haben Expertenkommissionen und Fachgerichte als dem generellen Rechtsweg vorgeschaltete Institutionen zur Überprüfung behördlicher Entscheidungen bereits lange Tradition, zu nennen wären in diesem Zusammenhang beispielsweise die Competition and Markets Authority (CMA) und das Competition Appeal Tribunal (CAT).

### EU: ACER Board of Appeal

Jede natürliche oder juristische Person sowie auch eine nationale Regulierungsbehörde kann gegen eine Entscheidung der europäischen Regulierungsbehörde, von der sie unmittelbar betroffen sind, Beschwerde beim ACER Board of Appeal einlegen.<sup>8</sup> Das Board of Appeal (BoA) ist zunächst die zentrale Beschwerdeinstanz, da Klagen auf Aufhebung einer Entscheidung der europäischen Regulierungsbehörde grundsätzlich erst dann beim Europäischen Gerichtshof eingereicht werden können, nachdem das Beschwerdeverfahren vor dem Board of Appeal durchlaufen wurde.

Der Beschwerdeausschuss ist institutionell in der Organisation von ACER verankert, jedoch gleichzeitig unabhängig von der administrativen Struktur der Regulierungsbehörde. Von zentraler Bedeutung ist, dass die Mitglieder und ihre Stellvertreter in ihrer Beschlussfassung unabhängig sind, innerhalb der Behörde keine weiteren Aufgaben wahrnehmen dürfen und lediglich im öffentlichen Interesse handeln bzw. diesem verpflichtet sind. Der

---

<sup>8</sup> Gerade im institutionellen Gefüge der EU ist eine deutliche Zunahme der Etablierung von Beschwerdeausschüssen zu verzeichnen. Für einen Überblick siehe hierzu z.B. Chirulli, P. (2015).

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

Beschwerdeausschuss setzt sich aus sechs Mitgliedern und sechs Stellvertretern zusammen, deren Mandat einen Zeitraum von 5 Jahren umfasst und einmalig verlängerbar ist. Die Mitglieder und Stellvertreter werden unter den derzeitigen oder ehemaligen leitenden Mitarbeitern der nationalen Regulierungsbehörden, Wettbewerbsbehörden oder anderer nationaler oder europäischer Institutionen mit einschlägiger Erfahrung im Energiesektor ausgewählt. Unter den Mitgliedern des Board of Appeal finden sich zwar viele Experten mit einem einschlägigen juristischen Hintergrund, es sind jedoch auch Ökonomen und Experten mit einem ausgewiesenen technischen Hintergrund unter den Mitgliedern, so dass das Board of Appeal durchaus als ein interdisziplinäres Gremium bezeichnet werden kann. Das Board of Appeal ist befugt, die Entscheidung von ACER entweder zu bestätigen oder an die zuständige Stelle bei ACER zur Neufestlegung unter Berücksichtigung der Entscheidung des Beschwerdeausschusses zurückzuverweisen.

Bislang ist die Anzahl der Beschwerden, mit denen sich der Beschwerdeausschuss zu befassen hatte, noch überschaubar, gleichwohl zeigt die Entwicklung eine steigende Tendenz. Über den gesamten Zeitraum von 2015 bis 2018 wurden insgesamt lediglich acht Beschwerden eingereicht, inzwischen wurden jedoch allein im Jahr 2021 bislang acht neue Beschwerden eingereicht.

### **UK: Competition and Markets Authority (CMA)**

Im Gegensatz zu den Beschwerdeausschüssen, die auf europäischer Ebene bei verschiedenen Behörden erst in den letzten Jahren etabliert wurden, ist die fachlich-inhaltliche Überprüfung von Behördenentscheidungen in Großbritannien auf verschiedenen Verfahrensstufen traditionell fest im institutionellen Gefüge verankert.

So übernimmt die Competition and Markets Authority (CMA) auch die Funktion einer spezialisierten Expertenaufsicht, in dem sie u.a. zur Überprüfung von Entscheidungen der Aufsichtsbehörden der regulierten Sektoren herangezogen werden kann, wie beispielsweise der Energieregulierungsbehörde (Office of Gas and Electricity Markets, OfGEM).<sup>9</sup> OfGEM agiert als unabhängige Regulierungsbehörde innerhalb des ihr gegebenen gesetzlichen Rahmens und unterliegt dabei der Aufsicht der Gas and Electricity Market Authority (GEMA), die die Strategie festlegt, politische Prioritäten setzt und ebenfalls Entscheidungen treffen kann.

