

Leitsätze

1. Für die Durchführung des Effizienzvergleichsverfahrens hat der Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde einen Rahmen vorgegeben, innerhalb dessen ihr ein Einschätzungs- und Gestaltungsfreiraum hinsichtlich der Auswahl der Parameter und der Methodenwahl eingeräumt ist. Diesen Rahmen hat sie eingehalten.

2. Anhörungs- und Teilhabedefizite sind nicht erkennbar. Dem betroffenen Unternehmen steht insbes. nicht das Recht zu, in alle von der Regulierungsbehörde durch Datenabfrage erhobenen Einzelangaben der beteiligten anderen Unternehmen Einsicht zu nehmen.

3. Auch wenn die Beschwerdeführerin den für sie ermittelten Effizienzwert in tatsächlicher Hinsicht mangels offen gelegter Datengrundlage nicht im Einzelnen nachvollziehen kann, müsste sie für den Erfolg einer Beschwerde gleichwohl aufzeigen können, dass das Verfahren an einem Fehler leidet, der sich bei der Ermittlung des konkreten Effizienzwerts zu ihrem Nachteil ausgewirkt hat.

4. Die BNA hat nicht die Aufgabe, eine individuelle Begründung im Sinne einer darin zugleich enthaltenen praktischen Handlungsanleitung zu geben.

5. Besonderheit im Sinne des § 15 ARegV ist nicht jeder den Betrieb des Netzbetreibers prägende Umstand, welcher sich bei der Mehrzahl der anderen Netzbetreiber nicht findet. Vielmehr wohnt dem Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch inne, dass der bezeichnete Umstand nach Art oder Umstand nur bei wenigen Unternehmen der Vergleichsgruppe gegeben ist; Einzigartigkeit ist hingegen nicht erforderlich.

Rechtsbeschwerde zum BGH ist eingelegt. Das Verfahren führt dort das Aktenzeichen EnVR 12/12.

Geschäftsnummer:
202 EnWG 8/09



Verkündet am
19. Januar 2012

Friedrich, JFA
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Stuttgart

Kartellsenat

Beschluss

In Sachen

wegen Festlegung Erlösbergrenze Gas

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2011 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Ruf
Richter am Oberlandesgericht Holzer
Richter am Oberlandesgericht Dr. Hofmann

beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid der Beschwerdegegnerin vom 18.12.2008 wird

zurückgewiesen.

2. Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten, ihre eigenen Auslagen sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Auslagen der Beschwerdegegnerin sowie diejenigen der beteiligten Bundesnetzagentur.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, der Sache nach ohne Erfolg.

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Gasverteilernetz. Ihr wurden im Rahmen der ersten, kostenbasierten Netzentgeltenehmigungsrunde gemäß § 23 a EnWG durch Bescheid vom 29.10.2007 Netzentgelte genehmigt; dieser Bescheid wurde geändert durch Bescheid vom 28.01.2008. Unter der Geltung der ARegV hat die Beschwerdegegnerin gemäß § 2 ARegV das Verfahren zur Bestimmung der Erlösbergrenzen eingeleitet. Sie hat auf einen eigenen Effizienzvergleich gemäß § 12 Abs. 6 ARegV verzichtet und insoweit auf den von der Bundesnetzagentur durchgeführten zurückgegriffen. Die Bundesnetzagentur führte auf der Grundlage ihrer Festlegung vom 23.01.2008 eine Strukturdatenabfrage durch zur Ermittlung der Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV. Daneben wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 29.02.2008 aufgefordert, zur Ermittlung des Anteils der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten eine Datei mit einer sog. Überleitungsrechnung zu übermitteln.

Die Beschwerdegegnerin/Landesregierungsbehörde hat durch Bescheid vom 18.12.2008 (Bl. 6-79 = Verwaltungsakte Bl. [= VA]) verfügt (hier verknappt wiedergegeben):

1. Die Erlösbergrenzen (Gasnetz) für die Jahre 2009-2012 unter Einbeziehung eines pauschalierten Investitionszuschlags und eines Effizienzwertes von 87,02 % festgesetzt.
2. Einen Härtefallantrag (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 ARegV) abgelehnt.
3. Auflage zur Vorlage der Netzentgelte samt Erprobungsrechnung und schriftliche Dokumentation der Entgeltermittlung unter Nutzung der Beschwerdegegnerdatei/Auflage der Anzeige nach § 26 ARegV.
4. Auflage zur Veröffentlichung von Anwendungsbeispielen bei Abrechnung über die Netzpartizipationsfunktion.

Der Bescheid wurde der Beschwerdeführerin am 22.12.2008 zugestellt (Bl. 80 = VA). Dagegen ging die sofortige Beschwerde am 21.01.2009 ein (Bl. 1). Die Beschwerdebegründung ging nach wiederholt fristgerecht beantragten Fristverlängerungen ihrerseits fristgerecht am 23.06.2009 ein (Bl. 101).

Darin hat die Beschwerdeführerin die formelle Rechtswidrigkeit des Bescheides wegen angeblich unzulänglicher Anhörung und wegen eines Begründungsmangels beanstandet, im Übrigen umfänglich wegen materieller Rechtswidrigkeit, welche bei der angeblich rechtsfehlerhaften Durchführung des Effizienzvergleichs ansetzte, die rechtswidrige Anwendung von Vorgaben aus der ARegV beanstandete und fortfuhr mit der Rüge der behaupteten Anwendung rechtswidriger Vorschriften der ARegV.

Die Rügen werden nachfolgend im Zusammenhang dargestellt und behandelt werden.

Die Beschwerdeführerin hat beantragt (Schriftsatz vom 23.06.2009 [Bl. 102]):

1. Der Bescheid der Beschwerdegegnerin vom 18.12.2008 (Az.: 1 - 4455.5 - 3/84) wird aufgehoben und die Beschwerdegegnerin verpflichtet, die Erlösbergrenzen der ersten Regulierungsperiode (Jahre 2009-2012) für das Gasversorgungsnetz der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bestimmen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdegegnerin hat beantragt (Schriftsatz vom 27.11.2009 [Bl. 845]):

1. Die Beschwerde gegen den Bescheid des Wirtschaftsministeriums vom 18.12.2008 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegnerin verteidigt ihren Bescheid als richtig.

Die Bundesnetzagentur (BNA) ist beigeladen worden (Bl. 881) und hat sich durch schriftliche Stellungnahme (Bl. 1112 bis 1113, insbes. Bl. 1118-1165/Schriftsatz vom 30.03.2010, eingegangen am 04.05.2010) und Teilnahmen an den mündlichen Verhandlungen am Verfahren auch aktiv beteiligt.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Schriftsätze sowie die Verhandlungsniederschriften verwiesen.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die einzelnen Streitpunkte nicht in Voranstellung umfänglich aufbereitet, sondern streitpunktbezogen hinsichtlich der Rügen, der jeweiligen Erwiderung so wie der Bewertung durch den Senat dargestellt.

B.

1.

Die sofortige Beschwerde ist frist- und formgerecht eingelegt.

2.

Wie der Senat schon mehrfach entschieden hat und vom Bundesgerichtshof seiner Rechtsprechung ersichtlich auch zu Grunde gelegt worden ist, begegnet ein - wie hier - bloßer Bescheidungsantrag/Verpflichtungsbeschwerde keinen verfahrensrechtlichen Bedenken (so st. Rspr. des Senats, vgl. etwa B. v. 21.01.2010 - 202 EnWG 19/08; 21.01.2010 - 202 EnWG 3/09 oder 04.02.2010 - 202 EnWG 17/08; vgl. auch BGH B. v. 18.10.2011 - EnVR 13/10 - *PVU Energienetze GmbH*; ZNER 2011, 423 [Tenor] - *EnBW Regional AG* -; 2009, 261 OLG Naumburg B. v. 05.11.2009 - 1 W 6/09 [EnWG]).

C.

Formelle und materielle Rügen gegen den angefochtenen Bescheid.

1.

Nachdem der Bundesgerichtshof durch in der Zwischenzeit ergangene Entscheidungen einige auch zwischen den Parteien im Streit befindliche Punkte geklärt hatte, hat die Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine Gleichbehandlungszusage der Beschwerdegegnerin ihr Rechtsmittel hinsichtlich folgender Beschwerdepunkte zurückgenommen (vgl. Bl. 415):

- Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung
(Nichtberücksichtigung der Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Erlösobergrenzenfestsetzung [Ziff. D. II. 2. b) der Beschwerdebegündung vom 23.06.2009])

- Rechtswidrigkeit des generellen sektoralen Produktivitätsfortschritts (vgl. hierzu BGH ZNER 2011, 423 [Tz. 33 f] - *EnBW Regional AG* (Ziff. D. II. 3. a; ferner BGH a.a.O. [Tz. 38 f] - *PVU Energienetze GmbH*)
- Kapitalkosten für Altanlagen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten (Ziff. D. II. 3. b)
- Orientierung der Effizienzgrenze am jeweils effizientesten Netzbetreiber (Ziff. D. II. 3. c).

Im Hinblick auf eine anderweitige außergerichtliche Vereinbarung hat die Beschwerdeführerin auch den Streitpunkt

- Anpassung des Ausgangsniveaus der vorgelagerten Netzkosten Öhningen (Ziff. D. II. 3. c) „zurückgenommen“ (vgl. Bl. 415), weshalb sich der Streitstoff (vgl. hierzu die Übersicht noch in der Beschwerdebegründung vom 23.06.2009, Bl. 102 bis 104) verschmächtigt hat - im Wesentlichen - auf die formellen sowie die abstrakt wie konkret gehaltenen materiellen Angriffe gegen die Herleitung und Durchführung des Effizienzvergleichs.

2.

Effizienzvergleichsverfahren.

a)

Formelle Mängel.

aa)

Anhörungsdefizite.

(1)

Die BNA hat mit Festlegung vom 23.01.2008 (Bf 3) eine bundesweite Datenabfrage durchgeführt.

Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass schon die Anhörung der Verbände nach § 13 Abs. 3 S. 10 ARegV fehlsam gewesen sei, da dort weite Teile der Darstellung in englischer Sprache gehalten gewesen, den teilnehmenden Wirtschafts- und Verbrauchervertretern im Vorfeld und im Anhörungstermin zu diesen sehr komplexen Fragestellungen keinerlei Unterlagen überlassen und eine Frist zur Stellungnahme von nur 9 Tagen bis zum 25.06.2008 eingeräumt worden sei (Bl. 108). Insgesamt habe das Verfahren durch das Startdatum zum 01.01.2009 unter einem starken Zeitdruck gestanden und gelitten. In den Terminen zur Anhörung der Verbände am 16.06.2008 und

15.10.2008 habe für diese angesichts der hochkomplexen Thematik weder eine ausreichende Information noch eine ausreichende Informations- oder Einflussmöglichkeit bestanden. Mit E-Mail vom 24.07.2008 sei die Beschwerdeführerin bereits mit Strukturparametern konfrontiert worden. Das sog. Anhörungsschreiben vom 01.09.2008 habe zwar den beabsichtigt festzusetzenden Effizienzwert mitgeteilt, die Berechnungsweise jedoch nicht erkennen lassen. Tatsächlich sei der Effizienzwert durch eine falsche Zuordnung einer Korrektur bedürftig gewesen, die mit Schreiben vom 24.09.2008 denn auch vorgenommen worden sei. Beide Erörterungstermine seien gänzlich in englischer Sprache abgehalten worden. Der Erörterungstermin vom 15.10.2008 bei der Bundesnetzagentur sei von einer Simultanübersetzung begleitet gewesen (Bl. 109), die Übersetzer hätten jedoch nicht über Erfahrungen und das Vokabular aus den Spezialbereichen verfügt (Bl. 916/917).

(2)

Mit Schreiben vom 27.10.2008 (Bf 9) legte die Beschwerdegegnerin dar, auf welche rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen sie die Erlösobergrenzen festzusetzen beabsichtige. Mit Schreiben vom 17.11.2008 hatte die Beschwerdeführerin bereits etliche Rügen vorgebracht (Bl. 110/111). Darauf hatte die Beschwerdegegnerin in geringem Umfang reagiert. Die endgültige Festlegung geschah mit Bescheid vom 18.12.2008 (Bl. 1-79 = Bf 2).

Die Beschwerdeführerin beanstandet das Anhörungsschreiben der Beschwerdegegnerin vom 27.10.2008 (Bf 9) als ungenügend, da dort (Seite 5) nur auf die Mitteilung der BNA zum Effizienzwert der Beschwerdeführerin und die vorläufige Ergebnisdokumentation der BNA Bezug genommen worden sei, welche auch in ihrer abschließenden Form (Projekt Gerner IV) lückenhaft und ungenügend sei (Bl. 113). Der Bescheid beanstandet auch die Verfehlung von Anforderungen im Kostennachweis nach § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV, die dem Anhörungszweck zuwider auch nicht etwa im Anhörungsschreiben vom 27.10.2008 aufgezeigt gewesen seien (Bl. 114).

(3)

Die Beschwerdegegnerin hält dafür, die Anhörung auf der Veranstaltung der Bundesnetzagentur vom 15.10.2008 habe eine ausreichende Teilhabe an den Fragenkomplexen eröffnet. Die Beschwerdegegnerin erachtet auch ihr Schreiben vom 27.10.2008 für

umfassend und damit ausreichend. Ihre Aufgabe sei es auch nicht, den von der eigenen Nachweispflicht bestimmten Antrag eines Betreibers ständig beratend zu begleiten.

