

Rechtliche Implikationen der Kostenprüfung im Verfahren der Erlösobergrenzenfestlegung

21. Mai 2020



enreg. Institut für Energie- und
Regulierungsrecht Berlin

Agenda

- 1 Der Verfahrensgang: Von der Kostenprüfung zum EOG-Bescheid
- 2 Zwischenergebnis zur Kostenprüfung durch öffentlich-rechtliche Verträge?
- 3 Schaffung einer eigenen Beschwer erforderlich?
- 4 Nachträgliche Korrektur von Angaben/„Daten“ möglich?



Der Verfahrensgang:
Von der
Kostenprüfung zum
EOG-Bescheid

Die Erlösberggrenzenfestlegung als wesentliches Instrument der Anreizregulierung

Die Erlösberggrenze nach § 4 ARegV ist das wesentliche Instrument und Element im Anreizregulierungssystem

Die Bestimmung der Erlösberggrenze erfolgt nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV, § 29 Abs. 1 EnWG durch Festlegung der Regulierungsbehörde in Gestalt des **Erlösberggrenzenbescheides**

- Die Erlösberggrenzen werden für jedes Kalenderjahr der gesamten Regulierungsperiode bestimmt, vgl. § 4 Abs. 2 ARegV.
- Die Erlösberggrenzenfestlegung erfolgt im Rahmen einer unternehmensindividuellen Betrachtung für jeden Netzbetreiber gesondert.

Um die Erlösberggrenze bestimmen zu können, hat die zuständige Regulierungsbehörde zunächst das **Ausgangsniveau zu ermitteln**, § 6 Abs. 1 ARegV

- Das Ausgangsniveau fließt aufgegliedert in die Kostenbestandteile nach § 11 ARegV in die Regulierungsformel ein.
- Das Ausgangsniveau bestimmt zugleich, mit welchen Aufwandsparemtern ein Netzbetreiber in den Effizienzvergleich eingeht, § 14 Abs. 1 Nr. 1 ARegV.

Verfahrensgang und Ergebnis der Kostenprüfung

Die Ermittlung des Ausgangsniveaus erfolgt durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der GasNEV/StromNEV

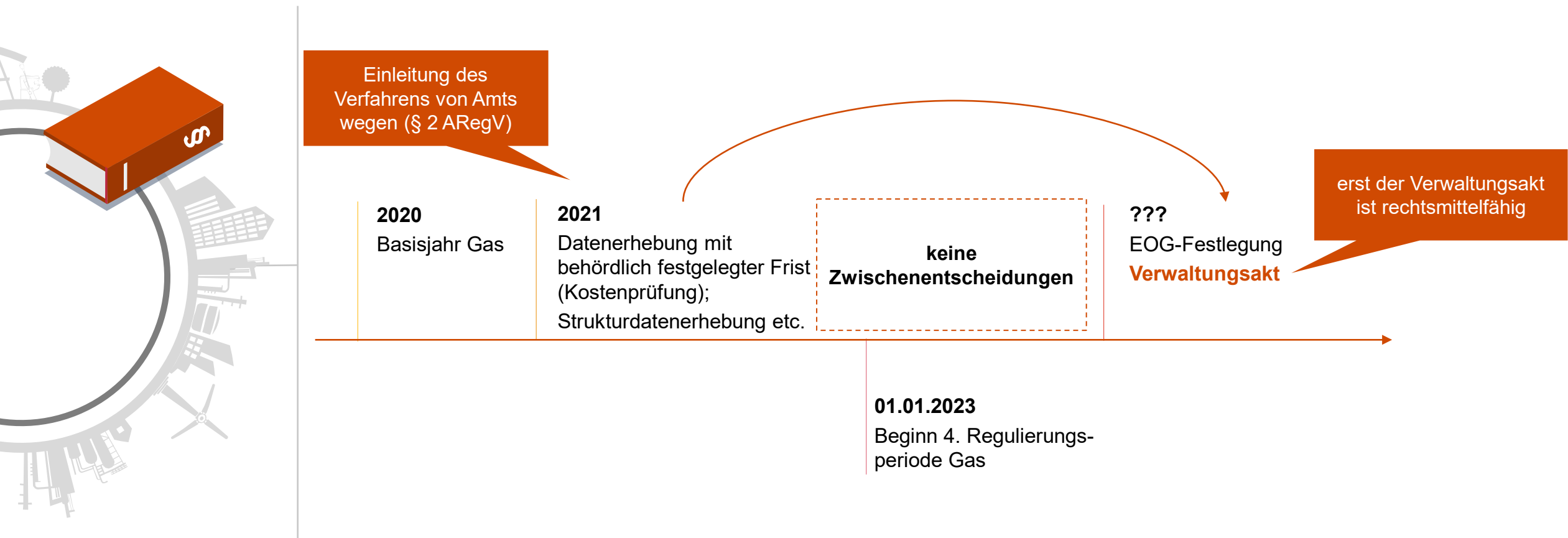
Bevor die zuständige Regulierungsbehörde die Kostenprüfung abschließt und dem jeweiligen Netzbetreiber das Ergebnis der Kostenprüfung mitteilt, hört diese gegebenenfalls zuvor gesondert zum beabsichtigten Ergebnis der Kostenprüfung an.