Die CMA besteht im Wesentlichen aus Board, Panel und verschiedenen Committees. Die Mitglieder sind Experten unterschiedlicher Fachrichtungen und wissenschaftlicher Disziplinen, neben einer Vielzahl von Juristen eben auch Betriebswirte, Finanzexperten und Ökonomen.

---

<sup>9</sup> Siehe hierzu ein aktuelles Beispiel aus der Energieregulierung <https://www.gov.uk/cma-cases/energy-licence-modification-appeals-2021>.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

Durch die Verankerung eines Chefökonomens wird die Bedeutung der ökonomischen Expertise und Begutachtung zusätzlich hervorgehoben.<sup>10</sup> Die CMA verfügt über Entscheidungskompetenzen und kann entweder die Entscheidungen der OfGEM oder GEMA bestätigen oder ablehnen.

### **UK: Competition Appeal Tribunal (CAT)**

Ein weiteres institutionelles Beispiel ist das Competition Appeal Tribunal (CAT), das als Justizbehörde bzw. unabhängiges Gericht ausdrücklich auch mit fachübergreifender Expertise auf den Gebieten des Rechts, der Ökonomie, der Betriebswirtschaft und des Rechnungswesens ausgestattet ist und Wettbewerbs- und Regulierungsfälle anhört und entscheidet. Das CAT ist somit als spezialisiertes Fachgericht angelegt, dessen Kernaufgabe die Überprüfung und Beurteilung der inhaltlichen Richtigkeit von Regulierungsentscheidungen anhand strenger Standards ist.<sup>11</sup>

Der Präsident und die Vorsitzenden des CAT werden für eine befristete Amtszeit berufen. Der Vorsitzende muss eine juristische Ausbildung vorweisen und ergänzend über entsprechende einschlägige Erfahrungen und Fachkenntnisse im Wettbewerbsrecht und der -praxis oder vergleichbare Fachkenntnisse verfügen. Die sogenannten ordentlichen Mitglieder werden im Rahmen eines Auswahlverfahrens ausgewählt und für einen Zeitraum von acht Jahren ernannt. Auch sie verfügen über entsprechende einschlägige Erfahrungen und Kenntnisse, müssen jedoch keine juristische Ausbildung vorweisen. Unter den ordentlichen Mitgliedern finden sich eine Reihe ausgewiesener Ökonomen (auch namhafte Professoren), Rechtsanwälte, Finanzbuchhaltungsexperten oder sonstige Experten mit einschlägigen Fachkenntnissen und beruflicher Erfahrung. Die Fälle werden in der Regel von einem Gericht, das aus drei Personen besteht, verhandelt und entschieden, unter dem Vorsitz des Präsidenten oder des Vorsitzenden des CAT. Die beiden anderen Mitglieder werden beispielsweise aus der Reihe der ordentlichen Mitglieder besetzt.

Das CAT stellt ein Fachgericht für Wettbewerbs- und Regulierungsfragen dar, dessen zentrale Aufgabe die inhaltlich-fachliche Überprüfung von Regulierungsentscheidungen durch Sachverständige aus den relevanten Fachdisziplinen ist. Die Institution des Competition Appeal Tribunal steht mit seiner fachlichen Schwerpunktsetzung in deutlichem Kontrast zu den eher verfahrensrechtlich geprägten Justizorganen in Deutschland.

---

<sup>10</sup> Siehe <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about/our-governance>.

<sup>11</sup> Siehe hierzu auch Psygkas, A. (2017), S. 462ff.

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

## Was sich aus diesen Beispielen ableiten lässt

Die hier skizzierten Beispiele sind hinsichtlich ihrer institutionellen Verankerung und Ausgestaltung durchaus unterschiedlich und vielfältig. Der Grundgedanke einer inhaltlichen-fachlichen Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde durch einschlägige Experten bzw. durch mit Experten besetzte Gremien ist jedoch allen Beispielen gemein. Die Überprüfung ist dabei nicht nur punktuell und selektiv angelegt, wie im Allgemeinen im Rahmen einer gerichtlich anberaumten Begutachtung durch einen extern vom Gericht einberufenen Sachverständigen üblich, sondern in Form einer Prüfung und Beurteilung durch Fachexperten, die über einen längeren Zeitraum als Gutachter bestellt sind. Darüber hinaus kann aus diesen Beispielen abgeleitet werden, dass derartige Fachgremien bindende Entscheidungen treffen und Beschlüsse der Regulierungsbehörde aufheben können. Gerade bei besonders komplexen Regulierungsentscheidungen und/oder weiten Ermessensspielräumen der Regulierungsbehörde erscheint die Möglichkeit der Prüfung „von Experten für Experten“ dringend geboten.