(4)

a)

Der Beschwerdeführerin steht es nicht zu, eine angeblich unzureichende Teilhabe der Verbände am Verordnungsgebungsverfahren zu rügen. Eine Verletzung eigener Rechte ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Auch der formelle Geburtsfehler von angeblichen Defiziten bereits im Anhörungsverfahren verfängt nicht. Wie auch die Beschwerdeführerin nicht in Abrede stellt, gingen der Beschlussfassung der BNA Informations- und Erörterungsveranstaltungen voraus, an denen sie teilhaben konnte und an denen Vertreter der Energiewirtschaft teilgenommen haben (vgl. zu diesem Konsultationsprozess auch den Bericht der BNA nach § 112 a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21 a EnWG [Anl. 1 = Bl. 427], dort S. 93 ff = Rdn. 390 f, und Übersicht zu Stellungnahmen [dort Rdn. 414 f]). Schon daraus kann nicht entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerden nicht genügend zu Gehör habe bringen können. Zudem hätte die Beschwerdeführerin oder ihre Interessenverbände dann in jenem Rahmen für eine weitere Klärung und Aufarbeitung Sorge tragen können und müssen. Deshalb kann aus der Art jenes Findungsprozesses keine Verletzung von Beschwerdeführerrechten abgeleitet werden (vgl. auch OLG Düsseldorf B. v. 12.01.2011 - VI-3 Kart 185/09 [juris Tz. 118]). Doch selbst wenn jenes Anhörungsverfahren von den bezeichneten Defiziten belastet gewesen wäre, so wären die maßgeblichen Regeln der ARegV allenfalls dann beanstandungswürdig, wenn - was nachfolgend zu prüfen sein wird -, (auch) dieser behauptete Verstoß zu methodisch oder wissenschaftlich unhaltbaren Ergebnissen geführt hätte. Die bloße Abweichung von - gedachten - Vorschlägen und Interessen der Verbände kann nicht die Nichtigkeit des betreffenden Regelwerkes oder einzelner Normen oder die Rechtswidrigkeit von in der Rechtsanwendung darauf gründenden Entscheidungen begründen. Eine bloße Abweichung des Verordnungswerks von Vorstellungen der Verbände kann nicht diese Rechtsfolge haben, denn sonst wäre die Verordnung nur rechtmäßig, wenn sie vollständig den Interessen der Verbände entspräche. Die anzuhörenden Verbände hätten dann auch formal die Stellung des Gesetz-/Verordnungsgebers.

b)

Soweit die Beschwerdeführerin ein solches Teilhabedefizit im Verwaltungsverfahren sieht, kann sie sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausreichend und zumindest gleichwertig Gehör verschaffen. Ein Begründungsmangel auf Seiten der Beschwerdegegnerin kann auch in diesem Verfahren, wie sogleich aufzuzeigen sein wird, ausgeglichen werden.

bb)

(1)

Die Beschwerdeführerin beantragt uneingeschränkte Akteneinsicht.

(2)

Die Beschwerdegegnerin verweist darauf, dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis eine Einsichtnahme in die Verfahrensakten der beteiligten BNA verlange. Kopien seien der Beschwerdegegnerin von dort im Hinblick auf das vorliegende Beschwerdeverfahren nun zwar zur Verfügung gestellt worden. Da diese aber nicht um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bereinigt seien, könne einer Überlassung an die Beschwerdeführerin nicht zugestimmt werden. Die Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer hätten aber eine vollständige, um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bereinigte Fassung bei der BNA einsehen können (Bl. 838/839).

(3)

Die Beschwerdeführerin beanstandet jedoch, dass in den ihr überlassenen Akten die in einer Liste als geschwärzt erfassten Blätter nicht enthalten gewesen seien (Bl. 897), worunter sich auch die Datensätze der am Effizienzvergleich beteiligten Unternehmen wie auch die zu Grunde liegende Modellparametrierung befänden. Deshalb werde der Akteneinsichtsanspruch auch in Bezug auf unbereinigte Akten aufrechterhalten (Bl. 898). Ohne Kenntnis der in den Effizienzvergleich eingegangenen, die Vergleichs- und Aufwandsparameter der am Effizienzvergleich teilnehmenden Unternehmen enthaltenden Datensätze sowie der Modellparametrierung des Effizienzvergleichs sei eine Rechts- und Richtigkeitskontrolle der festgesetzten Erlösbergrenzen nicht möglich. Das Beschwerdegericht habe nach der Verfahrensvorgabe der Amtsermittlung diesen vollständigen Aktenbestand schon ohnehin selbst beizuziehen, jedenfalls wenn die Mög-

lichkeit sich aufdrängt, dass die Daten nicht zuverlässig ermittelt worden sind (BGH NJW-RR 2009, 264 [Tz. 32]). Die Beschwerdebegründung, insbesondere das BMT 2008, belege die ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit der Datenerhebung und -bewertung. Soweit dem BMT 2008 entgegengehalten werde, dass dessen Beurteilung auf einer verschmächtigten Datenbasis beruhe, mache dieses Argument die Notwendigkeit der Öffnung des gesamten Datenbestandes gerade augenfällig. Diese Unumgänglichkeit habe die BNA in ihrem Bericht vom 30.06.2006 selbst bestätigt. In anderen Staaten, in denen eine Anreizregulierung praktiziert werde, werde die vollständige Datentransparenz durch die Einschaltung eines externen Gutachters gewährleistet (Bl. 913). Soweit Effizienzvergleichsmodelle in den Akten der BNA enthalten seien, könnten schon keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse berührt werden. Hinsichtlich der einzelnen Datensätze genüge es der Beschwerdeführerin, dass ihr die Unternehmensdaten unter Entfernung der Klarnamen der einzelnen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden (Bl. 908, 914). Gegebenenfalls sei in einem gerichtlichen Zwischenverfahren über das Akteneinsichtsgesuch zu befinden.

(4)

Die BNA verweist insoweit auf § 31 ARegV und ihre Pflicht, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Schon im Jahre 2005 hätten sich Unternehmen beim Oberlandesgericht Düsseldorf erfolgreich gegen die Veröffentlichung von Daten im Zuge eines vergleichenden Verfahrens gewandt. Eine Freigabe der im hier streitbetroffenen Verfahren gewonnenen Daten sei durch die Unternehmen nicht erfolgt. Im Übrigen seien auch im Rahmen des BMT 2008 Vertraulichkeitsvereinbarungen geschlossen worden. Das Offenlegungersuchen der Beschwerdeführerin erstaune auch im Hinblick auf ihr Verhalten; denn die Beschwerdeführerin habe die Freigabe ihrer eigenen Daten in vergleichbaren Verfahren Dritter nicht erklärt.

(5)

Die Beschwerdeführerin kann nicht in alle von der BNA durch Datenabfrage erhobenen Einzelangaben der beteiligten Unternehmen Einsicht nehmen.

aaa)

Zwar verkennt der Senat nicht, dass der so gewonnene Datenbestand der BNA die Datengrundlage verschafft hat, welche sie über Bewertungsmodelle letztlich in den Effizienzvergleich übergeführt hat. Auch hat die Beschwerdegegnerin keine Effizienzvergleichswertermittlung selbst durchgeführt, sondern berechtigterweise - § 12 Abs. 5 ARegV - insoweit auf die Ergebnisse der BNA zurückgegriffen, damit mittelbar auch auf die von dieser erhobene Datengrundlage. Im Ansatz wird vom rechtlichen Gehör, soll die Richtigkeit eines auf dieser Datengrundlage fußenden, regulierend eingreifenden Bescheides überprüft werden, auch das Verfahrensrecht eingeschlossen, auf diesen Datenbestand als Bestandteil eines über weitere Bewertungsschritte hergeleiteten Ergebnisses zuzugreifen und ihn selbst wertend zu überprüfen. So führen denn auch die Materialien zu § 12 Abs. 5 ARegV u.a. aus: *„Das Vorgehen der Bundesnetzagentur und alle Eingangsdaten für den Effizienzvergleich müssen ebenso wie die Rechenschritte und Ergebnisse für alle Beteiligten (Netzbetreiber, Behörden, Netznutzer) transparent und nachvollziehbar sein ... der Effizienzvergleich darf für die Landesregulierungsbehörden keine so genannte ‚Black Box‘ sein, denn sie müssen das Vorgehen und die Ergebnisse selber vor Gericht vertreten. Ein bundesweiter Effizienzvergleich wird befürwortet, jedoch müssen die Ausgangsdaten, das Verfahren und die Ergebnisse transparent werden“* (BR-Drs. 417/07 [Beschluss] v. 21.09.2007, S. 7). Dieses Verfahrensgrundrecht besteht im Ausgangspunkt uneingeschränkt. Es wird jedoch vorliegend beschränkt aus mehreren Gesichtspunkten. Die BNA hatte zwar gemäß § 29 Abs. 1 ARegV den Landesregulierungsbehörden zur Durchführung ihrer Aufgaben notwendigen Daten einschließlich personenbezogener Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu übermitteln. Eine Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist jedoch gemäß § 31 Abs. 3 ARegV verboten. Danach ist schon ein uneingeschränkter Zugriff auf die Bestandsdaten nicht eröffnet.

bbb)

Diese Wertung kann der Senat treffen, ohne dass der Beschwerdeführerin die begehrte uneingeschränkte Akteneinsicht gewährt und auch ohne dass - wie von der Beschwerdeführerin ebenfalls gefordert - in ein gesondertes Zwischenverfahren über dieses Gesuch eingetreten wird.

α)

Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert in seiner Ausprägung durch § 72 Abs. 1 S. 1 GWB - der § 84 EnWG entspricht (BT-Drs. 15/3917, S. 72; vgl. auch Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. [2010], § 84, 1; Salje, EnWG [2006], § 84, 1) -, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, und dass den Beteiligten grundsätzlich uneingeschränkt Einsicht nicht nur in die gerichtlichen Verfahrensakten, sondern auch in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte, die sich in den gerichtlichen Verfahrensakten befinden, gewährt wird (BGH B. v. 02.02.2010 - KVZ 16/09 [Tz. 12] - *Kosmetikartikel*; vgl. auch Hanebeck a.a.O. 3; K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. [2007], § 72, 2). In diese Aktenbestandteile ist eine Einsichtnahme aber nur zulässig, wenn die Antragstellerin zugestimmt hat (BGH a.a.O. [Tz. 12] - *Kosmetikartikel*). Eine Verweigerung der erforderlichen Zustimmung zur Akteneinsicht ist für das Beschwerdegericht grundsätzlich bindend (BGHZ 178, 285 [Tz. 32] - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*). Das Beschwerdegericht ist insbesondere nicht befugt, in entsprechender Anwendung des § 99 Abs. 2 VwGO nachzuprüfen, ob die Verweigerung der Zustimmung rechtmäßig ist (BGH a.a.O. [Tz. 13] - *Kosmetikartikel*; Hanebeck a.a.O. 6; K. Schmidt a.a.O. 6 und 7). Folge der Zustimmungsverweigerung ist ein Verwertungsverbot (Hanebeck a.a.O. 7; Salje a.a.O. 8; Bechtold, GWB, 6. Aufl. [2010], § 72, 4).

β)

Nach § 84 Abs. 2 EnWG kann das Gericht jedoch die erforderliche Zustimmung der zuständigen Stelle zur Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln durch eine eigene Anordnung ersetzen, wenn und soweit es für die Sachentscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Bedeutung der Sache das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt (BGH a.a.O. [Tz. 18] - *Kosmetikartikel*; K. Schmidt a.a.O. 8). Insoweit ist ein Zwischenverfahren durchzuführen (vgl. hierzu auch Hanebeck a.a.O. 14 f; Salje a.a.O. 12 und 13; Bechtold a.a.O. 4; K. Schmidt a.a.O. 8). Wenn das Beschwerdegericht allerdings aufgrund tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis kommt, dass der nach § 72 Abs. 2 S. 3 GWB - hier § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG - vorgetragene Inhalt der Unterlagen ausreicht, um den

maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären, darf es eine Anordnung nach § 72 Abs. 2 S. 4 GWB - hier § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG - nicht erlassen und muss auch kein Zwischenverfahren durchführen (BGH a.a.O. [Tz. 18] - *Kosmetikartikel*).

γ)

In dieser Beurteilung sieht sich der Senat auch in Übereinstimmung mit der Wertung des OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 119]). Dies gilt vorliegend umso mehr, als auch die Beschwerdeführerin die Freigabe ihrer Daten in von Dritten parallel und gleichgerichtet geführten Verfahren nicht erklärt hat.

δ)

Insgesamt tritt der Senat der von der BNA in dem nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 29.11.2011 (Bl. 1437 f, insbes. Bl. 1441 und 1442) zusammenfassenden Wertung bei, dass insbesondere § 31 Abs. 3 ARegV dem vollständigen Dateneinsichtnahmeverlangen der Beschwerdeführerin entgegensteht, wie, dass - worauf der Senat schon selbst hingewiesen hat - auch eine Anonymisierung dieser Datenbestände angesichts der Vielzahl der in ihnen enthaltenen Informationen, auch unter Anführung behaupteter Besonderheiten, im Regelfall eine sichere Identifizierung des jeweiligen Unternehmens erlauben und damit § 31 Abs. 3 ARegV unterlaufen würde. Und nicht zuletzt gilt, dass bei einer Überantwortung der Datenmengen an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten die Beschwerdeführerin allenfalls Plausibilisierungsanfragen stellen, die Daten selbst aber nicht einschätzen, gezielt hinterfragen und bewerten könnte. Einer Kontrolle im Sinne der Beschwerdeführerin wäre das enorme Datenmaterial auch bei dieser Vorgehensweise gleichwohl entzogen.

ccc)

Dieser Wertungsansatz steht auch in untrennbarem Zusammenhang mit der im Rahmen der Rüge materieller Rechtswidrigkeit erneut zu behandelnden Beanstandung, dass die Datengrundlage fehlerhaft sei.

Zwar kann die Bundesnetzagentur die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen notwendigen Daten erheben (§ 27 Abs. 1 ARegV); auch werden die Netzbetreiber verpflichtet sein, korrespondierend hierzu vollständige und richtige Angaben zu machen (vgl. allg.

