

20 Jahre Verantwortung für Netze

Bestandsaufnahme und Perspektiven

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Bernd Holznagel

1. Auflage 2018. Buch. XVI, 408 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 72431 2
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Besonderes Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

für die Zusammenschaltungsentgelte⁷⁰ anerkannt. Es ermittelte diesen Beurteilungsspielraum bei der Methodenwahl durch die unionsrechtskonforme Auslegung der nationalen Normen. Hierbei nutzte es die Auslegung des Maßstabs der Kostenorientierung durch den EuGH im „Arcor-Urteil“⁷¹ und übertrug dessen Aussagen zum „Ermessen“ der nationalen Regulierungsbehörde bei der Wahl der Methode zur Bestimmung des Investitionswerts im Rahmen der TAL-Entgelte für Kupferleitungen auf die unionsrechtlich nicht geregelten TAL-Entgelte für Glasfaserleitungen.⁷² Im Urteil vom 29.5.2013 schränkte das BVerwG diesen in der Literatur als sehr weitgreifend kritisierten Beurteilungsspielraum dahingehend ein, dass dieser über den im Urteil vom 23.11.2011 entschiedenen Fall hinaus keine Geltung beanspruchen könne.⁷³

§ 31 TKG 2004 und sein unionsrechtliches Vorbild (Art. 13 Abs. 1 ZRL) sei eine nationale Konkretisierung des Maßstabs der Kostenorientierung in Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL.⁷⁴ Der Begriff der Kostenorientierung in Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL sei deckungsgleich mit dem Bedeutungsgehalt des Kostenorientierungsbegriffs in RL 97/33/EG iVm Anhang V iVm Art. 3 Abs. 3 TAL-VO.⁷⁵ Da die Zusammenschaltungsentgelte ebenso wie die Zugangsentgelte für TAL maßgeblich von der Bestimmung der Kapitalkosten abhingen und eine ähnliche Kostenstruktur aufwiesen, sei die Auslegung des Begriffs der Kostenorientierung im Hinblick auf die Methodenoffenheit und das damit verbundene Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde, auf die Zusammenschaltungsentgelte übertragbar.⁷⁶

Den notwendigen Beurteilungsspielraum begründete das BVerwG maßgeblich mit der Abwägungssensibilität und Steuerungskraft, die von der Wahl der Methode zur Bestimmung des Anlagevermögens ausgehe. Das BVerwG folgte damit dem EuGH. Dieser hatte sich im Arcor-Urteil ausführlich mit den durch die Auswahl einer Methode tangierten Regulierungszielen (Erwägungsgrund 6 und 11 TAL-VO) auseinandergesetzt und das „Ermessen“ der Regulierungsbehörde mit den sich aus der Methodenwahl ergebenden potenziellen Zielkonflikten begründet.⁷⁷ So sei einerseits die Wettbewerbsöffnung des Teilnehmernetzanschlusses zu beachten⁷⁸ sowie andererseits die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur durch den marktmächtigen Betreiber zu sichern.⁷⁹

Dieselbe Zielpluralität liegt nach Ansicht des BVerwGs Art. 13 ZRL zugrunde⁸⁰, die sich national in § 2 TKG iVm § 31 TKG 2004 widerspiegeln.⁸¹ Der vom Bundesverfassungsgericht geforderte Sachgrund für die Einräumung einer behördlichen Beurteilungsbefugnis⁸² besteht damit in der Notwendigkeit einer regulierungsstra-

⁷⁰ BVerwG N&R 2014, 46.

⁷¹ EuGH Slg. 2008, I-2931 – Arcor.

⁷² BVerwG N&R 2012, 30; N&R 2014, 46 (50).

⁷³ BVerwG N&R 2013, 281 (282).

⁷⁴ BVerwG N&R 2014, 46 (47).

⁷⁵ BVerwG N&R 2014, 46, (48 f.).

⁷⁶ BVerwG N&R 2014, 46, (48 f.).

⁷⁷ EuGH Slg. 2008, I-2931 Rn. 101 (106) – Arcor; hierzu BVerwG N&R 2014, 46 (49).