- Im Rahmen einer solchen Anhörung werden dabei die Positionen erörtert, welche die Behörde für nicht anerkennungsfähig hält.
- (Spätestens) zur Anhörung teilt die Regulierungsbehörde also das Ergebnis der Kostenprüfung mit.

Das Ergebnis der Kostenprüfung wird **nicht** im Wege eines gesonderten Bescheides mitgeteilt

- Ergebnismitteilung ist nur Bestandteil des nach § 2 ARegV **von Amts wegen** eingeleiteten Verwaltungsverfahrens.
- Ergebnis der Kostenprüfung ist damit vielmehr ein unselbständiger Bestandteil des EOG-Bescheides.

Zeitplan für die EOG-Festlegung



2

Zwischenergebnis zur
Kostenprüfung durch
öffentlich-rechtliche
Verträge?

Öffentlich-rechtlicher Vertrag als praktische Lösung für mehr Sicherheit?

- Ergebnismitteilung des Ausgangsniveaus ist lediglich unselbstständiger Bestandteil des Verwaltungsverfahrens und kein selbstständiger Verwaltungsakt.
- Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bestimmung des Ausgangsniveaus sind begrenzt.
- Als „echte“ Rechtsschutzmöglichkeit verbleibt allein eine Beschwerde gegen den am Ende des Verwaltungsverfahrens erlassenen Erlösobergrenzenbescheid.
- Vorgehen gegen den Bescheid im Ganzen nicht immer prozessökonomisch und strategisch sinnvoll.
- Zur „Zwischensicherung“ hat sich daher der Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen in der Praxis etabliert.

ÖFFENTLICH - RECHTLICHER VERTRAG

zwischen

und

der _____

– im Folgenden: _____ –

zur Kostenprüfung Gas nach § 6 Abs. 3 ARegV (Basisjahr 2015)

Die _____ hat der _____ die von ihr angeforderten Daten für eine Kostenprüfung vorgelegt. Die _____ hat mit diesen Daten das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen für die 3. Regulierungsperiode im Gas (Basisjahr 2015) durch eine Kostenprüfung nach den Bestimmungen in § 6 ARegV ermittelt.

Um die Kostenprüfung für die 3. Regulierungsperiode zu einem Abschluss zu bringen, haben sich _____ und _____ auf nachfolgende Regelungen verständigt. Dies beinhaltet keinerlei präjudizielle Regelung oder Wirkung für Entgeltperioden nach der 3. Regulierungsperiode.

Bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Erlösobergrenzen ist die Frage erheblich, in welcher Höhe kalkulatorische und aufwandsgleiche Kosten und Erlöse berücksichtigt werden.

Die vorgelegten Kosten und Erlöse werden im Rahmen der Kostenprüfung von der _____ nicht in allen Punkten als betriebsnotwendig und sachgerecht anerkannt, was zu entsprechenden Kürzungen bzw. Hinzurechnungen geführt hat. Zur Vermeidung von Auseinandersetzungen über einzelne Kostenpositionen haben sich _____ und _____ einvernehmlich auf ein als sachgerecht erachtetes Ausgangsniveau nach § 6 ARegV in Höhe von _____ EUR (siehe hierzu die beigefügte Anlage „BAB“) geeinigt. Dieses einvernehmlich festgestellte Ausgangsniveau wird in einem ggfs. nachfolgenden Beschwerdeverfahren nicht mehr angefochten werden. Hiervon ausgenommen sind die Indexreihen zur Ermittlung der Tagesneuwerte, die Höhe der Verzinsung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals bis zu einer

1

Öffentlich-rechtlicher Vertrag als praktische Lösung für mehr Sicherheit?

Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Vertrages

- Einigung auf ein als sachgerecht erachtetes Ausgangsniveau in genau bezifferter Höhe
- Einigung darüber, dass dieses einvernehmlich festgestellte Ausgangsniveau nicht mehr angefochten wird, ggf. unter Ausnahme bestimmter Einzelpunkte

Wirkung

- Schaffung von Rechtssicherheit und -klarheit
- Vermeidung von kostenintensiven und unter Umständen langwierigen Prozessen
- Der „Deal“ in der Kostenprüfung!

Eigenkapitalquote von 40% (sog. EK I-Zinssatz) und des überschießenden Eigenkapitals ab einer Eigenkapitalquote von 40 % (sog. EK II-Zinssatz) sowie die Berechnungsmethodik der kalkulatorischen Gewerbesteuer; zu diesen Punkten sind Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren anhängig.

Zu diesem einvernehmlich festgestellten Ausgangsniveau gehören auch die ermittelten Daten zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 ARegV (Anlage „KA(dnb)“) und die Ergebnisse zum Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3 ARegV (Anlage „A4_KKAb“). Soweit sich im Rahmen von diesbezüglichen Gerichtsverfahren anderer Netzbetreiber rechtskräftig Änderungen an der Berechnung des Kapitalkostenabzugs ergeben sollten, werden diese Ergebnisse entsprechend angepasst.

Nebenabreden zu diesen Vereinbarungen bestehen nicht. Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung, einschließlich der Schriftformklausel, bedürfen der Schriftform.

Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarungen ganz oder teilweise unwirksam und / oder undurchführbar sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit bzw. Durchführbarkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Jede unwirksame bzw. undurchführbare Bestimmung gilt als durch diejenige wirksame bzw. durchführbare Bestimmung ersetzt, die dem wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen bzw. undurchführbaren Regelung so nahe wie möglich kommt. Entsprechendes gilt bei Lücken in dieser Vereinbarung.

Zulässigkeit/Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Rechtliche Voraussetzungen und Rahmenbedingungen öffentlich-rechtlicher Verträge, §§ 54 ff. VwVfG

- Kein numerus clausus an möglichen Vertragsarten vorgesehen
- Vergleichsvertrag oder Austauschvertrag?
- Hier: **Vergleichsvertrag** nach § 55 VwVfG:
*„Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des **Sachverhalts** oder der **Rechtslage** bestehende **Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt** wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.“*

Abschluss von Teilvergleichen?

- grds. zwar Abschluss von Teilvergleichen möglich, wenn sie sich auf abgrenzbare Teile einer insgesamt angestrebten Regelung beziehen
- **Teilvergleiche über unselbständige Elemente oder Vorfragen** eines zu erlassenden Verwaltungsaktes sind aber grundsätzlich ausgeschlossen („einer Regelung durch VA zugänglich“)
- Bislang keine (gerichtliche) Klärung dieser Praxis i.R.d. ARegV



Keine Literatur hierzu vorliegend! Weitere Aufarbeitung wünschenswert!

Zulässigkeit/Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Ungewissheit über Sach- oder Rechtslage?

- **Sachverhalt** erfasst nicht nur Tatsachen, sondern alles, was die Parteien als geschehen oder bestehend annehmen
 - Spannungsfeld mit behördlichem Untersuchungsgrundsatz, § 68 Abs. 1 EnWG, § 24 VwVfG
 - Grds. Voraussetzung für Vergleich, dass Behörde alle im Hinblick auf den Aufwand zumutbaren Möglichkeiten genutzt hat, um Sachverhalt aufzuklären → Amtsermittlungspflicht muss zuvor genügt worden sein
- Ungewissheit über **Rechtslage** setzt demgegenüber einen gemeinsam als unstreitig angesehenen und somit feststehenden Sachverhalt voraus, bei dem Ungewissheit über die daraus entstehenden Rechtsfolgen besteht.



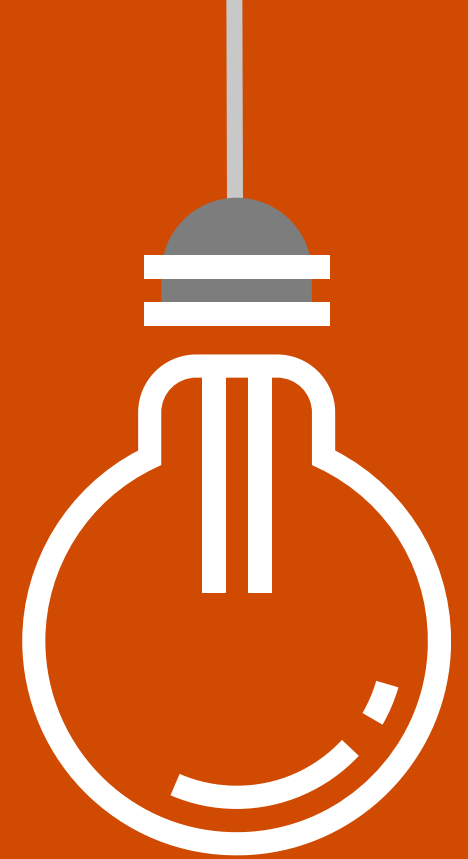
„Bestand“ und Wirkung öffentlich-rechtlicher Verträge im Beschwerdeverfahren