§ 28 ARegV, § 12 Abs. 4 S. 2). Die ARegV wählt dabei nicht den Weg, dass - etwa durch Sanktionen - ein höchstmöglicher Grad an Abbildungstreue der tatsächlichen Verhältnisse bei den Netzbetreibern hergestellt wird. Vielmehr ist in § 30 vorgegeben, dass die Regulierungsbehörde hinsichtlich nicht rechtzeitig vor Beginn der Regulierungsperiode vorliegender Daten auf Daten für das letzte verfügbare Kalenderjahr zurückgreifen darf, oder dass im Falle, wenn keine oder offenkundig unzutreffende Daten von den Netzbetreiber eingereicht worden sind, die fehlenden oder offensichtlich unzutreffenden Daten durch nur geschätzte ersetzt oder durch Referenzanalyse bestimmt werden dürfen. Mit dem Verweis in § 30 Abs. 3 S. 3 auf § 12 Abs. 4 S. 2 ARegV wird vorgegeben, dass, wenn für einzelne Netzbetreiber keine Effizienzwerte ermittelt werden konnten, weil diese ihrer Mitwirkungspflicht nicht oder nicht vollständig nachgekommen sind, für diese Netzbetreiber ein Effizienzwert mit 60 % anzusetzen ist. Dies veranschaulicht, dass der Effizienzvergleich nach den Vorgaben dieses Normenwerkes nicht unter dem Diktat einer vollkommen realitätsgetreuen Abbildung steht, sondern auch dann durchgeführt werden darf, wenn die wirkliche Tatsachengrundlage nicht vollständig erfasst und sogar in größerem Umfang (bei mehreren säumigen oder die Daten falsch einspeisenden Netzbetreibern) verfehlt wird. Darin wird augenfällig, dass ein Netzbetreiber, der mit der Festsetzung seines Effizienzwertes nicht einverstanden ist, auf der Stufe der Kontrolle des Datenbestandes über diese keinen höheren Richtigkeitsmaßstab erzwingen kann als er an die Regulierungsbehörde selbst anzulegen ist. Darf sich diese mit den eingespeisten Daten begnügen oder unzutreffende Angaben durch eigene Schätzwerte ersetzen, so kann einem seinen Effizienzwert angreifenden Netzbetreiber nicht gestattet sein, über das Verfahrensinstrument der Akteneinsicht alle eingespeisten Daten zu kontrollieren und letztlich auf eine wirklichkeitsgenaue Abbildung der wahren Verhältnisse der übrigen Netzbetreiber hinzuwirken. Er hat vielmehr nach der eindeutigen Vorgabe des Normgebers eine Richtigkeitsschwankung in der Datengrundlage hinzunehmen, die theoretisch die Wirklichkeit um 40 % verfehlen kann.

bbb)

Dies trifft sich auch mit dem Umfang der von der Beschwerdeführerin insoweit reklamierten Amtsermittlungspflicht. So hat denn der Bundesgerichtshof, wie die Beschwerdeführerin selbst nicht verkennt, ausgeführt, dass das Beschwerdegericht die Frage, ob die Daten zuverlässig ermittelt worden sind, - ebenso wenig wie bei sonstigen der an-

gefochtenen Entscheidung vorangehenden Datenerhebungen der Kartellbehörde - im Regelfall auch nicht auf andere Weise von Amts wegen nachzuprüfen hat. Das habe nur dann zu geschehen, wenn der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (BGHZ 178, 285 [Tz. 32] - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*; OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 124]). Das gibt zugleich die Antwort auf die Frage vor, inwieweit anlasslos einem Verfahrensbeteiligten auf enorme Datenbestände bezüglich eines nur vorgelagerten Bewertungselementes uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht eröffnet werden muss. Eine vollständige Überlassung der maßgeblichen Eingangsdaten ergäbe nur dann einen Sinn - weil nur dann eine vollständige Überprüfung für die Beschwerdeführerin eröffnet wäre -, wenn auch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Datengeber zugänglich gemacht würden. Eine solche Zustimmung nicht nur dieser Datenlieferanten liegt nicht vor, vielmehr hat auch die Beschwerdeführerin ihre Daten zur Veröffentlichung nicht freigegeben. Ungeachtet dessen ist nicht ersichtlich, dass der BNA unrichtige oder unvollständige Daten jedenfalls in einem Maße zugänglich gemacht worden wären, dass diese nicht mehr beachtliche Datengrundlage des Effizienzvergleichs sein könnten. Dafür gibt das Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts her. Solches könnte sich etwa daraus ergeben, dass die zur Einspeisung der Daten der Netzbetreiber im Internetportal der BNA eröffnete Eingabemaske, die ihrer Funktion nach öffentlich zugänglich war und auch von der Beschwerdeführerin benutzt worden ist und sonach vollständig zur Kenntnis genommen werden konnte, in einem solchen Maße falsch, weil etwa unvollständig oder missverständlich konzipiert gewesen wäre, dass die solchermaßen erhobenen Daten auch unter Beachtung der aufgezeigten Abweichungstoleranz des Normgebers nicht mehr als taugliches Abbild der Wirklichkeit angesehen werden könnten. Insoweit bedarf es nicht im Wege der Akteneinsicht der Zugänglichmachung aller eingegangenen Netzbetreiberdaten zu deren Plausibilisierung. Der Beschwerdeführerin ist es vielmehr grundsätzlich auf Grund eigener Wahrnehmung möglich, solche relevanten Auffälligkeiten zu benennen. Danach ist sie auch gehalten, solche Vorgänge substantiiert zu bezeichnen. Nicht kann ein Verständnis des Amtsermittlungsgrundsatzes vorliegend dahin gehen, die in ihrem Zustandekommen insoweit bekannten Datenbestände fürsorglich einem Ausforschungsbeweis zugänglich zu machen. Davon, dass die anderen Unternehmen die Fragen zutreffend aufgenommen und richtig beantwortet haben, ist auszugehen. Eine gegenläufige Behauptung,

welche keinen konkreten Anlass für eine solche Mutmaßung bietet, muss als ins Blaue hinein aufgestellt behandelt werden. Für eine andere Bewertung wäre etwa erforderlich, aber auch genügend, dass die Beschwerdeführerin aufzeigt, dass der Datenerhebungsbogen missverständlich war und danach geeignet, Fehlangaben hervorzurufen, oder dass - ungeachtet der Eindeutigkeit der Fragestellung - Unternehmen unzutreffende Angaben gemacht haben. Mit dieser Anforderung wird der Beschwerdeführerin nichts Unmögliches oder auch nur Unzumutbares auferlegt. Den ersten Gesichtspunkt kann sie aus ureigener Erkenntnis beantworten, über den zweiten kann sie unschwer eine Aufklärung über die Verbände herbeiführen. Ein Indiz wäre auch, wenn die Netzbetreiber mit dem solchermaßen basierten Effizienzwertergebnis nicht einverstanden wären und es wegen einer ersichtlich den wahren Datenbestand nicht zutreffend abbildenden Erhebung als verbreitet fehlsam angesehen würde. Ein solches Phänomen kann der Senat als landesweit einzig zuständiges Beschwerdegericht im Hinblick auf die nur sehr vereinzelt gebliebenen Verfahren und die Thematisierung in diesen insoweit weder erkennen noch vermochte die Beschwerdeführerin solches aufzuzeigen. Die Beschwerdeführerin hat einzig bei der Druckmesserklassenabfrage in der Eingabemaske des Energiedatenportals der BNA eine Widersprüchlichkeit anzuführen vermocht (Bl. 931 bis 935), wonach *„für Netzbetreiber mit tendenziell höheren Querschnitten (wie im Niederdrucknetz üblich) ... eher ein zu niedriges Netzvolumen errechnet [wird]“* (Bl. 934), womit ein Anteil von mehr als 18 % des Gesamtnetzes der Beschwerdeführerin betroffen sei. Sowohl die Beschwerdegegnerin wie auch die BNA haben die Behauptung der Uneindeutigkeit schon nicht gelten lassen, weshalb die BNA auch vorgetragen hat, dass Nachfragen oder Korrekturen im Hinblick darauf nicht erfolgt seien. Dass damit die Datengrundlage der BNA insgesamt untauglich geworden wäre, um aus ihr über weitere Modellschritte den Effizienzwert zu ermitteln, ist danach weder dargelegt noch sonst nachvollziehbar gemacht. Dieser Befund wird auch darin sinnfällig, dass die Beschwerdeführerin wegen der Niederdruckstruktur ihres Netzes und der damit einhergehenden Sonderdimensionierung der Rohre eine außergewöhnliche Sonderstellung als Netzbetreiberin innerhalb der Bundesrepublik für sich beansprucht und deshalb eine Sonderbehandlung nach § 15 ARegV verlangt. Danach wäre nach dem eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin insoweit ohnehin ein absolutes Ausreißerphänomen betroffen. Auch dies macht augenfällig, dass das einzige Beispiel, welches die Beschwerdeführerin gegen eine methodisch fehlsame Datenerhebung vorzu-

bringen vermochte, nicht geeignet ist, auf eine systemimmanent und unvermeidlich von gewissen Unschärfen geprägten Datenerhebung nachhaltig durchzuschlagen und danach die Beachtlichkeit des von der BNA erhobenen Datenbestandes insgesamt durchgreifend infrage zu stellen.

ccc)

Auch wenn die Betroffene den für sie ermittelten Effizienzwert in tatsächlicher Hinsicht mangels offen gelegter Datengrundlage nicht im Einzelnen nachvollziehen kann, müsste sie gleichwohl aufzeigen können, dass das Vergleichsverfahren an einem Fehler leidet, der sich zu ihrem Nachteil ausgewirkt hat. Wäre der Effizienzwert zum Nachteil der Betroffenen fehlerhaft ermittelt worden, könnte sie die Effizienzvorgabe mit den ihr möglichen und zumutbaren Maßnahmen nicht erreichen und übertreffen. Dass dies der Fall ist, zeigt sie nicht hinreichend auf (vgl. auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 124]).

Danach kann die Beschwerdeführerin keinen Erfolg mit ihren Angriffen gegen die Datengrundlage (vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 3 ARegV) haben (so schon hinsichtlich gleichgerichteter Angriffe Senat B. v. 25.03.2010 - 202 EnWG 20/09).

Damit durfte die BNA das von ihr erhobene Datenmaterial ihrer methodischen Bearbeitung zugrundelegen.

cc)

Begründungsmangel.

(1)

Die Beschwerde rügt, dass hinsichtlich der Herleitung des Effizienzwertes der Bescheid sich mit einem bloß formelhaften Verweis auf die Ergebnisdokumentation der Sumicsid vom 27.11.2008 begnüge, ohne die wichtigsten Schritte der Effizienzwertermittlung zu erläutern, insbesondere die dem Ineffizienzvergleich zu Grunde liegende Datenbasis und dessen Modellspezifikation. Jedenfalls aber sei die Ergebnisdokumentation an entscheidenden Stellen lückenhaft, der Effizienzvergleich stelle sich für die Beschwerdeführerin als „black box“ dar. Schon diese Lückenhaftigkeit gebe für sich einen Begründungsmangel ab. Das BMT 2008 sei nur der Versuch einer Plausibilitätskontrolle

auf notgedrungen unzulänglicher Datenbasis, nicht Ausdruck ausreichender eigener Informiertheit.

(2)

Zudem sieht die Beschwerde einen solchen formellen Mangel auch darin, dass sich der Bescheid mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den Besonderheiten der Versorgungsaufgabe nach § 15 Abs. 1 ARegV nicht konkret auseinandersetze, sondern sich überwiegend in abstrakten Erwägungen ergehe (Bl. 116).

(3)

Die Beschwerdegegnerin hält ihren Bescheid für ausreichend begründet. Er nehme hinsichtlich der Effizienzwertermittlung auf das ausführliche Gutachten der BNA Bezug, welches im Internet veröffentlicht sei und der Beschwerdeführerin als BF 13 selbst zur Verfügung stehe. Auch habe sich der Bescheid mit den angeblichen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe ausreichend, was auch im entsprechenden Seitenumfang des Bescheides zum Ausdruck komme, befasst.