⁷⁸ EuGH Slg. 2008, I-2931 Rn. 101 – Arcor; vgl. BVerwG N&R 2014, 46.

⁷⁹ EuGH Slg. 2008, I-2931 Rn. 106 – Arcor; vgl. BVerwG N&R 2014, 46 (49).

⁸⁰ Vgl. Erwägungsgrund 20, Art. 5 ZRL iVm Art. 8 RRL.

⁸¹ Vgl. die Zielverpflichtung in Art. 8 RRL und § 2 Abs. 2 TKG iVm § 31 TKG 2004.

⁸² BVerfG NVwZ 2012, 198.

tegischen Abwägung im Hinblick auf die zum Teil divergierenden Regulierungsziele und mit Rücksicht auf die unterschiedlichen, von der Methodenwahl abhängenden, Steuerungswirkungen.⁸³

Dem BVerwG ist grundsätzlich zuzustimmen, dass die Berechnungsmethode nicht abstrakt-generell vorgegeben ist und angesichts der Abwägungsintensität und Steuerungskraft der gewählten Methode ein tragfähiger Sachgrund dafür vorliegt, die Entscheidung über die Methodenwahl der Regulierungsbehörde zu überlassen. Die regulierungsstrategisch effektivste Wahl erfordert vielmehr eine Berücksichtigung der aktuellen Marktgegebenheiten (z. B. Innovationsdynamik, anstehender Technologiewechsel, Möglichkeit von Aufrüstung bestehender Anlagen).⁸⁴ Aus der erforderlichen situationsbezogenen Abwägung folgt zwingend ein Methodenwahlspielraum der Bundesnetzagentur. Das gilt speziell auch für das Energierecht.

Die Abwägung bezieht sich auf die Maßstabsgerechtigkeit der auszuwählenden Methode, und sie muss den unterschiedlichen Funktionen der Abschreibungsmethoden (Kapitalerhaltung, Substanzerhaltung) und den unterschiedlichen Netzentgelten Rechnung tragen. Sachgrund des Beurteilungsspielraumes ist damit – im Einklang mit den Kriterien des BVerwGs vom 29.5.2013 – die Abwägungsintensität der Entscheidung, die ökonomisch bedingten unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten und die Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Entwicklung.

Nicht ausreichend für die Einräumung eines Beurteilungsspielraumes aufgrund einer „Abwägung von Regulierungszielen“ ist dagegen eine losgelöst vom Einzelproblem erfolgende Bezugnahme auf die „alles überformenden Regulierungsziele“ in den §§ 1, 2 TKG oder in den §§ 1, 1a EnWG. Eine derartige Ausweitung wäre nicht mehr von einem konkreten Sachgrund getragen und würde systemwidrig die Anwendung der sektorspezifischen Norm unter einen Abwägungsvorbehalt mit den jeweils verfolgten Regulierungszielen stellen. Die aus den Zielkatalogen abgeleiteten Regelungen sind vielmehr abschließende Konkretisierungen der regulatorischen Ziele.⁸⁵

Bei der Kontrolle der Einhaltung des Beurteilungsspielraumes stellen die Gerichte hohe Anforderungen an die Behördenabwägung.⁸⁶ Die Kontrolle dieses Regulierungsermessens bestimmt sich dabei grundsätzlich – entsprechend der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten⁸⁷ – nach der jeweiligen im nationalen Recht etablierten Kontrolldichte.⁸⁸ Der deutschen Rechtstradition entsprechend erfolgt eine engmaschige Abwägungskontrolle. Danach wird die Ausübung des Regulierungsermessens vom Gericht beanstandet, „wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Ab-

⁸³ BVerwG N&R 2014, 46 (49).

⁸⁴ Vgl. hierzu auch *Kleinlein* N&R 2010, 75 (77), der nach Netzentgeltarten differenziert.

⁸⁵ *Kleinlein/Schubert* N&R 2013, 185 (189); *Säcker* in *BerlKommEnR*, Bd. I, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 16 ff.