„Bindungswirkung“ des öffentlich-rechtlichen Vertrages vs. Untersuchungsgrundsatz nach § 82 EnWG

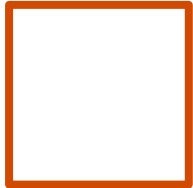
- Gericht ist trotz des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, nicht angegriffene Feststellungen der Regulierungsbehörde von Amts wegen zu überprüfen (grds. keine Nachprüfung der behördl. Erkenntnisse)
- Nur rechtserhebliche, für Entscheidung über Beschwerde notwendige Tatsachen sind aufzuklären, soweit Anlass für die gerichtliche Ermittlung bestehen, etwa Zweifel an Richtigkeit der Ergebnisse
- Aufklärungspflicht daher grds. auf Gegenstand des Beschwerdeverfahrens begrenzt (sonst Gefahr der Ausdehnung des Beschwerdegegenstandes!)
- Geltendmachung der mit öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelten Punkte vertragswidrig

Problem

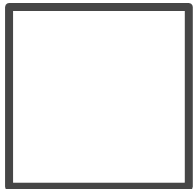
- Mit der Verpflichtungsbeschwerde wird der gesamte EOG-Bescheid angegriffen.
- Bei Teil-Beschwerden besteht die Gefahr der Unzulässigkeit.
- Tipp für die Praxis: Beschwerdeeinlegung konkreter im ör Vertrag regeln



Fragen zur Diskussion



Bindungswirkung der Verwaltung ja, aber: Ist ein öffentlicher-rechtlicher Vertrag gerichtsfest?



Wäre eine Anpassung der ARegV dahingehend sinnvoll, dass das Ergebnis der Kostenprüfung als selbständiger (rechtsmittelfähiger) Verfahrensschritt mitgeteilt wird?



3

Schaffung einer eigenen
Beschwer erforderlichlich?

Ausgangssituation: Verpflichtungsbeschwerde gegen Erlösberggrenzenbescheid

Verpflichtungsbeschwerde als statthafte Beschwerdeart?

- Anfechtungsbeschwerde würde zu einer Aufhebung des EOG-Bescheids führen (nicht gewollt bzw. nicht sachgerecht?)
- Verpflichtungsbeschwerde ist auf Erlass einer begehrten Entscheidung gerichtet
- Begehren des Netzbetreibers: Höhere EOG durch Berücksichtigung geltend gemachter Kostenpositionen bzw. Berechnungsfaktoren
- Im verwaltungsrechtlichen Regelfall wird das Begehren durch einen Antrag verkörpert.
- Festlegung erfolgt aber **von Amts wegen**, § 2 ARegV!
- Herrschende Auffassung: Geltendmachung einer höheren EOG im Wege der **Verpflichtungsbeschwerde** (Johanns/Roesen in Säcker, Laubenstein/van Rossum in Holznagel/Schütz)



Angaben im Rahmen des Erhebungsbogens zur Kostenprüfung als beschränkender Faktor für das Beschwerdeverfahren?

- EOG-Verfahren und Kostenprüfung wird **ohne formellen Antrag** eingeleitet („von Amts wegen“)
- nur Einreichung von **Kostenerhebungsbögen** (Excel-Datei) als „Auftakt“
- Sind daher Angaben von höheren Werten (Kosten) im Erhebungsbogen als „**antragsgleiche Handlung**“ zu werten?
- § 75 Abs. 3 EnWG erfordert als Beschwer zudem zuvor **erfolgreiche Antragstellung**
- Ohne Angabe höherer Werte keine Beschwer/Antrag i.S.d. § 75 Abs. 3 EnWG oder einschränkende Auslegung bzw. entsprechende Anwendung der Vorschrift?
- Keine saubere „Verzahnung“ zwischen Beschwer nach § 75 Abs. 3 EnWG und der Ausgestaltung des EOG-Verfahrens/System der Kostenprüfung
- Wie ist damit umzugehen (Hinweise für die Praxis)?
 - Angabe höherer Werte aus Vorsichtsgründen anzuraten (was nicht genannt wird, kann nicht berücksichtigt werden)
 - mangels Präklusion können Kosten etc. aber evtl. noch im Beschwerdeverfahren nachgeschoben werden (aktuell ggf. noch für die 3. Regulierungsperiode)

Keine Literatur hierzu vorliegend! Weitere Aufarbeitung wünschenswert!