(4)

Ein Begründungsmangel ist nicht - anders als die Beschwerdeführerin meint - darin zu sehen, dass die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Ermittlung des Effizienzvergleichs auf die BNA und deren Ausführungen insoweit verweist. Nach § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG sind Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu begründen (vgl. allg. Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. [2010], § 73, 8; Salje, EnWG [2006], § 73, 6). Insoweit gelten die Anforderungen des VwVfG (Hanebeck a.a.O. 7). Hierzu gehört zweifelsohne auch die Darstellung der Herleitung und Ermittlung des Effizienzwertes. Zwar müssen die Landesregulierungsbehörden das Ergebnis des Effizienzvergleichs nach außen gegenüber dem Netzbetreiber vertreten; zum andern obliegt den Landesregulierungsbehörden für die in ihre Zuständigkeit fallenden Netzbetreiber die Bildung eines bereinigten Effizienzwertes (§ 15 Abs. 1; vgl. Hummel in Danner/Theobald, Energierecht, § 12 ARegV [6/2008], § 12, 34). Nach Abs. 6 hat jede Landesregulierungsbehörde die Wahl, einen eigenen Effizienzvergleich durchzuführen oder den durch die BNA ermittelten Effizienzwert zu übernehmen (Hummel a.a.O. 36). Dass im Abs. 6 S. 1 der Verweis auf den in Verordnungsgebungsverfahren später ein-

gefügten Abs. 4 a fehle, dies ein Redaktionsversehen sei und auch die Landesregulierungsbehörden einen eigenen Effizienzvergleich in den vier vorgeschriebenen Arten durchführen müssten (so Hummel a.a.O. 36), ist jedoch nicht zu erkennen. § 12 Abs. 4 a fußt auf Empfehlungen des Ausschusses vom 07.09.2007 (BR-Drs. 417/1/07, S. 7) und folgt dem Beschluss vom 21.09.2007 (BR-Drs. 417/07 [Beschluss]), der gerade einen bundesweiten Effizienzvergleich befürwortet hat. Auch Hummel führt denn weiter aus, dass *„der in der ARegV vorgesehene Effizienzvergleich ... derart aufwändig [ist], dass Landesregulierungsbehörden voraussichtlich allenfalls vereinzelt von der Möglichkeit eines eigenen Effizienzvergleichs Gebrauch machen werden“* (Hummel a.a.O. § 12, 36). Darf aber eine Behörde eine andere mit einer Aufgabe betrauen oder - wie hier - deren Ergebnisse übernehmen, kann auch nicht erkannt werden, dass es fehlerhaft wäre, der federführenden Behörde die Begründung ihres Entscheidungsbeitrags zu überantworten. Zwar findet sich diese nicht schon bereits im Bescheid. Eine Verletzung der Begründungspflicht gemäß § 39 VwVfG führt zwar grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, wohl aber zur Rechtswidrigkeit des betroffenen Bescheides (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 39, 56; Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 39, 27; Schwarz in Hk-VerwR/VwVfG [2006], § 39, 46). Die Begründung kann aber nach Maßgabe des § 45 Abs. 1 Nr. 2 nachgeholt werden, indem der Verwaltungsakt nachträglich um die fehlende oder unvollständige Begründung ergänzt wird (Salje a.a.O. § 73, 7; Kopp/Ramsauer a.a.O. 58; Schwarz a.a.O. 47 und § 45, 20), solange die Nachholung selbst nicht zugleich den Inhalt der Entscheidung verändert oder eine Neuvornahme des Verwaltungsaktes darstellt (Kopp/Ramsauer a.a.O. 58 und § 45, 18 und 19; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs a.a.O. § 45, 45 und 48; Schwarz a.a.O. § 45, 22). Wird die Begründung erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens gegeben, kann dies für die Behörde Kostennachteile haben, wenn das gerichtliche Verfahren darauf hin für erledigt erklärt wird (Kopp/Ramsauer a.a.O. 58). Vorliegend kann dahinstehen, ob die Begründung im Bescheid (dort S. 13-14 [II.2.5.] mit dem weitgehenden Verweis auf die Darstellung der BNA auf deren Internetseite) diesen Anforderungen (vollständig) gerecht geworden ist. Jedenfalls wurde eine feststehende und wiederholt gleichgerichtet verwendete ausführliche Begründung durch die BNA nachgeholt, welche sich die Beschwerdegegnerin vollumfänglich zu Eigen gemacht hat. Selbst wenn die originäre Begründung im Bescheid als unzulänglich anzusehen wäre, wäre jedenfalls eine Heilung eingetreten.

(5)

Zwar kann gleichwohl die nun der BNA zugewiesene Aufgabe oder die von ihr entlehnte Begründung unzulänglich sein, weshalb der Begründungsmangel (fort-)bestehen könnte. Dies ist - wie im Zusammenhang mit der Behandlung der behaupteten materiellen Mängel des Effizienzvergleichs darzustellen sein wird - jedoch nicht der Fall.

b)

Inhaltliche/materielle Rechtswidrigkeit.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Rechtswidrigkeit des Bescheides beruhe auf einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Effizienzvergleichs, einer nicht rechtskonformen Anwendung der Vorschriften der ARegV bei der Ermittlung der Erlösobergrenze sowie der Anwendung rechtswidriger Vorgaben aus der ARegV.

aa)

(1)

Der bloße Verweis der Beschwerdegegnerin auf den von der BNA durchgeführten Effizienzvergleich mache deutlich, dass die Beschwerdegegnerin die ihr durch § 54 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EnWG zugewiesene Verantwortlichkeit verkenne. Methodisch habe die Bundesnetzagentur den Effizienzvergleich mit den in Anlage 2 zu § 12 Abs. 1 S. 1 ARegV vorgegebenen Analysemethoden, der Dateneinhüllungsanalyse (Data Envelopment Analysis - DEA) sowie der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (Stochastic Frontier Analysis - SFA) durchgeführt (vgl. Bl. 119). Bei der DEA werde die individuelle Effizienz des Netzbetreibers aus der relativen Position des einzelnen Unternehmens gegenüber der gefundenen Effizienzgrenze (Kosten der effizienten Unternehmen) ermittelt. Es ergebe sich eine dreidimensionale Punktwolke (Dateneinhüllung), bei der sich die zu 100 % effizienten Unternehmen auf der Oberfläche befänden; der relative Abstand des einzelnen Unternehmens zu diesen Benchmark-Unternehmen ergebe den Effizienzwert. Die SFA stelle Aufwand und Leistung in eine Kostenfunktion ein, wobei eine Restkomponente Ausdruck von Ineffizienzen darstelle. Die BNA habe, wie von § 12 Abs. 4 ARegV vorgegeben, ein sog. doppelt duales Benchmarking und somit insgesamt vier Einzeleffizienzanalysen durchgeführt. Entsprechend der Vorgabe des § 12 Abs. 5 S. 3 ARegV sei der jeweils beste Effizienzwert für das Unternehmen festgesetzt geworden. Der Bescheid weise auf Seite 8 in den ersten vier Zeilen diese vier unter-

schiedlichen Einzeleffizienzanalysewerte aus. Dieser Wert sei gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 im Hinblick auf Besonderheiten der jeweiligen Versorgungsaufgabe einer Bereinigung zu unterziehen. Verbände der Energieversorgungswirtschaft hätten ein eigenes Kontrollbenchmarking-Projekt durchgeführt und in dem „Abschlussgutachten Benchmarking Transparenz 2008“ vom 16.01.2009 (BMT 2008 = BF 14) niedergelegt. Die BMT-Gutachter hätten die von den Netzbetreibern an die BNA übersandten Daten plausibilisiert, auffällige Daten in Abstimmung mit den Netzbetreibern korrigiert und so eigene, einheitliche Datensätze erstellt. Damit hätten 85 % aller auch von der BNA einbezogenen Gasnetze erfasst werden können. Die Polynomics AG habe im Hinblick auf Probleme und Inkonsistenzen angepasste Modellvarianten errechnet (BMT 2008, 2. Teil). Dabei habe sich herausgestellt, dass 9 von 10 Parametern des Gaseffizienzvergleichs zumindest Unschärfen in der Datenerhebung zeigten und mindestens in 5 weiteren wesentlichen Punkt problematisch seien (Bl. 123). So sei der Parameter der „durchmessergewichteten Leitungslängen“ nur näherungsweise ermittelt (BMT 2008, S. 19). Zudem bestehe Grund zur Annahme, dass nicht alle Netzbetreiber den Anschluss- und Erschließungsgrad einheitlich bestimmt hätten, weshalb die von der Beschwerdegegnerin, sprich: BNA, errechneten Parameter die tatsächlichen Netzsituation nur verzerrt abbildeten. Eine unzureichende Datendefinition habe unzureichende Angaben über die Länge aller Leitungen einer bestimmten Druckqualität herbeigeführt. Dies zeige die eigene, erst später korrigierte Fehlerangabe der Beschwerdeführerin beispielhaft (Bl. 124). Da Betriebsmittelkombinationen vorkämen, ergäben sich weitere Abweichungen. Abgrenzungsschwierigkeiten hätten sich auch bei der Angabe der Größe der „versorgten Fläche“ eingestellt, weshalb das BMT 2008 zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Datenqualität nur als eingeschränkt zu bewerten sei. Auch die Bevölkerungszahl sei nicht konkret erfragt, sondern systematisch fehlerhaft berechnet worden, da bei einer Teilversorgung der Umstand, ob dabei ein Kern- oder Randgebiet versorgt werde, außer Betracht geblieben sei. Alle diese systematischen Datenfehler beruhten auf nicht sachgerechter Datenabfrage durch die BNA. Die Festsetzung des Effizienzwertes sei deshalb auch deswegen rechtswidrig, weil der Beschwerdeführerin Einblicke in Details der Benchmarking-Berechnungen nicht erteilt worden seien. So könne die Beschwerdeführerin nicht die Korrektheit der Modelle und Berechnungsschritte überprüfen. Die Ergebnisse des BMT 2008 legten aber Bedenken vor allem gegen die Methodenrobustheit (§ 21 Abs. 5 S. 5 EnWG), die Ausreißeranalyse (Anlage 3 zu § 12 ARegV Nr.

5) sowie die Heteroskedastizitätskorrektur (größenabhängige Varianzen des Störterms) nahe. Zur Methodenrobustheit gehöre die im Abschlussbericht der Sumicsid fehlende Kontrollberechnung nach alternativen Berechnungsmodellen. Bei der parametrischen Methode (SFA) bleibe unklar, was mit übermäßig einflussreichen Datensätzen geschehen sei (Bl. 127). Eine Heteroskedastizitätskorrektur sei geboten, da Störterme nicht über alle Unternehmen normalverteilt seien. Da der Sumicsid-Bericht sich nicht dazu verhalte, müsse befürchtet werden, dass eine Korrektur nicht oder falsch erfolgt sei. Die ARegV gebe zwar kein konkretes Effizienzvergleichsmodell vor, die Ausarbeitung eines solchen sei vielmehr der BNA überantwortet worden. Die Auswahl der bei der Modellbildung verwendeten Vergleichsparameter habe gemäß § 13 ARegV zu geschehen. Für die erste Anreizregulierungsperiode seien mindestens die in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1-3 ARegV aufgeführten Parameter aufzunehmen. Die Sumicsid habe in einer Kostentreiberanalyse die Vergleichsparameter ausgewählt, die Effizienzwerte nach DEA und SFA und mittels Robustheitsanalysen (sog. Second-Stage-Analyse) den Einfluss nicht berücksichtigter Vergleichsparameter ermittelt. Die Spezifikation der Methode lasse den konkreten Zusammenhang zwischen Aufwandsparemtern und Vergleichsparametern (Output) nicht erkennen. Jedenfalls entspreche die Parameterauswahl nicht den Anforderungen der ARegV, die angewendeten Methoden entsprächen teilweise nicht dem Stand der Wissenschaft. Dies gelte insbesondere für den Vergleichsparameter Messstellendichte, dem Verhältnis zwischen Messstellen zu Ausspeisepunkten. Die BNA habe als Ausspeisepunkt den Übergabepunkt an Letztverbraucher, nachgelagerte Netze oder Weiterverteiler definiert; städtischen Netzbetreibern würde aufgrund der hohen Anzahl von Mehrfamilienhäusern und Wohnblöcken (verstärkt durch Gaseta- genheizungen) eine wesentlich höhere Messstellendichte zukommen als Regionalver- sorgern, was zur systematischen Benachteiligung städtischer Gastnetzbetreiber führe (Bl. 131). Die nachfolgende Second-Stage-Analyse der BNA erscheine angesichts der Aufnahme von diversen Variablen der gleichen Kategorie problematisch, da es hier zu einem Aufschaukeln der Ungenauigkeiten komme. Es bestehe die Gefahr der Verwä- serung tatsächlich bestehender Signifikanzen der zu verprobenden Parameter (Beweis: sachverständiges Zeugnis [Bl. 133]). Das BMT 2008 habe auf der Grundlage ihrer Da- tenbestände die Annahme der BNA, wonach die Messstellen keinerlei signifikanten Einfluss auf die Verteilung der Effizienzwert hätten, widerlegt. Es habe sich ein signifi- kant negativer Zusammenhang ergeben. Ein positiver Zusammenhang habe sich da-

gegen bei der Kennzahl Hausanschlussleitung pro Ausspeisepunkt feststellen lassen, mithin die Begünstigung von Regionalversorgern. Damit widerspräche die Parameterauswahl der Vorgabe des § 13 Abs. 3 S. 5 ARegV. Die unvollständige Ergebnisdokumentation habe eine Nachprüfung des DEA-Modells ermöglicht, nicht so aber der SFA-Modelle. Diese Kenntnis sei aber Voraussetzung für die Überprüfung des der Beschwerdeführerin zugewiesenen Effizienzwertes. Dies gelte letztlich auch für die Überprüfbarkeit der Signifikanz des Vergleichsparameters der Messstellendichte (Bl. 137). Die notwendigen Datensätze hätten sich auch nicht in den im Rahmen der Akteneinsicht der Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellten Unterlagen befunden, weshalb vollständige Akteneinsicht begehrt werde (Bl. 138). Die best-of-four-Abrechnung schaffe keinen Sicherheitszuschlag, sondern sei nur dem Umstand des Einsatzes der wissenschaftlich nicht gesicherten DEA- und SFA-Methoden geschuldet. Gleiches gelte für die Ausreißerbestimmung sowie die Supereffizienzanalyse nach Anlage 3 Nr. 5 zu § 12 ARegV. Diese Korrekturverfahren seien den beiden genannten Methoden bereits immanent (Bl. 970).

Losgelöst davon sieht die Beschwerdeführerin Besonderheiten ihrer Versorgungsaufgabe nach § 15 ARegV nicht ausreichend berücksichtigt. Dabei sei diese Vorschrift - anders als die Beschwerdegegnerin meint - hinsichtlich des Begriffs der Versorgungsaufgabe nicht mit dem in § 10 Abs. 2 S. 1 ARegV gleichzusetzen und auch nicht auf außergewöhnliche strukturelle oder sonstige Umstände beschränkt. Vielmehr habe sich die Wertung an den strukturellen Unterschieden im Sinne des § 21 Abs. 5 S. 1 EnWG zu orientieren.

Danach sei schon nach der die Beschwerdeführerin zur Verfügung stehenden, in wesentlichen Teilen vorenthaltenen Erkenntnisgrundlage der Effizienzvergleich fehlsam, etwa in Bezug auf die Second-Stage-Analyse, die Signifikanz-Analyse oder den City-Effekt.