⁸⁶ Vgl. *Hölscher* N&R 2014, 58 (61).

⁸⁷ EuGH Slg. 2008, I-2931 Rn. 163 ff. (170) – *Arcor*, hierzu *Ludwigs* NVwZ 2009, 549 ff.; ausführlich zur Verfahrensautonomie zuletzt *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013.

⁸⁸ BVerwGE 148, 48 Rn. 33; BVerwG NVwZ 2012, 1047.

wägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).⁸⁹ Außerdem ist ein verbleibender Beurteilungsspielraum „auf der Nahstelle des Regulierungsermessens“ besonderen Begründungsanforderungen unterworfen, wobei die Kontrollmaßstäbe des Beurteilungsspielraumes sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite beim Regulierungsermessens anzuwenden sind.⁹⁰ Darüber hinaus ist die eigentliche Bewertung der Behörde im Hinblick auf das Kohärenz- und Konsistenzgebot „auch darauf zu prüfen, ob die im Hinblick auf die Kriterien, die die Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben oder doch in ihr angelegt sind, plausibel und erschöpfend argumentiert hat.“⁹¹ Für die Kontrolle des Beurteilungsspielraumes bei der Wahl der Methode zur Berechnung des Anlagevermögens bedeutet dies, dass die Bundesnetzagentur sich deshalb mit den verschiedenen Möglichkeiten der Berechnung des Anlagermögens in ihrer Begründung auseinandersetzen muss und nicht einzelne Methoden unberücksichtigt lassen darf.⁹²

Die Abwägungsdichte zeigt, dass hier kein gerichtsfreier „Kontrollspielraum“ besteht, sondern eine intensive Kontrolle des gesamten behördlichen Abwägungsvorgangs stattfindet.⁹³ Die Bewertung der Behörde ist daraufhin zu prüfen, „ob sie im Hinblick auf die Kriterien, die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben oder doch in ihr angelegt sind, plausibel und erschöpfend argumentiert hat.“⁹⁴ Die Anforderungen an die Begründung sind damit hoch, und von den vielfach befürchteten „kontrollfreien Räumen“ kann keine Rede sein. Ein Mehr an Kontrolle kann rechtstaatlich nicht verlangt werden. Gesetzliche Wertungen können bekanntlich nur da binden, wo sie vorhanden sind. Sind alle Möglichkeiten zur weiteren Auslegung erschöpft, so überschreitet der Richter seine Kompetenz, wenn er die im Rahmen des Gesetzesspielraums liegende Abwägungsentscheidung der Fachbehörde durch seine eigene ersetzt.⁹⁵

b) Personal- und Verwaltungskosten

Auch Einkaufs-, Verwaltungs- und Personalkosten daraufhin zu überprüfen, ob sie effizient gebildet sind, am besten durch Ausschreibung der entsprechenden Leistungen, soweit diese dafür geeignet sind. In der Rechtssache *Tournier* führt der Europäische Gerichtshof aus:

⁸⁹ Grundlegend zur Abwägungskontrolle BVerwGE 34, 301 (309); 45, 309 (314 f.); ausführlich hierzu *Wißmann*, Generalklauseln – Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, 2008, 270 ff.; *Schoch* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grdl. VerwR, Bd. III, 2009, § 50 Rn. 281; zur Übertragung dieser Grundsätze auf das Regulierungsermessens grundlegend BVerwGE 130, 39 ff.; 131, 41 Rn. 47 – seitdem st. Rspr.

⁹⁰ BVerwGE 130, 39 ff.; 131, 41 Rn. 47; BVerwG N&R 2014, 46 (50).

⁹¹ BVerwG N&R 2014, 46 (50) unter Bezugnahme auf BVerwG N&R 2012, 30 (32); BVerwGE 139, 226 Rn. 38.

⁹² BVerwG NVwZ 2012, 1047; BVerwGE 148, 48 Rn. 20.

⁹³ BVerwG N&R 2014, 46 (50); N&R 2012, 30 (32); BVerwGE 139, 226 Rn. 38.

