

Neue Vorgaben des Bundesgerichtshofs zum Effizienzvergleich

Klaus Bacher

Richter am Bundesgerichtshof

Berlin, 20. September 2018

Agenda

- Grundlagen
- Auswahl von Vergleichsparametern
- Besonderheiten der Versorgungsaufgabe
- Auswahl der Netzbetreiber

Grundlagen

■ § 12 ARegV

(1) ¹Die Bundesnetzagentur führt vor Beginn der Regulierungsperiode mit den in Anlage 3 aufgeführten **Methoden**, unter Berücksichtigung der in Anlage 3 genannten **Vorgaben** sowie nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 und der §§ 13 und 14 jeweils einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen und Gasverteilernetzen mit dem **Ziel** durch, die Effizienzwerte für diese Netzbetreiber zu ermitteln. ...

■ § 13 ARegV

(1) Die Regulierungsbehörde hat im Effizienzvergleich **Aufwandsparameter** und **Vergleichsparameter** zu berücksichtigen.

(2) Als Aufwandsparameter sind die nach § 14 ermittelten **Kosten** anzusetzen.

(3) ¹Vergleichsparameter sind Parameter zur Bestimmung der **Versorgungsaufgabe** und der **Gebietseigenschaften**, insbesondere ²Die Parameter müssen geeignet sein, die Belastbarkeit des Effizienzvergleichs zu stützen.

Ermessen/Beurteilungsspielraum

■ Grundsatz

Die Auswahl einer konkreten Methode für den Effizienzvergleich hat der Verordnungsgeber an zahlreichen Stellen der Regulierungsbehörde überlassen. Auch soweit er bestimmte **Parameter oder Methoden** vorgegeben hat, sind diese Aufzählungen nicht abschließend, sondern räumen der Regulierungsbehörde ausdrücklich die Möglichkeit ein, zusätzliche Parameter oder Methoden heranzuziehen. Die der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräume kommen hinsichtlich einiger Aspekte einem Beurteilungsspielraum, hinsichtlich anderer Aspekte einem Regulierungsermessen gleich. Die für diese beiden Kategorien geltenden Kontrollmaßstäbe unterscheiden sich eher verbal und weniger in der Sache.

09.10.2012 – EnVR 88/10 Rn. 39-53 – SWM Infrastruktur GmbH

Ermessen/Beurteilungsspielraum

■ Tatrichter und Rechtsbeschwerdegericht

- Die Überprüfung, ob das methodische Vorgehen der Regulierungsbehörde nach den dafür maßgeblichen Kriterien zu beanstanden ist, obliegt in erster Linie dem **Tatrichter**. Soweit die behördliche Entscheidung auf rechtlichen Schlussfolgerungen beruht, sind die hierfür anzustellenden Erwägungen mit der Feststellung der dafür maßgeblichen Tatsachen in der Regel so eng verwoben, dass auch sie im Wesentlichen dem Bereich der tatrichterlichen Würdigung zuzuordnen sind.
- Die Entscheidung des Tatrichters kann deshalb in der **Rechtsbeschwerdeinstanz** nur dahingehend überprüft werden, ob er erhebliches Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt gelassen, wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht gelassen oder offenkundig fehlgewichtet, Rechtsgrundsätze verkannt oder sonst unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt hat.

27.01.2015 – EnVR 37/13 Rn. 28 – ONTRAS Gastransport GmbH
(zur Eigenkapitalverzinsung)

Auswahl von Vergleichsparametern

■ Erste Regulierungsperiode

- Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, beim Effizienzvergleich für Stromnetze in der ersten Regulierungsperiode Einrichtungen im Bereich der **Höchstspannung** und das Verhältnis zwischen der Anzahl von **Zählpunkten** und der Anzahl von **Anschlusspunkten** nicht als Vergleichsparameter heranzuziehen, ist nicht ermessensfehlerhaft.

09.12.2012 – EnVR 88/10 Rn. 43 ff., 47 ff. – SWM Infrastruktur GmbH

- Die Bundesnetzagentur hat auch beim Effizienzvergleich für Gasnetze in der ersten Regulierungsperiode rechtsfehlerfrei davon abgesehen, das Verhältnis zwischen der Anzahl von **Messstellen** und der Anzahl von **Ausspeisepunkten** als Vergleichsparameter heranzuziehen.