(2)

Die Beschwerdegegnerin verweist darauf, dass sie keinen eigenen Effizienzvergleich durchgeführt, sondern gemäß § 12 Abs. 5 ARegV berechtigterweise auf die Effizienzwertermittlung der BNA zurückgegriffen habe, welche beanstandungsfrei geschehen sei. Insofern verweist sie auf die eigene Stellungnahme der BNA, welche mit Schriftsatz vom 30.04.2010 (Bl. 1018-1065), eingegangen am 04.05.2010, vorliegt.

(3)

Darin stellt die BNA neben den rechtlichen insbesondere die methodischen Grundlagen des Effizienzvergleichs, wie er von ihr gehandhabt wurde, in Übereinstimmung mit Ausführungen in einem Parallelverfahren, welches der Senat entschieden und sich bereits in der Rechtsbeschwerde befunden hat (Rücknahme dieses Rechtsmittels). Dabei sei Effizienz kein manifestes, beobachtbares oder gar direkt messbares Merkmal, weshalb es auch nicht das objektiv richtige Modell gebe, sondern immer nur ein möglichst gutes, widerspruchsfreies und nachvollziehbares Modell zur bestmöglichen Abbildung der Realität. Dabei gehe es darum, eine vielschichtige und komplexe Versorgungsaufgabe eines Energieversorgungsunternehmens zu erfassen. Da die unternehmerische Entscheidungsfindung nicht allein von rationalem Verhalten bestimmt werde, müssten auch Zufallsmomente (stochastische Einflüsse) zur Realitätserfassung ins Modell eingestellt werden. Eine stochastische Effizienzgrenzenanalyse gebe die Anlage 3 der ARegV vor wie im Übrigen auch die Dateneinhüllungsanalyse (DEA). Bei der nicht-parametrischen DEA befänden sich die 100 % effizienten Unternehmen auf einer Datenhülle, für die übrigen Unternehmen errechne sich ihr Effizienzwert aus dem relativen Abstand zu dieser Sphäre. Mit der SFA werde durch eine statistische Verteilungsannahme ein geschätzter funktionaler Zusammenhang zwischen den Kostentreibern und den Kosten hergestellt. Abweichungen zwischen den tatsächlichen und den regressionsanalytisch geschätzten Kosten würden in einen stochastischen Störterm und einer Restkomponente zerlegt. Ersterer bringe zum Ausdruck, dass das Modell nicht jede individuelle Nuance berücksichtigen könne und nehme Zufälligkeitsmomente auf; diese Komponente solle die tatsächlich bestehende Ineffizienz abbilden (Bl. 1123-1125). Da die DEA-Methode Abweichungen vom Effizienzmaßstab interpretiere, werde in sie eine großzügige Ausreißeranalyse eingebracht. Diese Methode erlaube eine hohe individuelle Flexibilität, allerdings bei einer hohen Datenanfälligkeit. Die SFA-Methode sei zwar deutlich weniger flexibel, weise aber die extreme Datenanfälligkeit nicht auf. Die Aufwandparameter würden in den durch § 14 ARegV vorgegebenen dualen Effizienzvergleich mit genehmigten und standardisierten Kosten eingestellt und den beiden Methoden DEA und SFA zugeführt (vgl. ferner Bl. 1127). So werde die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers möglichst adäquat abgebildet. § 13 Abs. 4 gebe für die ersten beiden Regulierungsperioden vor, dass als Vergleichsparameter die Anzahl der Anschluss- bzw. Ausspeisepunkte, die Fläche des versorgten Gebietes, die Leitungslänge

und die zeitgleiche Jahreshöchstlast zu verwenden seien. In einem ersten Schritt sei eine Vorauswahl von Vergleichsparametern auf der Grundlage einer sog. Kostentreiberanalyse vorgenommen worden, wobei der statistische Zusammenhang zwischen den Kosten und den Vergleichsparametern untersucht worden sei. Nicht signifikante Vergleichsparameter seien ausgeschlossen worden. Die übrig gebliebenen Vergleichsparameter seien nach den Methoden DEA und SFA errechnet worden, dabei seien sog. Robustheitsanalysen (Second-Stage-Analysen) zur Anwendung gekommen. So hätte sich im Gasbereich ein Effizienzvergleichsmodell mit 10 Vergleichsparametern herausgebildet (Bl. 1128). Entsprechend der Anlage 3 der ARegV seien Ausreißer ermittelt worden, nach der statistischen Ausreißeranalyse im Hinblick auf fehlerhaft übermittelte Daten oder zwar richtig übermittelte, aber zu wertungsstarke Datenblöcke. In einer zweiten Ausreißeranalyse sei die Wertigkeit einzelner Datensätze auf das Effizienzvergleichsmodell erfasst und gegebenenfalls korrigiert worden. Letztendlich sei durch das sog. Supereffizienzkriterium eine Endkontrolle durchgeführt worden. Das Datenerhebungsverfahren sei für den Bereich Gas am 30.01.2008 eröffnet worden, das Internetportal für die Übermittlung der Strukturdaten am 29.02.2008, mit Fristsetzung zum 28.03.2008. Am 16.06.2008 habe die Vorstellung der Methoden sowie der Überlegungen zur Auswahl der Vergleichsparameter stattgefunden. Am 10.09.2008 sei die Frist zur Übermittlung korrigierter Kosten- und Aufwandsparemeter gesetzt worden, am 16.09.2008 die Durchführung des bundesweiten Effizienzvergleichs geschehen. Schon bei Dateneingang seien die übermittelten Daten einer automatischen technischen Plausibilitätsprüfung unterzogen worden, wie auch später zahlreichen weiteren. Die ARegV sehe selbst vor, dass die Netzbetreiber ihre Daten nicht in jedem Fall vollständig oder zutreffend zur Verfügung stellen, weshalb bei Verweigerung der Mitwirkungspflicht von einem Effizienzwert von 60 % ausgegangen werden könne (§ 12 Abs. 4 S. 2, § 30 ARegV). Auch § 12 Abs. 6 S. 2 ARegV verlange nur die Belastbarkeit der Ergebnisse und nicht die Vollständigkeit der Datenbasis. Die Netzbetreiber seien auch gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft verpflichtet. Diese Vorgaben habe sie, die BNA, im Rahmen des ihr eröffneten Beurteilungsspielraums, der auch nur eingeschränkt überprüft werden dürfe (so BVerwGE 131, 41 f. [dort zum TKG]; OLG Düsseldorf B. v. 24.10.2007 - VI-3 Kart 172/06; Kiecker in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht, Bd. 1, § 61 GWB, 5), beanstandungsfrei umgesetzt. Auch auf den Veranstaltungen sei das Vorge-

hen nachvollziehbar gemacht worden, eine Kritik habe die BNA nicht erfahren, vielmehr sei in einem Bericht einiger Branchenverbände („*Benchmarking-Transparenz 2008*“ [BMT 2008]) der BNA Zustimmung zuteil geworden. Zwar sei zutreffend, dass die Beschwerdeführerin den Effizienzwert nicht selbst nachrechnen könne, da ihr hierfür die als vertraulich einzustufenden Daten aller am Benchmarking beteiligten Netzbetreiber offenzulegen wären, was nicht angehe, zumal auch die Beschwerdeführerin in die Offenlegung ihrer eigenen Daten nicht eingewilligt habe. Soweit die Beschwerdeführerin Datenunstimmigkeiten ins Feld führe, die auf missverständlich formulierten Datendefinitionen beruhen sollen, sei dem entgegenzuhalten, dass die Datendefinitionen im Jahr 2007 ausführlich über mehrere Monate mit den beteiligten Kreisen konsultiert und dann veröffentlicht worden seien. Der beanstandete Parameter: „*Länge aller Leitungen mit einem Auslegungsdruck unter/über 5 Bar über alle Materialarten*“ sei eindeutig und habe in der Branche weder zu Nachfragen noch nachträglichen Korrekturen geführt. Die alleinige Einbeziehung der Ausspeisepunkte ohne Berücksichtigung auch der Messstellen bzw. Zählstellen benachteilige nicht systematisch die städtischen Versorger; denn nach § 13 Abs. 3 S. 3 ARegV sollen sich die Erklärungsparameter nicht in ihrer Wirkung ganz oder teilweise wiederholen, was in der ARegV in Teilen ohnehin schon angelegt sei und was mit der Forderung der Beschwerdeführerin aber genau der Fall wäre (Multikollinearität). Eine Mehrheit unterschiedlicher Merkmale erhöhe, eine Erhebung identisch erklärender Merkmale schwäche die Aussagefähigkeit eines Modells. Die erfolgte Hereinnahme des demographischen Wandels des versorgten Gebietes zwischen 1995 und 2006 schaffe eine weitere Kontrolle im Sinne der Beschwerdeführerin, eine weitere Gleichschaltung der Prüfungsmerkmale, wie von der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Messstellen bzw. Zählstellen gefordert, brächte das Modell in eine weitere Schiefelage. Im Übrigen habe ein Test zur Signifikanz dieser Merkmale die Relevanzbehauptung der Beschwerdeführerin gerade nicht bestätigt (Projekt Gerner IV, S. 93, 172; vgl. auch Bl. 1142). Die Aussagen des Projekts „*Benchmarking-Transparenz 2008*“ litten darunter, dass durch die nur freiwillige Teilnahme lediglich 85 % der maßgeblichen und von der BNA erhobenen Daten generiert worden seien. Danach habe die Nichtberücksichtigung der Messstellen zu keiner statistisch signifikanten Benachteiligung städtischer Netzbetreiber geführt. Auch die Ausreißeranalyse entspreche den Vorgaben der ARegV und werde wissenschaftlichen Standards gerecht. Gleiches gelte hinsichtlich der Korrektur des Phänomens der Heteroskedastizität (dass Abweichungen

der tatsächlichen Beobachtungen vom statistisch ermittelten Modell nicht gleich wahrscheinlich sind).

(4)

Soweit die Beschwerdeführerin neben einem ihr mangels Akteneinsicht versperrten Einblick in die maßgebliche Datengrundlage auch rügt, der erhobene Datenbestand bilde die Wirklichkeit nicht hinlänglich genau ab, da falsche, missverständliche Erhebungsfragen gestellt worden seien, eine hinreichende Kontrolle der ins Erhebungsportal von den jeweiligen Netzbetreibern eingegebenen Daten nicht stattgefunden und selbst die Kenntniserlangung von unzutreffend angegebenen oder übermittelten Daten nicht zu einer Anpassung/Neudurchführung des Effizienzvergleichsverfahrens geführt habe, ist damit keine durchgreifende Rüge verbunden.

aa)

Wie bereits oben im Zusammenhang mit dem (verweigerten) Akteneinsichtsrecht abgehandelt, geht der Verordnungsgeber selbst davon aus, dass die Datenbasis nicht ein (nahezu) vollkommenes Abbild der maßgeblichen Wirtschaftsdaten der für die Schaffung der Datenbasis herangezogenen Unternehmen sein kann. Denn dass sich Übermittlungs- oder Übertragungsfehler einschleichen werden, ist unvermeidlich, eine Kontrolle der Richtigkeit jeder einzelnen Dateneingabe scheidet angesichts ihrer Masse aus. Zudem eröffnet § 30 ARegV einen Rückgriff auf Altdateien oder ermöglicht gar Schätzungen. Damit wird offenkundig, dass die Anforderung der Beschwerdeführerin an die Qualität der Datengrundlage dem Leitbild der Verordnung nicht entspricht. Sie hat den Regulierungsbehörden deshalb neben den aufgezeigten Lückenschließungsmethoden auch Kontroll- und Nachjustierungsinstrumente bei Unplausibilität oder Ausreißern an die Hand gegeben (vgl. zu allem auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 125]; OLG München B. v. 25.11.2010 - Kart 17/09 [juris Tz. 61 bis 63]).

(5)

Der von der Beschwerdeführerin eingenommenen Sicht, dass die Anreizregulierung in ihrer konkreten Gestalt, die sie in der ARegV erfahren hat, den geltend gemachten rechtlichen und auch verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen würde, kann nicht beigetreten werden. Der Senat war in dem von den Beteiligten schon mehrfach in Be-

zug genommenen Verfahren 202 EnWG 20/09 (Rechtsbeschwerdeverfahren BGH EnVR 51/10, erledigt durch Rücknahme der Rechtsbeschwerde; vgl. auch Bl. 1418) bereits mit der Klärung und Beurteilung der gleichgerichteten Fragestellung befasst. Er hat dabei u.a. ausgeführt (Beschluss-Seite: 32 [unten] bis 38):

„b)

Die methodische Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin ist mit der Anreizregulierungsverordnung und höherrangigem Recht vereinbar. Insoweit hat der Verordnungsgeber den Regulierungsbehörden einen Rahmen vorgegeben, in dem ihnen ein Vorgehensspielraum eingeräumt ist (vgl. Senatsbeschluss vom 04. Februar 2010 - 202 EnWG 17/08 zu § 7 Abs. 6 GasNEV). Diesen hat die Beschwerdegegnerin methodisch eingehalten.

aa)

Die Anreizregulierung ist eine alternative Methode zur rein kostenorientierten Entgeltbildung für den Netzzugang i. S. d. § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG (BT-Drs. 15/5268, zu § 21a, S. 120; vgl. Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30. Juni 2006, Rn. 47; Walther, Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung [2009], S. 31). Ein Grundgedanke der Anreizregulierung ist es, mittels des Abbaus ineffizienter Kosten die Netzbetreiber in den Stand zu setzen, ihre Netze Durchleitern billiger anbieten zu können. Die Grundproblematik dieser Methode liegt darin, die ineffizienten Kosten des einzelnen Netzbetreibers zu erkennen. Hierzu haben sich Gesetz- und Verordnungsgeber zu einem Vergleich der Unternehmen entschieden, bei dem unterstellt wird, dass relative Kostengünstigkeit Effizienz im Sinne der Anreizregulierung bedeutet. Dabei gelten grundsätzlich Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, als ineffizient und sollen daher aus der Netzentgeltberechnung eliminiert werden. Um dies zu erreichen, sollen den Unternehmen Anreize geschaffen und Vorgaben gemacht werden. Diese Konzeption ist für sich genommen rechtlich nicht zu beanstanden, zumal sie in einem marktwirtschaftlichen Wettbewerbsmarkt nicht unplausibel ist.

bb)

Dieser Vergleich ist hoch komplex. Denn er muss Unternehmen zueinander in Beziehung setzen, die im Laufe von oft etlichen Jahrzehnten voneinander abweichende Strukturen aufgebaut haben und mit diesen in einem Marktumfeld stehen, das demjenigen anderer Netzbetreiber nicht ähneln muss und kaum je gleich sein wird.

cc)

Nach § 12 Abs. 1 ARegV führt die Bundesnetzagentur vor Beginn der Regulierungsperiode mit den in Anlage 3 zur ARegV aufgeführten Methoden unter Berücksichtigung der daselbst genannten Vorgaben sowie nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 und der §§ 13 und 14 jeweils einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Verteilnetzbetreiber im Strom- und im Gasbereich durch mit dem Ziel, die Effizienzwerte für diese Netzbetreiber zu ermitteln. Die Bestimmungen der Anreizregulierungsverordnung zum Effizienzvergleich haben der Gesetz- und der Verordnungsgeber in Kenntnis der vorbeschriebenen Problematik geschaffen. Und vor diesem Hintergrund sind sie auszulegen.