⁹⁴ BVerwG N&R 2014, 46 (51).

⁹⁵ Vgl. hierzu *Säcker* in MüKoBGB, Bd I, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 96.

„Aus den Akten geht nämlich hervor, daß einer der auffälligsten Unterschiede zwischen den Verwertungsgesellschaften der verschiedenen Mitgliedstaaten in der Höhe der Verwaltungskosten liegt. Hat eine solche Verwertungsgesellschaft [...] erheblich mehr Personal als entsprechende Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten und ist dort der Teil des Gebührenaufkommens, der [...] nicht an die Autoren ausgekehrt wird, erheblich höher, so lässt sich nicht ausschließen, daß sich die Schwerfälligkeit des Verwaltungsapparats und damit der hohe Gebührensatz gerade durch den Mangel an Wettbewerb auf dem Markt erklären lassen“.⁹⁶

Genauso urteilte das BVerwG am 29.5.2013⁹⁷ bezüglich überhöhter Personalkosten, die sich aus dem Einsatz höher besoldeten, überqualifizierten Personals für eine wenig anspruchsvolle Aufgabe ergaben. Bei ineffizientem Einsatz und daraus folgender unzureichender Arbeitsproduktivität sind die entgeltrelevanten Personalkosten (die Soll-Kosten) entsprechend niedriger anzusetzen als die in der Realität angefallenen Ist-Kosten.

c) Verzinsung des Eigenkapitals

Das gilt auch für die Berechnung der Fremd- und Eigenkapitalverzinsung. Zu den Kosten effizienter Leistungserbringung gehören die angemessene Bedienung des aufgenommenen Fremdkapitals sowie die marktgerechte Verzinsung des zur Leistungserbringung benötigten Eigenkapitals nach den allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen des Capital Asset Pricing Models (CAPM).⁹⁸

Der Eigenkapitalzinssatz nach Steuern ergibt sich danach aus der Summe des – auf die letzten zehn Jahre bezogenen – Durchschnitts der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten risikofreien Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten und eines angemessenen Zuschlags für tätigkeitsspezifische unternehmerische Wagnisse auf dem betreffenden Sektor (Betafaktor). Ist das unternehmerische Wagnis der Investition in eine Branche nach den dazu vorliegenden Einschätzungen unabhängiger Investoren bzw. den Börsenpreisen der Aktien der in dieser Branche international tätigen Unternehmen gering, so spiegelt sich dies in einem niedrigen Betafaktor wider.

Die vorgenannten Grundsätze wurden maßgeblich anhand der Erfahrungen mit der Kontrolle von Monopolbereichen wie der Energiewirtschaft herausgearbeitet.⁹⁹

Da es aber keine auf den Bereich der natürlichen Monopole logisch beschränkte betriebswirtschaftliche Methode der Ermittlung angemessener Eigenkapitalverzinsung gibt, können diese Methoden auch bei der Konkretisierung des Missbrauchsverbots Anwendung finden.¹⁰⁰ Nach § 21 Abs. 2 EnWG, Art. 14 Stromhandels-

⁹⁶ EuGH Slg. 1989, 2521 Rn. 42 – Tournier; ebenso Slg. 1989, 2811 Rn. 29 – Lucazeau u. a./SACEM; siehe auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 2, 2005, Rn. 1253.

⁹⁷ BVerwG N&R 2013, 281 ff., dazu *Säcker/Mengering* N&R 2014, 74 (75 ff.).

⁹⁸ Vgl. für den TK-Sektor *Busse von Colbe* in Säcker, TKG, 2013, Vor § 27 Rn. 101 ff; für den Energiesektor *Busse von Colbe* in *BerlKommEnR*, Bd. I, 3. Auflage 2013, EnWG, Vor §§ 21 ff. Rn. 78 ff.

⁹⁹ Vgl. *Bundeskartellamt*, Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 27. September 2004, 25.