21.01.2014 – EnVR 12/12 Rn. 47 ff. – Stadtwerke Konstanz GmbH

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ § 15 ARegV

(1) ¹Weist ein Netzbetreiber nach, dass Besonderheiten seiner Versorgungsaufgabe im Sinne des Vorliegens **außergewöhnlicher struktureller Umstände** bestehen, die im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Absatz 3 und 4 nicht hinreichend berücksichtigt wurden und durch den Netzbetreiber nicht beeinflussbar sind, und dies die nach § 14 Absatz 1 Nummer 1 und 2 ermittelten **Kosten um mindestens 5 Prozent erhöht**, so hat die Regulierungsbehörde einen Aufschlag auf den nach den §§ 12 bis 14 oder 22 ermittelten Effizienzwert anzusetzen (bereinigter Effizienzwert).

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Grundsatz

- Zur Versorgungsaufgabe im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV gehören alle Anforderungen, die an den Netzbetreiber **von außen** herangetragen werden und denen er sich **nicht** oder nur mit unzumutbarem Aufwand **entziehen** kann.
- Dies sind alle **Rahmenbedingungen**, mit denen sich der Netzbetreiber beim Betrieb des Netzes konfrontiert sieht und auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hat.

09.12.2012 – EnVR 88/10 Rn. 59-61 – SWM Infrastruktur GmbH

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Besonderheiten

- Eine über dem Durchschnitt liegende Anzahl von **Zählpunkten pro Anschlusspunkt** kann eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe darstellen.
09.12.2012 – EnVR 88/10 Rn. 72 – SWM Infrastruktur GmbH
- Die Beschaffenheit des **Bodens** im Versorgungsgebiet ist in der Regel ein Umstand, auf den der Netzbetreiber keinen Einfluss hat.
07.10.2014 – EnVR 25/12 Rn. 48 f.

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Keine Besonderheiten

- Die **technische Beschaffenheit** des Netzes ist nicht per se ein Umstand, der an den Netzbetreiber von außen herangetragen wird und auf den er keinen Einfluss hat.
- **Historisch bedingte Nachteile**, die darauf beruhen, dass Maßnahmen zur Verbesserung der Netzstruktur in der Vergangenheit unterblieben sind, können allenfalls dann als Besonderheit der Versorgungsaufgabe qualifiziert werden, wenn das Unterbleiben von Verbesserungsmaßnahmen seinerseits auf Umständen beruht, die von außen an den Netzbetreiber herangetragen wurden und auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hatte.
- Beispiele:
 - Hohe Anzahl von groß dimensionierten **Niederdruckleitungen** wegen später Umstellung von Stadtgas auf Erdgas.
21.01.2014 – EnVR 12/12 Rn. 111 ff. – Stadtwerke Konstanz GmbH
 - Hoher Anteil von **Stahlleitungen** wegen später Umstellung auf PE-Leitungen
07.10.2014 – EnVR 25/12 Rn. 46

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Schwellenwert für Mehrkosten

- Bei der Prüfung, ob Besonderheiten der Versorgungsaufgabe zu einer Erhöhung der relevanten Kosten um mehr als den in § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV definierten Schwellenwert [bis 21.08.2013: 3%, seither 5%] führen, dürfen die Auswirkungen einzelner Abweichungen **nicht aufsummiert** werden.

09.12.2012 – EnVR 88/10 Rn. 84 – SWM Infrastruktur GmbH

21.01.2014 – EnVR 12/12 Rn. 115 – Stadtwerke Konstanz GmbH

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Darlegung von Mehrkosten

- Mehrkosten sind nur insoweit zu berücksichtigen, als sie durch die in Rede stehende Besonderheit der Versorgungsaufgabe **verursacht** werden.
- Deshalb dürfen die Mehrkosten für eine ungewöhnlich hohe Anzahl von Zählpunkten **nicht** in der Weise ermittelt werden, dass für die über dem Durchschnittswert liegende Anzahl von Zählpunkten die **durchschnittlich** anfallenden Kosten pro Zählpunkt angesetzt werden.
- Darzulegen ist, welche **zusätzlichen** Kosten im Durchschnitt entstehen, wenn an einem Anschlusspunkt zusätzliche Zählpunkte betrieben werden müssen.

09.12.2012 – EnVR 88/10 Rn. 76 f. – SWM Infrastruktur GmbH

- Dies kann etwa dadurch geschehen, dass die Kosten für Messstellen an Ausspeisepunkten, denen keine weiteren Messstellen zugeordnet sind, den Kosten für Messstellen an den sonstigen Ausspeisepunkten gegenübergestellt werden.

16.12.2014 – EnVR 54/13 Rn. 47 – Festlegung Tagesneuwerte II

14.04.2015 – EnVR 16/14 Rn. 31

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Darlegung von Mehrkosten

- Die Mehrkosten für ungewöhnlich schwierige **Bodenverhältnisse** dürfen nicht in der Weise ermittelt werden, dass für alle Leitungen, die in Gebieten mit der betreffenden Bodenklasse verlegt sind, die Mehrkosten gegenüber einer Verlegung unter normalen Bedingungen angesetzt werden.
- Vielmehr ist ergänzend darzulegen, welche Mehrkosten für Leitungen in der betreffenden Bodenklasse bei einem **durchschnittlichen Netzbetreiber** anfallen würden.