Dieses Verfahren kann rein tatsächlich nicht als mathematisch exakte Berechnung verstanden werden, sondern nur als der Versuch, im Rahmen des verwaltungspraktisch Möglichen ein den vom Verordnungsgeber bestimmten Parametern und Vorgaben entsprechendes Modell-Abbild der wirtschaftlichen Wirklichkeit zu entwerfen. Zum einen weil angesichts der Unterschiede zwischen den einzelnen Unternehmen und ihrer Marktsituation ohnehin nur eine Scheingenauigkeit erzielt werden könnte, zum anderen weil dem Normgeber nicht unterstellt werden kann, dass er ein Verfahren habe vorgeben wollen, das praktisch nicht oder nur mit unabsehbarem Aufwand durchzuführen wäre und schon deshalb seinen Zweck am Markt nicht erfüllen könnte.

dd)

Dem entsprechend spricht der Wortlaut der Anreizregulierungsverordnung mehrfach nicht von einer Berechnung des Effizienzwertes, sondern davon, dass dieser „ermittelt“ werde (vgl. nur § 12 Abs. 1, 2 und 4 ARegV).

ee)

Darüber hinaus hat der Normgeber den Regulierungsbehörden in §§ 13 f. ARegV ausweislich des Normwortlauts („kann“ bzw. „können“) Spielräume geschaffen, die nicht erklärbar wären, wäre er von einer exakten Berechnung des Effizienzwertes ausgegangen. Dieser Ermessensspielraum steht lediglich unter der Zielvorgabe, durch die Auswahl der Vergleichsparameter die strukturelle Vergleichbarkeit möglichst weitgehend zu gewährleisten. Gleichzeitig erlaubt die Verordnung aber bei der Bestimmung von Parametern zur Beschreibung geografischer, geologischer oder topografischer Merkmale und struktureller Besonderheiten der Versorgungsaufgabe auf Grund demografischen Wandels des versorgten Gebietes flächenbezogene Durchschnittswerte zu bilden (§ 13 Abs. 3 ARegV) und weitere Parameter im Wege einer Kann-Bestimmung (§ 13 Abs. 4 ARegV).

ff)

Dem beschriebenen Spannungsverhältnis hat der Ordnungsgeber in rechtsstaatlich nicht zu beanstandender Weise Rechnung getragen. Er hat bei der Verfahrensgestaltung und der Umsetzung mehrere Sicherungsmechanismen zugunsten der Netzbetreiber vorgesehen, um eine sachwidrige Benachteiligung einzelner Unternehmen zu vermeiden.

aaa)

Zunächst hat er mehrere Parallelberechnungen nach verschiedenen Methoden vorgegeben, an die sich eine Meistbegünstigung des einzelnen Netzbetreibers anschließt (s. § 12 Abs. 3 und Abs. 4a ARegV); auch dies zeigt, dass er Effizienz nicht als objektiv berechenbare Größe angesehen hat.

bbb)

Weitere Absicherungen enthält das Ermittlungsverfahren durch die Ausreißerbereinigung und die zweite Berechnungsrunde.

ccc)

Darüber hinaus wurden die Interessen der betroffenen Unternehmen durch das Mitwirkungsrecht der Vertreter der betroffenen Wirtschaftskreise in die Methodenbildung und

bei der Methodenumsetzung einbezogen. Insoweit war nicht vorgegeben, dass sie nach Abschluss des Modellierungsverfahrens erneut Gelegenheit zur Stellung hätten bekommen müssen.

gg)

Zwar kann sich der Effizienzwert eines Unternehmens auf den Effizienzwert eines anderen bzw. anderer auswirken; namentlich wenn der Wert des effizientesten Unternehmens sich verändert oder die Ausreißerkontrolle beeinflusst wird. Der Normgeber hat jedoch zu erkennen gegeben, dass diese Wechselbeziehung nicht die praktische Umsetzbarkeit der Anreizregulierung untergraben soll.

aaa)

Indem er den Beginn der ersten Anreizregulierungsrunde auf den 01. Januar 2009 (§ 3 Abs. 1 ARegV) neu festgesetzt hat, hat er ersichtlich angenommen, dass das Verfahren bis zu diesem Termin abgeschlossen sein solle. Dies steht der Annahme entgegen, er habe ein mehrfach gestuftes Nacherhebungs- und -berechnungsverfahren vorgeben oder in Kauf nehmen wollen, dass fehlerhafte oder fehlende Werte einzelner Unternehmen das Verfahren im Ganzen hemmen sollten. Dadurch hat er der Praxistauglichkeit der Berechnung für die erste Anreizregulierungsrunde den Vorrang vor einer - im Übrigen nur theoretischen - Perfektionierung gegeben.

bbb)

Und indem er in § 12 Abs. 1 S. 3 ARegV vorgegeben hat, dass auf Grund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen eintretende nachträgliche Änderungen in dem nach § 6 ARegV ermittelten Ausgangsniveau den Effizienzvergleich nicht berühren, hat er die Wechselbezüglichkeit der Effizienzwerte als nur zeitlich begrenzt wirksam festgeschrieben und damit deren Bedeutung relativiert.

ccc)

Den beteiligten Behörden ist aufgegeben, die Daten zu plausibilisieren, um die Zahl der Fehleingaben zu verringern, seien es absichtliche Falschmeldungen oder versehentliche, wobei eine Fehlerfreiheit des kompletten Datenmaterials eine praktisch uner-

reichbare Idealvorstellung bleiben muss, die vorgegeben zu haben dem Normgeber nicht unterstellt werden kann.

ddd)

Hinzu tritt die Ausreißeranalyse gemäß Anlage 3 Punkt 5 zu § 12 ARegV i.V.m. § 21a Abs. 5 S. 5 EnWG, welche in beide Richtungen verhindern soll, dass die Effizienzwerte durch Sonderkonstellationen verfälscht werden.

eee)

Schließlich ermöglicht § 15 ARegV dem Netzbetreiber über die vorgegebenen Parameter der Effizienzberechnung hinaus erhebliche Besonderheiten seiner Versorgungsaufgabe in die Ermittlung einzubringen.

hh)

Eine rückwirkende Festsetzung ginge auch an den Bedürfnissen des Marktes vorbei. Denn die Netzbetreiber und die Netzkunden haben ein berechtigtes Interesse daran, vor Beginn der Regulierungsperiode den Preis der Netzdurchleitung zu erfahren, um Rechts- und Planungssicherheit zu haben.

ii)

Außerdem kann nicht unbeachtet bleiben, dass derzeit regelmäßig nicht mehrere Verteilnetzbetreiber miteinander konkurrieren, sondern Wettbewerb um den Kunden durch den (ggf. entflochenen) Vertrieb stattfindet. In Bezug auf die Vertriebsunternehmen und die Kunden wirken sich Entscheidungen im Effizienzwertfestsetzungsverfahren aus, nicht hingegen in Bezug auf andere Netzbetreiber.

jj)

Dieser Ansatz des Normgebers verstößt nicht gegen höherrangiges Recht (vgl. näher Walther: Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung [2009], S. 52 ff., m.N. zu Gegenargumenten und zu kritischen Stimmen); er widerspricht in Sonderheit nicht dem Rechtsstaatsgebot. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht dargelegt, dass andere Verfahren im Endergebnis zu einem belastbareren Effizienzvergleich geführt hätten. Sie beschränkt sich auf punktuelle Betrachtungen und

legt auch nicht dar, dass die gewählten Verfahren zum Zeitpunkt des Normerlasses im Ganzen nicht mehr dem Stand der Wissenschaft entsprochen hätten und von daher per se untauglich gewesen seien, den Markt abzubilden.

c)

Die Beschwerdegegnerin hat diese Methode ohne einen die Beschwerdeführerin nachteilig betreffenden Fehler umgesetzt, um deren Effizienzwert zu ermitteln.

aa)

Die Beschwerdeführerin geht bei ihren Angriffen gegen die Effizienzwertermittlung von der unzutreffenden Annahme aus, es handele sich bei der Erlösobergrenzenfestsetzung um einen belastenden Verwaltungsakt (Eingriff). Dies entspricht nicht der Systematik des Energiewirtschaftsrechts.

Für die Beschwerden in Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 23a EnWG ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der behördliche Festsetzungsbescheid einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellt (vgl. statt vieler Senatsbeschluss vom 05. April 2007 - 202 EnWG 8/06 [Engen], bei juris Rz. 141, insoweit bestätigt durch BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 27/07, RdE 2008, 334 = N&R 2008, 210 = ZNER 2008).

An die Stelle dieses Genehmigungsverfahrens ist nunmehr das Anreizregulierungsverfahren getreten, welches von der gleichen Grundstruktur ausgeht. Schon von daher stellt sich die Beschwerde als Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 3 EnWG dar. Indem die Beschwerdeführerin höhere als die festgesetzten Erlösobergrenzen anstrebt, stellt sich ihr Begehren auch materiell als Verpflichtungsbegehren dar. Zwar hat der Verordnungsgeber den Netzbetreibern eine allgemeine Mitwirkungs- und Auskunftspflicht auferlegt. Er hat darüber hinaus aber die Beweislast in § 15 Abs. 1 ARegV - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm in vollem Umfang - dem Netzbetreiber auferlegt (vgl. zum Verpflichtungscharakter schon oben und Senatsbeschluss vom 04. Februar 2010 - 202 EnWG 17/08; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12. Januar 2010 - Kart W 7/09, bei juris Rz. 32).

bb)

Dass die Ermittlung des Effizienzwertes der Beschwerdeführerin unter Verstoß gegen die Vorgaben der ARegV erfolgt sei, legt die Beschwerde nicht schlüssig dar.“

(6)

Der Senat sieht sich darin bestätigt durch seit seiner letzten mündlichen Verhandlung ergangene oder ihm in dieser Zwischenzeit bekannt gewordene obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09, dort sehr ausführlich und anschaulich zu den Grundlagen des Effizienzverfahrens [dort Tz. 106 bis 116]; OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 114 f]; OLG München B. v. 25.11.2010 - Kart 17/09 [juris Tz. 58 f]; vgl. aber Brandenburgisches OLG B. v. 20.11.2011 - Kart W 10/09 = ZNER 2011, 621 [dort verkürzte Wiedergabe]; HansOLG Bremen B. v. 02.09.2011 - 2 W 6/09 [Kart]).

(7)

Der Senat hat, nachdem die BNA das vom Senat in der mündlichen Verhandlung vom 10.06.2010 angeregte, beteiligteninterne Anhörungsverfahren letztlich abgelehnt hat (Bl. 1205 bis 1207), dem Anliegen der Beschwerdeführerin folgend die Beschwerdegegnerin/BNA gleichwohl um die Beantwortung der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen ersucht, zum einen um sich so möglicherweise zu erlangenden weiteren Aufklärungsmöglichkeiten nicht zu verschließen, zum andern, um der von der Beschwerdeführerin für denkbar erklärten Verfahrensentwicklung nicht entgegenzutreten, dass die Antworten ihre Bedenken gänzlich oder in Teilen zerstreuen könnten. Die Zuleitung der Fragen an die Behörde mit der Bitte, hierzu Stellung zu nehmen, hat den Fragen, insbesondere dem nach Eingang der Antworten/Stellungnahme der BNA nachgeschobenen Fragenkatalog nicht von vornherein Entscheidungserheblichkeit attestiert.

(8)

Die wertende Aufnahme des dortigen Klärungs- oder Widerlegungsanliegens gebietet nicht, in eine weitere Sachaufklärung, insbesondere mithilfe einer vielfältig beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens einzutreten (so ersichtlich HansOLG Bremen B. v. 02.09.2011 - 2 W 6/09 [Kart]) oder gar ohne ein solches Vorgehen den

bundesweit durchgeführten Effizienzvergleich dem Grunde nach für fehlsam zu erklären und damit zugleich auch für untauglich, Grundlage des angefochtenen Bescheides zu sein.

Dabei hält der Senat an zwei maßgeblichen Grundsätzen fest, welche die weitere Sachbehandlung mit bestimmen:

aaa)

Der von der Bundesnetzagentur durchgeführte Effizienzvergleich ist nur eingeschränkt überprüfbar.