VO¹⁰¹ werden die Entgelte der Netzbetreiber auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung ermittelt, die den Kosten eines effizienten, strukturell vergleichbaren Unternehmens entsprechen, und zwar unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals, wobei gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG nur solche Kostenbestandteile berücksichtigt werden dürfen, die sich ihrem Umfang nach auch im Wettbewerb einstellen würden.¹⁰² Dies entspricht genau der Preismissbrauchskontrolle gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 und § 29 S. 1 Nr. 2 GWB. Die geltenden Missbrauchsverbote nehmen also die tatsächlichen Kosten des Normadressaten nicht als Datum hin. Im Rahmen der Missbrauchskontrolle gilt kein Rate-of-Return (oder cost plus-Konzept, das nach dem Motto verfährt: Je höher die Kosten, umso höher der Gewinnaufschlag), sondern es gilt das Effizienzkostenprinzip.¹⁰³

d) Ineffiziente kleinteilige Gebiets- und Unternehmensstrukturen

Beim Effizienzvergleich können zur Rechtfertigung höherer Kosten gebietsstrukturelle Ungleichheiten dann nicht herangezogen werden, wenn dies, wie das OLG Düsseldorf¹⁰⁴ im Anschluss an das Urteil des BGH¹⁰⁵ zutreffend ausführt, zu einer „Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen“ führen würde, die bei wirksamem Wettbewerb nicht mehr bestehen würden.¹⁰⁶ Auch bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge gilt, dass diese wirtschaftlich zu erfüllen sind.¹⁰⁷ In Deutschland gibt es ca. 2.800 Wasserversorgungsbetriebe und über 800 kommunale Energieversorgungsunternehmen. Art. 28 Abs. 2 GG garantiert keine unwirtschaftliche Aufgabenerfüllung¹⁰⁸: es gibt auch auf kommunaler Ebene keinen Zwang zur Uneinigkeit. So wie privatwirtschaftliche Unternehmen durch Umstrukturierung, Fusionen und Kooperationen ihre Wettbewerbsfähigkeit an veränderte Marktumstände anpassen müssen, müssen dies auch kommunale Unternehmen tun. Eine Rechtfertigung hoher Kosten ist daher auch mit dem Argument kommunaler Eigenständigkeit rechtlich nicht möglich.¹⁰⁹ Leider hat es die Bundesnetzagentur nicht gewagt, hohe Netzkosten von Unternehmen, die aus überteuerter Wartung und Entstörung sowie aus zu hohen smarten IT-Kosten resultieren, deshalb nicht anzuerkennen, weil diese sich anbietende kostensenkende interkommunale Fusionen und Kooperationen mit Nachbarnetzbetreibern in überörtlichen netztechnischen Verbundsystemen und Arbeitsgemeinschaften nicht vorgenommen haben. Über hohe Unterschiede in den Netzkosten braucht sich daher niemand zu

¹⁰⁰ Vgl. näher *Mohr N&R* 2016, 194 ff.

¹⁰¹ VO (EG) Nr. 714/2009.

¹⁰² Näher dazu *Säcker/Meinzenbach RdE* 2009, 1 (12).

¹⁰³ Näher *Säcker* in *BerlKommEnR*, Bd. I, 4. Aufl. 2018, § 21 Rn. 37 ff.

¹⁰⁴ Vgl. OLG Düsseldorf ZNER 2014, 186 (190) – Berliner Wasser.

¹⁰⁵ Vgl. BGH NJW 2010, 2573 – Wasserpreise Wetzlar.

¹⁰⁶ Zur Kritik bereits *Säcker* in *ders./Busse von Colbe, Wettbewerbsfördernde Anreizregulierung*, 2007, 117 (124).

¹⁰⁷ *Säcker* NJW 2012, 1105 (1108).

¹⁰⁸ Hierzu *Pielow* in *BerlKommEnR*, Bd. I, 3. Auflage 2013, EnWG, Einl. E Rn. 391 ff.