## 6 Fazit

Die Umsetzung der Anreizregulierung der Energienetze in Deutschland weist grundlegende institutionelle Schwächen auf. Dies ist an dem zunehmenden Gewicht rechtlicher Erwägungen verglichen mit inhaltlichen- ökonomischen Aspekten in der Regulierungspraxis zu erkennen. Die häufig zu detaillierte rechtliche Normierung der Regulierung wie auch eine unzureichende Eignung des traditionellen, auf prozedurale Aspekte ausgelegten Rechtsweges bei der Klärung komplexer inhaltlich-methodischer Fragen der Anreizregulierung können als mitursächlich für diesen Zustand angesehen werden.

Der durch das EuGH-Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland mögliche Übergang verschiedener rechtlicher Normierungen in den Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur kann vor diesem Hintergrund auch als Chance begriffen werden. Um den Fokus der Regulierungspraxis wieder stärker auf inhaltliche und ökonomische Aspekte zu legen, wird jedoch nach unserer Einschätzung eine Erweiterung des institutionellen Rahmens benötigt.

Wir schlagen als Erweiterung des institutionellen Rahmens ein unabhängiges wissenschaftliches Expertengremium zur Begutachtung und Überprüfung von Regulierungsbeschlüssen der Bundesnetzagentur vor. Solch ein Expertengremium hätte zur Aufgabe im Vorfeld einer möglichen juristischen Auseinandersetzung Regulierungsentscheidungen inhaltlich zu begutachten. Mit der Möglichkeit Anhörungen durchzuführen, Regulierungsentscheidungen zur erneuten Überprüfung an die Regulierungsbehörde zurück zu verweisen und generell durch die Veröffentlichung seiner gutachterlichen Stellungnahmen könnte ein derartiges Gremium nicht nur sachverständige Hinweise für ein späteres Gerichtsverfahren

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

geben, sondern auch Anreize für eine bessere fachliche Qualität von behördlichen Festlegungen vermitteln.

Die Idee einer auf sachliche Fragen bezogenen institutionellen Ergänzung zum traditionellen, prozedural orientierten Rechtsweg ist weder in der Theorie<sup>12</sup> noch in der Praxis neu. Speziell für Regulierungsfragen gibt es unter anderem auf EU-Ebene und in Großbritannien entsprechende Vorbilder. Wir sind der Überzeugung, dass dies auch für die deutsche Anreizregulierung ein Weg sein kann, das Zusammenspiel der Institutionen und die dabei entstehenden Ergebnisse zu verbessern.

---

<sup>12</sup> Siehe hierzu Psygkas, A. (2017).

---

Diskussionspapier der Netze BW  
Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium  
für die Bundesnetzagentur: Zur Rechtsprechung des BGH und des EuGH

## Literatur

Bundesgerichtshof (2012): Beschluss vom 31. Januar 2012; BGH, EnVR 10/10.

Bundesgerichtshof (2021): Beschluss vom 26. Januar 2021, EnVR 101/19.

Chirulli, P. (2015): The Boards of Appeal of European Agencies: an overview, in: Amicus Curiae, Issue 103 Autumn 2015.

Competition Appeal Tribunal (2015): Guide to Proceedings,  
[https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2017-12/guide\\_to\\_proceedings\\_2015.pdf](https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2017-12/guide_to_proceedings_2015.pdf), abgerufen am 19.08.2021.

Psygkas, A. (2017): The 'double helix' of process and substance review before the UK Competition Appeal Tribunal: a model case or a cautionary tale for specialist courts? in: Rose-Ackerman, S., Lundseth, P.L., Ermerson, B. (Hrsg.): Comparative Administrative Law, Second Edition, S. 462-477.

Schmidt-Preuß, M. (2021): Aktuelles zur Zukunft der normierenden Regulierung im Energiesektor – Empfehlungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber, in: Recht der Energiewirtschaft, Heft 4-5, S. 173-179.