α)

Die Auswahl der „richtigen“ Parameter ist ein sehr komplexer Vorgang, der für die Regulierungsbehörde mit einem Einschätzungs- und Gestaltungsfreiraum verbunden ist (so OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 109 und 110]), sie hat ein weites Regelungsermessen und eine Einschätzungsprärogative (OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 117]; OLG München B. v. 25.11.2010 - Kart 17/09 [juris Tz. 60]). Auch der Beschluss des BVerfG ZNER 2010, 49, auf welchen die Beschwerdeführerin abstellt, ist ihr insoweit nicht behilflich. Das BVerfG geht sehr wohl von der Möglichkeit einer der Verwaltung übertragenen Letztentscheidungsbefugnis aus (BVerfG a.a.O. [Tz. 54, 57 und 62]). Allein der Umstand, dass eine Verwaltungsentscheidung mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist, löst nicht automatisch ein Verbot jeder Letztentscheidungsermächtigung aus (BVerfG a.a.O. [Tz. 72]). Allerdings sei auch bei der Einräumung von Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen in der richterlichen Kontrolle zu prüfen, ob sich die Behörde von unzutreffenden Annahmen hat leiten lassen, ob sie den Sachverhalt richtig ermittelt und der Prognose eine geeignete Methode zu Grunde gelegt hat (BVerfG a.a.O. [Tz. 58]), den Gehalt der anzuwendenden Begriffe und den gesetzlichen Rahmen erkannt und sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (BVerfG a.a.O. [Tz. 59]). So hat denn auch jene Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, soweit das BVerwG § 4 Abs. 4 ZugV 2007 einer nur eingeschränkten Kontrollichte unterworfen hat. Die Verfassungsbeschwerde hatte nur in dem Umfang Erfolg, als das BVerwG die Verfassungswidrigkeit einer anderen Norm im Zuteilungsgefüge für unbeachtlich erklärt hatte (vgl. BVerfG a.a.O. [Tz. 75 f]; vgl. ferner BVerfG B. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08 - zur gerichtlichen Kontrolle der telekommunikationsrecht-

lichen Marktregulierung durch die BNA [bislang nur Pressemitteilung Nr. 1/2012 vom 12.01.2012]).

β)

Hat § 12 Abs. 1 S. 1 ARegV die BNA zur Durchführung eines „bundesweiten Effizienzvergleichs“ ermächtigt, so ändert an der grundsätzlichen Zuweisung einer letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung nichts, dass diese Aufgabe unter Berücksichtigung der in Anlage 3 genannten Vorgaben und nach Maßgabe der Abs. 2 bis 4 des § 12 und der §§ 13 und 14 ARegV zu geschehen hat. Damit wird nur der Entscheidungsspielraum verengt und korrespondierend die damit einhergehende Kontrolldichte erweitert. Nicht jedoch wird das Konzept eines letztendlich eigenverantwortlichen Leistungsprogramms der Verwaltung aufgegeben. Diese mit einer groben Lenkung verbundene Aufgabenzuweisung findet seinen sinnfälligen Ausdruck etwa auch in der nur beispielhaften („insbesondere“) und damit gerade nicht abschließenden Vorgabe in § 12 Abs. 3 ARegV. Dass diese oder eine diese mit beeinflussende Vorschrift verfassungswidrig wäre, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

bb)

Zwar wird das Verfahren vom Amtsermittlungsgrundsatz bestimmt (§ 68 Abs. 1 EnWG). Mit ihm korreliert aber auch eine Mitwirkungslast des Energieversorgers und dessen Rügeobliegenheit. Das Beschwerdegericht hat danach nicht eine anlasslose Rundumaufklärung zu betreiben. Nur dann greift die Amtsermittlungspflicht ein, wenn der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (BGH a.a.O. [Tz. 32] - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*), nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des mitgeteilten Auswertungsergebnisses (OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 124]).

(9)

Die Umsetzung dieser Grundsätze ergibt, dass eine Fehlbehandlung nicht zu erkennen ist, noch, dass der Sachverhalt nachhaltige Zweifel an der Richtigkeit der Aufgabenbewältigung durch die Regulierungsbehörde - gemessen an den gesetzlichen Vorgaben in den Schranken einer damit einhergehenden gerichtlichen Kontrolldichte - zu wecken vermöchte. Dabei wird im nachfolgenden Ordnungssystem auf den Antwortkatalog der

BNA zurückgegriffen (so auch Beschwerdeführerin, vgl. Bl. 1294). Dabei werden die Rügen auch dem Versuch einer übergreifenden Zusammenfassung unterworfen.

- 1.

a)

Soweit die Beschwerdeführerin den mangelnden Gleichlauf der Kostenfunktionen bei der Modellfindung beanstandet, gibt schon der Bericht der BNA nach § 112 a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21 a EnWG (Anl. 1 = Bl. 427, dort etwa unter Ziff. 4.2) die auch in der Antwort der BNA (Bl. 1246) aufgenommene wissenschaftliche Findung und Begleitung wieder (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 117]). Soweit die Beschwerdeführerin einen Systembruch behauptet, führt sie selbst nur aus, dass dieses Vorgehen nach wissenschaftlichen Standards „*erheblichen Bedenken ausgesetzt*“ sei (Bl. 1212). Danach wird einer umfänglich wissenschaftlich begründeten und auch unter Einbeziehung der betroffenen Wirtschaftskreise flankierten Modellfindung nur eine - ohnehin abgeschwächte - bloße Behauptung entgegengestellt, ohne, wie es der Beschwerdeführerin oblegen hätte, nun ernstliche Zweifel an der Methodik zu wecken, zumindest eine konkrete, abweichende Stellungnahme eines auf diesem Gebiet tätigen Wissenschaftlers zu benennen oder gar zu überliefern (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 128]). Angesichts der aufgezeigten, groß angelegten und fundiert ausgerichteten wissenschaftlichen Begleitung unter gleichzeitiger Einbindung der Vertreter der Energieversorgungswirtschaft kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf das blanke Behaupten eines gegenteiligen wissenschaftlichen Standards beschränken, da ansonsten das Gericht zu einer amtswegigen Generalkontrolle und der nachvollziehenden oder gänzlich neuen Durchführung eines Effizienzvergleichs aufgerufen wäre. Und zudem hat der Ordnungsgeber der BNA aufgegeben, „*vor Beginn der Regulierungsperiode ...*“ einen bundesweiten Effizienzvergleich durchzuführen (§ 12 Abs. 1 S. 1 ARegV). Damit ist zugleich der maßgebliche Zeitpunkt der Rechtmäßigkeitsbeurteilung vorgegeben (vgl. auch BVerfG a.a.O. [Tz. 61]; vgl. auch § 12 Abs. 1 S. 2 ARegV). Die Beschwerdeführerin hat danach nicht nur einen konkreten Ansatz für einen gegenläufigen Stand der Wissenschaft (§ 13 Abs. 3 S. 7 ARegV) zu benennen, sondern zugleich einen dafür, dass dieser auch im maßgeblichen Zeitpunkt der Durchführung des Effizienzvergleiches bereits gegolten

habe. Auch diese Sicht des Senats war Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung.

b)

Daran fehlt es nicht nur bei diesem Streitpunkt, sondern bei allen anderen Rügepunkten der Beschwerdeführerin, bei denen sie sich auf Sachverständigengutachten berufen hat. Nur pauschal einen anderen Stand der Wissenschaft zu reklamieren, löst keinen Aufklärungsauftrag an das Gericht aus. Und letztlich hätte zur Beachtlichkeit des Vorbringens auch gehört - wie im Übrigen im Zusammenhang mit jedem anderen Rügepunkt - die Darlegung, dass die Anwendung des abweichenden Ansatzes für die Beschwerdeführerin einen günstigeren Effizienzwert erbracht hätte (OLG München a.a.O. [juris Tz. 63]; OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 116]; Senat B. v. 25.03.2010 - 202 EnWG 20/09 [BS 38 bis 40]). Auch daran fehlt es im Übrigen durchgängig im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin geführten Angriffen. Auch dies war Gegenstand der Erörterung in der letzten mündlichen Verhandlung.

- 2.

So verhält es sich - wie bereits aufgezeigt - auch in Bezug auf die an Anschlusspunkten ausgerichtete Funktionsbeschreibung (vgl. etwa Bl. 1297). Ungeachtet dessen hat die BNA ausreichend begründet, warum sie auf eine auf Anschlusspunkte normierte Funktion in das Modell eingestellt hat (Bl. 1246/47). Die Beschwerdeführerin liefert im Übrigen selbst weitere Argumente für diesen Ansatz als Normierungsvariable (Bl. 1297). Zudem erachtet der Senat dafür, dass sich eine hinreichende Ermächtigung für diesen Ansatz in § 13 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 ARegV findet (vgl. auch OLG München a.a.O. [juris Tz. 60]; allg. Hummel a.a.O. § 13 ARegV, 25; Ruge in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. [2011], § 18, 38).

- 5./6.

Die Antworten der BNA (Bl. 1248 bis 1249) lassen nicht erkennen, dass gegen die Vorgaben in Ziff. 5 der Anlage 3 zu § 12 ARegV verstoßen worden wäre (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 126]). Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Ausreißeranalyse auf unterschiedliche Stadien und unterschiedliche Funktionen

anzuwenden, entspreche nicht dem Stand der Wissenschaft, ist bloße, durch nichts nachvollziehbar gemachte Behauptung geblieben (vgl. Bl. 1295, 1300).

- 9.

Die Antwort der BNA auf die Frage der Beschwerdeführerin ist maßgeblich, da auf die Anfrage zugeschnitten, und steht für eine beanstandungsfreie Handhabung der Kostentreiberanalyse, was die Beschwerdeführerin nach ihrem sonstigen Vortrag in diesem Zusammenhang im Umkehrschluss selbst nicht in Abrede stellt (vgl. Bl. 1302).

- 10.

Die BNA hat die in § 13 Abs. 3 ARegV als „*insbesondere*“ erwähnten und damit möglichen Vergleichsparameter herangezogen und umgesetzt (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 131]). Die BNA konnte auf dieses Kriterium zurückgreifen. Die Angriffe der Beschwerdeführerin erscheinen zudem widersprüchlich (vgl. etwa Bl. 1216 und 1303) und eher bestimmt davon, in jeder Parameterauswahl im notgedrungenen Weglassen eines anderen bereits ein Modelldefizit zu sehen (vgl. auch zur Auswahlmöglichkeit der Behörde: BR-Drs. 417/07 vom 15.09.2007 - S. 57). Auch bleibt die Rüge, die Verwendung zweier Bevölkerungsvariablen sei „*höchstwahrscheinlich kollinear ...*“ (Bl. 1216), spekulativ. Im Übrigen kann sich auch nach BR-Drs. 417/07 a.a.O. gerade anbieten, der Fläche des versorgten Gebietes nicht den Vorrang einzuräumen.

- 11. f.

Dass der „Schreibfehler“ (Bl. 1250/1251) bei der Definition der Leitungsdurchmesserklassen sich ausgewirkt und dabei - und entscheidend - zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgeschlagen hätte, fragt die Beschwerdeführerin nur an, behauptet solches aber nicht einmal. Soweit sie eine „*durchmessergewichtete[n] Leitungslänge*“ einfordert (Bl. 1304), ist solches nicht von der ARegV geboten. Dort wird nur die Leitungslänge zu einem Vergleichsparameter erklärt. § 13 Abs. 3 S. 5 ARegV erlaubt gerade die Bildung flächenbezogener Durchschnittswerte (vgl. allg. hierzu auch OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 131]).

- 14.

Diese Frage scheint auch nach der Einschätzung der Beschwerdeführerin beantwortet (Bl. 1307).

- 15./16.

Dass die Beschwerdeführerin sich zur Beschwer insofern nur äußern könne, wenn ihr alle Daten der zur Schaffung der Datengrundlage herangezogenen Unternehmen zugänglich gemacht werden, scheidet - wie bereits aufgezeigt - am Geheimhaltungsschutz dieser Datenbasis, den die Beschwerdeführerin im Übrigen auch für ihre eigenen Unternehmenszahlen beansprucht.

- 17.

Insoweit hat der demographische Wandel (§ 13 Abs. 3 S. 1 und S. 5 ARegV) Beachtung zu finden. Dass die BNA diese Entwicklung öffentlichen Statistiken entnommen und nicht die tatsächlich individuelle Bevölkerungszahl in diesem Zeitraum erhoben hat, erscheint keine fehlsame Art der Grundlagenermittlung.

- 18.

Auch die Beschwerdeführerin verkennt nicht, dass in § 13 Abs. 3 S. 5 ARegV eine gewisse Durchschnittsbildung erlaubt ist (Bl. 1311). Auch die BR-Drs. 417/07 a.a.O. S. 56 führt die Zersiedelung nur als eines in Abs. 3 des § 13 ARegV geregeltes sonstiges Merkmal an. Dass die Beschwerdeführerin aufgrund des Zersiedelungszuschnitts in ihrem Versorgungsgebiet bei diesem Ansatz einen Nachteil erlitten hätte, bleibt ebenso offen.

- 20. f.

Hat die BNA die maßgeblichen Parameter und Modellstrukturen offen gelegt, hat sie ebenso wenig wie die Landesregulierungsbehörde eine von der Beschwerdeführerin allerdings eingeforderte Handlungsanweisung zu erteilen, worin die größten Ineffizienzen liegen und wie diesen am wirksamsten von ihr entgegengesteuert werden könnte.

- 23. f.