¹⁰⁹ *Säcker/Busche VerwA* 83 (1992), 1 (24).

wundern.¹¹⁰ Wettbewerbsorientierte, dynamische Märkte sind als Folge permanenter Änderungen der Marktstrukturen durch Ausscheiden insuffizienter Marktteilnehmer, durch Kooperationen, Fusionen und Akquisitionen gekennzeichnet. Wer betriebswirtschaftlich gebotene, kostensenkende Kooperationen nicht will, handelt ineffizient. Deshalb kann z. B. ein mit hohen Gemeinkosten operierendes kleines kommunales Energieversorgungsunternehmen nicht geltend machen, es dürfe nur mit gleichartigen Unternehmen verglichen werden, wenn auch diese die Bildung leistungsfähiger größerer Einheiten verpasst haben. Dies würde dem Ziel der Wettbewerbsorientierung der Entgelte grob widersprechen. Die Regulierungs- und Kartellbehörden müssen sich von dem Leitbild leiten lassen, dass effizient handelnde Unternehmen im Wettbewerb ggf. auch ihre Organisationsstrukturen an sich verändernde Rahmenbedingungen anpassen.¹¹¹

VI. Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) und ökonomischer Beurteilungs- und Prognosespielraum

1. Grundsatzfragen

Hauptursache für die Schwierigkeiten bei der Ermittlung, welche Kosten mit einer effizienten Leistungsbereitstellung verbunden sind, ist die Informationsasymmetrie zwischen den Beteiligten.¹¹² Als Teil der internen Unternehmensrechnung ist die Kostenrechnung allein Sache der Unternehmensführung und unterliegt im Gegensatz zum externen Rechnungswesen keinen Publizitätspflichten und keiner gesetzlichen Normierung. Die interne Kostenrechnung arbeitet mit einem unternehmensorientierten forward-looking-approach.¹¹³ Aufgrund dieser Zukunftsbezogenheit ist es unvermeidlich, bei der Entgeltermittlung z. T. mit Schätzungen und Annahmen (best- und worst-case-Szenarien) zu arbeiten.¹¹⁴ Die daraus abgeleitete Entgelthöhe basiert auf den zugrunde gelegten ökonomischen Prognosen und Methoden.

Die Frage, welche Kosten für die Bereitstellung eines Produkts im relevanten Markt erforderlich sind, kann unter dem Gesichtspunkt der Qualität, Sicherheit, Langfristigkeit bzw. Präzision in einem gewissen Umfang unterschiedlich beurteilt

¹¹⁰ Vgl. Presseinformation des Bundesverbandes für Energieabnehmer e.V. (VEA) vom 9.4.2014, in der Preisunterschiede bei Stromnetzentgelten zwischen den einzelnen Netzbetreibern im Bereich der Mittelspannung von bis zu 400% dargelegt werden. Bei Gasnetzentgelten liegt die Spanne laut Pressemitteilung von VEA vom 7.5.2014 bei bis zu 500%.

¹¹¹ Vgl. bereits Säcker in ders./Busse von Colbe, Wettbewerbsfördernde Anreizregulierung, 2007, 117 (129 ff.).

¹¹² Hierzu *Abege/Meyne/Freie* zfbf Sonderheft 64/11, 76 (82 ff.); *Säcker/Mengering* N&R 2014, 74 (75); *Busse von Colbe* in *BerlKommEnR*, 3. Auflage 2013, Vor § 21, Rn. 102; *Säcker/Meinzenbach* in *BerlKommEnR*, 3. Auflage 2013, § 21 Rn. 34; *Berndt/Franz/Angenendt* in *BerlKommEnR*, 3. Auflage 2013, Vor § 21 a, Rn. 3, ausführlich *Herzmann*, Konsultationen, 2010, 134 ff.

¹¹³ *Knieps* in Schriftenreihe der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft, Reihe B, Bd. 262, 2003, 7 (10); *Ewert/Wagenhofer*, Interne Unternehmensrechnung, 2008, 647 ff.; *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 23. Aufl. 2008, 918 ff.