07.10.2014 – EnVR 25/12 Rn. 53 ff.

Besonderheiten der Versorgungsaufgabe

■ Darlegung von Mehrkosten

- Die Mehrkosten für eine ungewöhnlich hohe Anzahl von **Zählpunkten** pro Anschlusspunkt dürfen in der Weise ermittelt werden, dass die isolierten Kosten für einen einzelnen Zählerpunkt mit der Anzahl der "überzähligen" Zählerpunkte multipliziert werden.
- Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei der Ermittlung der Einzelkosten nur solche Kostenbestandteile berücksichtigt wurden, bei denen sich **keine Synergieeffekte** einstellen.

07.06.2016 – EnVR 1/15 Rn. 17-21 – inetz GmbH

Auswahl der Netzbetreiber

■ § 12 ARegV

(1) ¹Die Bundesnetzagentur führt ... einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen und Gasverteilernetzen ... durch

■ Gasverteilernetze

- Für den Begriff "Betreiber von Gasverteilernetzen" gilt die Definition in § 3 Nr. 7 EnWG.
- Die im Gesetz vorgesehene Unterscheidung zwischen den Betreibern von Fernleitungsnetzen und den Betreibern von Verteilernetzen ist abschließend.
- Betreiber von regionalen Gasleitungsnetzen, die an Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkten keine Buchungspunkte oder -zonen aufweisen und deshalb nach § 3 Nr. 5 EnWG n.F. nicht mehr als Fernleitungsnetze anzusehen sind, fallen nunmehr unter § 3 Nr. 7 EnWG.
- Diese Einordnung steht jedenfalls im Zusammenhang mit dem Effizienzvergleich nicht in Widerspruch zum Unionsrecht.
- § 21a EnWG erfordert nicht zwingend eine weitergehende Differenzierung.

12.06.2018 – EnVR 53/16 Rn. 11-50 – Stadtwerke Essen AG

Berücksichtigung von Besonderheiten

■ Ermessen/Beurteilungsspielraum

- Hinsichtlich der Frage, durch welche **methodische Vorgehensweise** einzelnen strukturellen Besonderheiten von Netzbetreibern Rechnung getragen wird, steht der Bundesnetzagentur ein Spielraum zu.
- Die diesbezügliche Entscheidung der Bundesnetzagentur ist deshalb nur dann **rechtsfehlerhaft**, wenn objektiv gegebene Besonderheiten gänzlich unberücksichtigt geblieben sind, wenn ihre Bedeutung verkannt wurde oder wenn die Art und Weise, in der sie berücksichtigt wurden, nicht geeignet ist, um angemessene Ergebnisse zu erzielen.

12.06.2018 – EnVR 53/16 Rn. 55 f. – Stadtwerke Essen AG

Berücksichtigung von Besonderheiten

■ Ausreißeranalyse

- Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts stellt die in verschiedenen Stufen durchgeführte Ausreißeranalyse grundsätzlich ein **geeignetes Mittel** dar, um zu verhindern, dass das Gesamtergebnis durch einzelne Extremwerte unangemessen beeinflusst wird.
- Der Umstand, dass sich für einzelne Netzbetreiber bei einer abweichenden Berechnungsweise möglicherweise ein **günstigerer Wert** ergeben hätte, führt noch nicht dazu, dass die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode als rechtsfehlerhaft einzustufen ist.

12.06.2018 – EnVR 53/16 Rn. 57-62 – Stadtwerke Essen AG

Berücksichtigung von Besonderheiten

■ Vergleichsparameter

- Die Einbeziehung der Vergleichsparameter "Ausspeisepunkte > 16 bar" und "Vorherrschende Bodenklasse 4 5 6" ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- Die Schätzung des Werts für den Vergleichsparameter "Versorgte Fläche" anhand der Flächen aller Gemeinden, durch die Leitungen der regionalen Netzbetreiber verlaufen und in denen zu deren Netz gehörende Anlagen belegen sind, ist nicht geeignet, den Besonderheiten dieser Netzbetreiber angemessenen Rechnung zu tragen.
 - Bei örtlichen Verteilernetzen ist dieser Parameter insbesondere deshalb relevant, weil sich das Netz typischerweise über erhebliche Teile dieser Fläche erstrecken muss.
 - Bei Netzen, die vor allem dem Transport über weitere Entfernungen dienen, besteht ein solcher Zusammenhang typischerweise nicht.

12.06.2018 – EnVR 53/16 Rn. 63-79 – Stadtwerke Essen AG