Sonderfall: Parameter wie z.B. EK-Zins

- Parameter wie EK-Zins werden allgemein festgelegt (Neufestlegung ausstehend!)
- keine Antragsstellung bzgl. dieser Parameter im EOG-Verfahren vorgesehen
- Parameter sind nach Maßgabe des Gesetzes bzw. der Verordnung zu verwenden, vgl. § 7 StromNEV/GasNEV (**Rechtsfolgenseite**)
- separates Beschwerdeverfahren gegen allgemeine Festlegung (prakt. Regelfall)

Angabe höherer Zinssatz

„Sicherheitslösung“:

- Angabe des höheren Zinssatzes als „antragsgleiche“ Handlung
- ggf. Ziel: Aufnahme einer Anpassungszusage in Bescheid

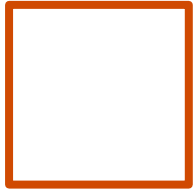
nicht erforderlich

Angabe festgel. Zinssatz bzw. keine Angabe

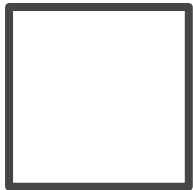
- Ein Hinweis auf einen alternativen (höheren) Zinssatz ist nicht erforderlich.
- Selbst wenn man die Abgabe des Erhebungsbogens als „antragsgleiche Handlung“ betrachtet, ist kein Hinweis erforderlich.
- Berücksichtigung im Bescheid kann über Anhörung erfolgen.



Fragen zur Diskussion



Ist die Kostenprüfung eine „antragsgleiche Handlung“ und die Behörde bzw. ein Gericht darüber nicht hinausgehen?



Wie ist die Tendenz der Regulierungsbehörden zum Umgang mit EK-Zins in der 4. Regulierungsperiode etc.?



4

Nachträgliche
Korrektur von
Angaben/„Daten“
möglich?

Nachträgliche Korrektur von Angaben und Daten im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren

1.

lfd. Verwaltungsverfahren

- Korrektur allgemeiner Angaben/Daten zur Festlegung der EOG bis Bescheiderlass grds. möglich, insbesondere im Anhörungsverfahren
- Korrektur von Daten, die Gegenstand des öffentl.-rechtl. Vertrages sind, ggf. unter Rückgriff auf § 60 VwVfG

2.

lfd. Beschwerdeverfahren

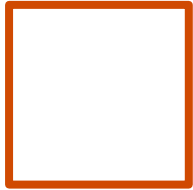
- Änderung des Bescheides durch Behörde im Wege der Aufhebung nach Maßgabe §§ 48, 49 VwVfG i.V.m. Neuerlass des Bescheides möglich
- **Korrektur des Erhebungsbogens bis zum Ende der mdl. Verhandlung möglich (These)**
- Untersuchungsgrundsatz, § 82 Abs. 1 EnWG
- Grenze durch Präklusionsregeln der ZPO oder VwGO, vgl. auch § 85 EnWG?
- Ggf. Präklusion entspr. § 87b Abs.3 VwGO auf Seiten des Netzbetreibers aufgrund Nähe des Beschwerdeverfahrens zum Verwaltungsverfahren

3.

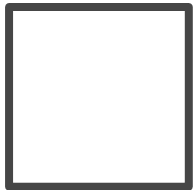
nach Bestandskraft

- Weg über § 51 VwVfG ggf. möglich (Wiederaufgreifen des Verfahrens)
- § 51 Abs. 2 VwVfG: Vorherige Geltendmachung korrekter bzw. korrigierter Daten ohne grobes Verschulden möglich gewesen?
- formlose Mitteilung an Behörde grds. ohne weitergehende Erfolgsaussichten

Fragen zur Diskussion



Wann ist eine nachträgliche Korrektur präkludiert?



Ist z.B. die Auswirkung auf den Effizienzvergleich ein Argument dagegen?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



*PricewaterhouseCoopers Legal
AG Rechtsanwaltsgesellschaft
Moskauer Straße 19
40227 Düsseldorf
Telefon: +49 521 96497-902
dominik.martel@de.pwc.com
www.pwclegal.de*



pwc

Dominik Martel, LL.M.
*Rechtsanwalt
Energierrecht*

pwc.de

© 2021 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft.

Alle Rechte vorbehalten. "PwC Legal" bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.