¹¹⁴ *Jansen*, Ermittlung der Kosten für Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze, 2009, 68.

werden.¹¹⁵ Ferner kann sich bei einer langfristigen Betrachtungsweise ergeben, dass aufgrund der möglichen Kapazitätsanpassung Kostenelemente variabel sind.¹¹⁶ Diese Kosten lassen sich nicht direkt aus dem Rechnungswesen des Unternehmens ableiten, sondern müssen im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung geschätzt werden.¹¹⁷ So setzt eine Kostenbetrachtung zu aktuellen Gebrauchswerten andere Preissignale als bei einer Bewertung des Anlagevermögens zu historischen Kosten oder zu Wiederbeschaffungskosten.¹¹⁸

Soweit die Frage, welche Kosten für die Leistungsbereitstellung erforderlich sind, betriebswirtschaftlich seriös unterschiedlich beurteilt werden kann¹¹⁹, ist bei der kartell- bzw. regulierungsbehördlichen Entscheidung bzw. beim private enforcement-Prozess ein Beurteilungsspielraum des Unternehmens bei der sachgerechten Ausfüllung des Effizienzmaßstabes zu respektieren. Beurteilt die Regulierungsbehörde den vom Unternehmen angewandten Maßstab auf der Grundlage des dazu eingeholten Gutachtens als KEL-gerecht, der es der Behörde verwehrt, das Unternehmen zur Wahl einer anderen, angeblich besser geeigneten Berechnungsmethode zu verpflichten. Das gilt auch für die gerichtliche Entscheidung.

Das BVerwG hat unter Rückgriff auf das Arcor-Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu Recht festgestellt, dass bei der Überprüfung von Kostenpositionen auf Richtigkeit und Erforderlichkeit die Anerkennung eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfaren Entscheidungsspielraumes „in Bezug auf abgrenzbare Teilaspekte“¹²⁰ unvermeidlich ist. Das Gericht hat dies allerdings für den *behördlichen* Entscheidungsspielraum festgestellt. Richtigerweise gilt das aber bereits im Vorfeld für die Unternehmensentscheidung selber. Die Business Judgment Rule anerkennt dies in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG mit den Worten, dass, wenn der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information¹²¹ zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, die Entscheidung rechtlich nicht beanstandet werden kann.¹²² Das kann natürlich dazu führen, dass verschiedene Unternehmen im Rahmen ihrer Autonomie unterschiedliche betriebswirtschaftliche Methoden, die wissenschaftlich anerkannt sind und von Behörden und Gerichten als vertretbar angesehen werden, wählen und dadurch divergente Ergebnisse entstehen können. Das ist von der Behörde hinzunehmen. Einheitlichkeit des Ergebnisses ist in einem System mit vielen hundert autonomen Unternehmen kein Ziel von höchster Priorität.

¹¹⁵ Jansen, Ermittlung der Kosten für Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze, 2009, 68; Busse von Colbe in Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, Vor § 27, Rn. 17.

¹¹⁶ Busse von Colbe in Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, Vor § 27, Rn. 17.

¹¹⁷ Busse von Colbe in Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, Vor § 27, Rn. 17.

¹¹⁸ Ausführlich zu den Preissignalen und vorhandenen Spielräumen BVerwG N&R 2014, 46 (49).

¹¹⁹ Zu den verschiedenen Blickwinkeln auch Kleinlein N&R 2010, 75 (79); Werkmeister N&R 2013, 23 (24); Mengerling, Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht, 2017, 148 ff.

¹²⁰ BVerwG MMR 2010, 207 (209); Beschluss v. 30.6.2010, 6 B 7/10, Rn. 4; BVerwGE 146, 325.

¹²¹ Dazu gehören insbesondere industrieökonomische und betriebswirtschaftliche Analysen.

¹²² Hierzu Harnos, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, 2013, 71 ff.; Bachmann ZHR 177 (2013), 1 ff.

Die Kernfrage bei der Auseinandersetzung um unternehmerische Beurteilungsspielräume bei der Entgeltkontrolle ist, in welchen konkreten Teilbereichen angesichts aktueller Marktgegebenheiten (z. B. Forschungs- und Innovationsdynamik, Technologiewechsel) ein Beurteilungsspielraum besteht. Entscheidungen, die innerhalb dieses Spielraums liegen, sind als wettbewerbs- bzw. regulierungskonform zu respektieren.¹²³ Die sektorübergreifende, allgemeine Bedeutung der Entscheidung des BVerwGs vom 29.5.2013 zeigt das vom OLG Düsseldorf gefällte Urteil vom 24.4.2013.¹²⁴ Das OLG hatte hier zu entscheiden, wann eine Eigenkapitalverzinsung angemessenen ist. Das Gericht stellte zunächst fest, dass das Gesetz zwar keine Vorgaben für die konkrete Methode mache; daraus folge aber nicht, dass „die Regulierungsbehörde bei der Wahl der Methode einen Beurteilungsspielraum hätte“.¹²⁵

Diese Feststellung schränkt es sodann aber mit den nachfolgenden Sätzen ein. Die tatsächlichen Voraussetzungen des unbestimmten Rechtsbegriffs seien zwar gegenwärtig feststellbare Tatsachen; der „prognostische Einschlag“ bei der Höhe des angemessenen Zinssatzes einschließlich des Wagniszuschlags für die Zukunft führe aber zu einer Ungenauigkeit, die kein eindeutiges, im Sinne einer mathematisch-naturwissenschaftlich Genauigkeit richtiges Ergebnis zulasse. Der prognostische Charakter der Entscheidung habe daher eine Einschränkung der Kontrolldichte „aus der Natur der Sache“ zur Folge.¹²⁶ Da es für dieses Verfahren keine in der Wirtschaftswissenschaft anerkannte maßgebliche Bewertungsmethode gebe und andererseits der Gesetzgeber von der Festlegung auf eine bestimmte Bewertungsmethode abgesehen habe, seien zwangsläufig unterschiedliche Ergebnisse möglich.¹²⁷ Soweit eine Behörde ihre Methodenwahl zwischen mehreren in dem Fachgebiet verbreiteten Methoden mit gut vertretbaren Erwägungen getroffen habe, sei diese Wahl von den Gerichten grundsätzlich zu akzeptieren.¹²⁸

Materiell entspricht die Begründung der modifizierten Kontrolldichte dem Kriterium des BVerwGs, welches einen Beurteilungsspielraum typischerweise bei ökonomischen Wertungen und Prognosen für möglich erachtet.¹²⁹ Eine gerichtskontrollfreie Entscheidungskompetenz der Behörde ist daher nur dann anzunehmen, wenn es keine gesicherte wissenschaftliche Methode gibt. Auch das eingeschränkte Maß an Kontrolldichte entspricht dem vom BVerwG bei der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen angelegten Prüfungsschema der Abwägungs-, Vertretbarkeits- und Plausibilitätskontrolle.¹³⁰ Die Behörde muss über die umstrittene Frage

¹²³ Säcker/Mengering N&R 2014, 74 (83).

¹²⁴ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 ff.

¹²⁵ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 (220) unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Bestimmung des Fremdkapitalzinssatzes nach § 5 Abs. 2 Hs. 2 StromNEV, Beschluss v. 14.8.2008, KVR 36/07, Rn. 64.

¹²⁶ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 (220); hierzu Säcker/Mengering N&R 2014, 74 (82).

¹²⁷ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 (220). Das OLG wird 2018 erneut über diese Frage entscheiden müssen.

¹²⁸ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 (220).

¹²⁹ BVerwG N&R 2013, 281 (284); N&R 2013, 272 (278) unter Verweis auf seine st. Rspr. vgl. nur BVerwGE 141, 1, Rn. 59 m. w. N.

¹³⁰ OLG Düsseldorf N&R 2013, 219 (220) unter Verweis auf OLG Karlsruhe für den vergleichbaren Bereich der Unternehmensbewertung, Beschluss v. 15.11.2012, 12 W 66/06, Rn. 156; OLG Schleswig, Beschluss v. 1.10.2009, 16 Kart 2/09, Rn. 7.