Auch insoweit bleibt es beim bloßen Behaupten, dass eine andere Sachbehandlung dem Problem der Heteroskedastizität weit mehr gerecht geworden und dem Stand der Wissenschaft entsprochen hätte. Soweit vorgebracht wird, dass „*dieses Programm nicht den modernen Entwicklungen der Ökonometrie*“ entspreche (Bl. 1316), bleibt die Beschwerdeführerin auch insoweit einem unsubstantiierten Behaupten verhaftet und verkennt zudem, dass es nicht auf angebliche aktuelle wissenschaftliche Standards, sondern einzig auf den Erkenntnisstand im Zeitpunkt vor Beginn der Regulierungsperiode (§ 12 Abs. 1 S. 1 ARegV) ankommt.

- 25. f.

Dass die Messstellen keinen Eingang als Vergleichsparameter gefunden haben, erscheint ebenso wenig fehlerhaft. Die Verordnung gibt die Anschlusspunkte als mögliche, in der ersten und zweiten Regulierungsperiode als zwingende Parameter vor (vgl. auch Ruge a.a.O. § 18, 38; Hummel a.a.O. § 13, 25). Ob die denktheoretische Berücksichtigung weiterer Parameter das Modell optimiert hätte, bleibt spekulativ. Ob der Erwägung der BNA, auf den Parameter der Messstellen zu verzichten, tatsächlich nicht der Gesichtspunkt der Multikolarität (§ 13 Abs. 3 S. 3 ARegV) entgegengestanden hatte, ist ohne Belang, wenn das tatsächlich gewählte Tableau der gewählten Parameter den Anforderungen der Verordnung und den Zielvorgaben des EnWG für den Effizienzvergleich entsprochen hat. Ob die Einfügung weiterer Parameter der Beschwerdeführerin ein besseres Effizienzergbnis eingetragen hätte, ist schon nicht dargetan, im Übrigen bei - wie hier - verordnungsgerechter Umsetzung der Parameter auch ohne dieses Merkmal letztendlich ohne Belang.

- 31. f.

Gleich verhält es sich bezüglich des sog. City-Effektes. Ohnehin bleibt insoweit zu bedenken, dass der Ordnungsgeber mit § 15 ARegV ein entscheidendes Instrument zur Verfügung gestellt hat, gerade auf behauptete Besonderheiten der Versorgungsaufgabe des jeweiligen Netzbetreibers gesondert zu reagieren (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O. 185/09 [juris Tz. 131]; OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 123 f]; Hummel a.a.O. § 15, 7; BR-Drs. 417/07 a.a.O. S. 59).

Danach bleibt auch unter Einschluss der nicht nachgelassenen, nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Senats eingereichten, gleichwohl beachteten Schriftsätze der Beteiligten gleichsam zusammenfassend mit der BNA festzustellen, dass in den Effizienzvergleich nach auch für die Beschwerdeführerin nachvollziehbaren oder nachvollziehbar gemachten Strukturen und Bewertungen Daten eingestellt werden, die in gewichteten Datenhaufen ein Gesamtmodell abgeben, zu dem der von der Beschwerdeführerin selbst schon eingespeiste eigene Unternehmensdatenbestand wiederum in Relation gestellt wird. Dies ist das vom Normgeber vorgegebene Verfahrensmodell. An dieser Regelungsstruktur ist auch das Begründungserfordernis zu messen. Wie bereits aufgezeigt verfügt die Beschwerdeführerin, wie auch ihr umfangreicher Beitrag zu diesem Verfahren belegt, selbst über etliche Erkenntnisse, dieses System zu plausibilisieren und strukturiert zu hinterfragen, - in der Umkehrung, seine maßgeblichen Strukturelemente zu bezeichnen. Dies erlaubt ihr, fundierte und nachhaltige Kritik am Modell zu üben, auch wenn der Senat diese letztlich nicht für durchgreifend oder beachtlich erachtet. Jenseits dieser Kontrolle der Modellfindung und Modellgestalt muss allerdings eine individualisierte Kontrolle der eigenen Einordnung der Beschwerdeführerin im Modell möglich sein. Die Beschwerdeführerin verkürzt diese ihr dafür von Seiten der Landesregulierungsbehörde bzw. BNA gegebene Information zu Unrecht auf eine reine Prozentzahl als Effizienzwert. Die BNA hat nicht die Aufgabe, jenseits einer Individualisierbarkeit eine individuelle Begründung im Sinne einer darin zugleich enthaltenen praktischen Handlungsanleitung (Stichwort: Unternehmensberatung) zu geben. Das beharrlich und letztlich als eigener Begründungsmangel ausgegebene Fehlen von Vorgaben von individuellen Optimierungsschritten verlässt das Regelungsgefüge und überzieht damit zugleich, da nicht systemimmanent, die Begründungsanforderung. Mit der BNA ist allerdings eine Individualisierung des Bescheides im Sinne auch von umgekehrt daraus ableitbaren Handlungsschritten möglich. Die Beschwerdeführerin kennt die Struktur des Modells und die Gewichtung der in ihm enthaltenen Strukturelemente. Daran kann sie im Reflex auf den Bescheid ihre Unternehmensentscheidungen in eigener Verantwortung ausrichten und ist danach auch insoweit nicht hilf- und rechtlos, wie sie dem Senat zu bedenken gab.

3.

Bereinigter Effizienzwert nach § 15 ARegV.

a)

Der angegriffene Bescheid hat unter Ziff. 2.6 (Bl. 19 bis 27) die Beachtlichkeit eines bereinigten Effizienzwertes nach § 15 Abs. 1 ARegV verneint, da diese Vorschrift als Ausnahmeregel „äußerst restriktiv“ (Bl. 20) auszulegen sei. Erforderlich sei zudem ein Wirkungszusammenhang zwischen Versorgungsfläche und Netzkundenanforderungen in dem Sinne, dass sich beides unmittelbar auf die Netzausgestaltung auswirken müsse. Die Kostenerhöhung nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV beziehe sich auf das Ausgangsniveau gemäß § 6 Abs. 2 ARegV. Dies mache eine umfassende Erläuterung notwendig, in welcher Höhe die jährlichen Kosten (z.B. operative Kosten, Abschreibungen und Zinsen) in die der Netzentgeltgenehmigung zu Grunde liegenden Netzkosten eingeflossen seien. Die Besonderheit der Versorgungsaufgabe müsse kausal gerade für diese Kostensteigerung sein. Der der Antragstellerin obliegende Nachweis einer entsprechenden Kostenerhöhung sei nicht geführt, insbesondere der Kostennachweis gescheitert. Im Übrigen stelle ein Stadtgasnetz mit seiner typischen Netzstruktur keine Besonderheit im Sinn des § 15 Abs. 1 ARegV dar, da viele Städte - zumindest in Westdeutschland - seit 1967 über ein solches System verfügt hätten. Ohnehin seien die angeblichen Besonderheiten bereits im Effizienzvergleich durch die Parameter Rohrvolumen und Netzlänge abgebildet. Das behauptete Alter oder die in Anspruch genommene Materialvielfalt der Anlagen gehe zugleich einher mit niedrigeren Kapitalkosten und niedrigeren Restbuchwerten als gegenläufigem Effekt. Graugussleitungen prägten nahezu alle größeren Gasversorgungssysteme. Sanierungskosten würden im Rahmen des § 14 Abs. 3 ARegV neutralisiert. Die Kennzahl: Zählpunkte zu Anschlusspunkten stelle keine Besonderheit dar und habe über die Ausspeisungspunkte nach § 13 Abs. 4 ARegV bereits Beachtung gefunden. Im Übrigen drücke sich in jener Kennzahl kein signifikanter Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Versorgungsunternehmen aus. Auch die Bodenkonsistenz liege im Mittel der Durchmischung verschiedener Bodenklassen.

b)

Die Beschwerde beanstandet schon die angeblich nur formelhaft gebliebene Begründung der Ablehnung (vgl. Bl. 116). Sie rügt des Weiteren, die Besonderheiten ihrer Versorgungsaufgabe habe die Beschwerdeführerin schon im Schreiben vom 17.11.2008 (Anlage 10) aufgezeigt. Ihre Anforderungen daran habe die Beschwerdegegnerin erst in ihrem nun angefochtenen Bescheid offengelegt. § 15 Abs. 1 ARegV sei keine restriktiv zu handhabende Ausnahme- oder Härtefallvorschrift. Dies belege die Historie der Verordnungsgebung (BR-Drs. 417/07 [Beschluss] vom 21.09.2007, S. 12), wonach vielmehr die Besonderheit der Regelfall sei (Bl. 921), was auch ein Vergleich mit § 16 Abs. 2 ARegV veranschauliche. Nichts anderes ergebe sich aus der Ermächtigungsnorm des § 21 a Abs. 5 S. 1 EnWG (unter Berücksichtigung „objektiver struktureller Unterschiede“). Deren Berücksichtigung sei nicht bereits durch die Parameterauswahl gemäß § 13 ARegV gewährleistet. § 15 Abs. 1 ARegV werde vielmehr gerade zur Feinabstimmung nach dem nur groben Raster der Parameter im Sinne von § 13 ARegV bereit gehalten. Die Merkmale der Versorgungsaufgabe im Sinne von § 15 Abs. 1 ARegV würden durch die Bezugnahme auf die Vergleichsparameter in § 13 Abs. 3 und 4 ARegV vorgegeben. Nichts anderes habe die BNA entsprechend ihrer Datenabfrage vom 23.01.2008 erkennen lassen (Bf 3). Solche Besonderheiten lägen vor und seien im stadtgashistorisch gewachsenen Netzsystem zu sehen (vgl. auch Bl. 927 f.). Durch die Nähe zu ... sei ... im Zweiten Weltkrieg wenig zerstört worden, weshalb das seit 1861 gewachsene Stadtgasnetz zwar weitgehend intakt geblieben sei, aber für die Auslegung der 1978 vorgenommenen Umstellung auf Erdgas nur unzureichend vorbereitet gewesen. So könne nur ein Niederdruck (24 mbar) gefahren werden; eine Erhöhung gar auf einen Mitteldruck, wie bei neueren Gasnetzen üblich, sei technisch nicht realisierbar. Dieser Netzzuschnitt gehe aber mit erhöhten Betriebs-, Wartungs- und Instandhaltungskosten einher (erheblich größere Anzahl an Gasdruckregelstationen, größere Leitungsdimensionen mit teureren Tiefbaukosten, dies auch noch im Unterschied zum ländlichen Bereich; vgl. Berechnung der SETEC Engineering GmbH und Co. KG [Bf 16], ferner Bl. 929). Eine Umstellung der Netzstruktur auf moderne Anforderungen erbrächte eine Einsparung der Hälfte der Regeleinrichtungen sowie 20 % insgesamt (Bl. 144). Die Umstellung nach 1978 habe nach dem Prinzip des schwächsten Gliedes in der Kette den Niederdruckbetrieb mit vorgefundenen Leitungsquerschnitten beibehalten müssen. Eine Umstellung des Gesamtsystems auf ein höheres Betriebs-

druckniveau erfordere eine Investitionsdauer von 40 Jahren. Diese Besonderheiten hätten im Effizienzvergleich über die Parameter Rohrvolumen und Netzlänge keinerlei Beachtung gefunden. Die Beschwerdeführerin habe bei der Datenabfrage das aufsummierte rein geometrische Innenvolumen der Rohrleitungen angegeben, sie nehme jedoch an, dass andere Netzbetreiber die Rohraußendurchmesser angegeben hätten, was zu signifikanten Abweichungen führe (etwa Faktor 1,5). Dass auch andere Netzbetreiber mit alten Stadtgasnetzstrukturen zu tun hätten, sei weder plausibel noch überprüfbar. Vergleichsparameter sei danach die durchmesser-gewichtete Leitungslänge. Die Datenabfrage der BNA vom 23.01.2008 habe selbst auf die Leitungsdurchmesser-klassen abgestellt (BF 33). Dort sei zudem eine systematische Verwechslung der Normgrößen geschehen, was zu Verzerrungen bei der Erfassung von Netzvolumina führe. Die Beschwerdeführerin sei mit ihrer volumengewichteten Netzlänge im Effizienzvergleich wesentlich zu niedrig repräsentiert (Bl. 932 f.). Ferner fände keine Berücksichtigung, dass auch die Hausanschlussleitungen größer dimensioniert werden müssten. Die Umstellung auf Mitteldruck erfordere auch Gasströmungswächter. Erst im Laufe der nächsten 60 Jahre (Nutzungsdauer der Leitungen) ließe sich diese Dimensionierung verringern. Erst dann träte ein positiver Effekt hinsichtlich des Abbaus der Mehrkosten ein. In den nächsten beiden Anreizregulierungsperioden (also in nur 9 Jahren) sei die technische Umstellung nicht zu schaffen Auch geschehe keine Kompensation über niedrigere Kapitalkosten, weil die Anlagegüter längst abgeschrieben seien, da die Beschwerdeführerin das Netz so fortführe und für dessen Unwirtschaftlichkeit vermehrten Kapitalaufwand betreiben müsse. Der Neuberechnung der Mehrkosten liege über der 3 %-Schwelle nach § 10 Abs. 1 S. 1 ARegV (Bf 18).

c)

aa)

Die Beschwerdegegnerin hält daran fest, dass eine Bereinigung des Effizienzwertes gemäß § 15 Abs. 1 ARegV zu Recht nicht vorzunehmen gewesen sei, da schon keine Besonderheiten der Versorgungsaufgabe vorlägen, jedenfalls nicht der Nachweis erbracht worden sei, dass sich die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ARegV ermittelten Kosten um mindestens 3 % erhöht hätten (Bl. 848). Der Begriff der Versorgungsaufgabe sei einheitlich nach § 10 Abs. 2 ARegV zu bestimmen. § 15 Abs. 1 ARegV sei als eng auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift ausgestaltet. Eine Besonderheit läge daher nur

dann vor, wenn außergewöhnliche strukturelle oder sonstige Umstände bestünden, nicht schon dann, wenn der geltend gemachte Umstand üblich oder bei einer Vielzahl von Netzbetreibern gegeben sei. Der Umstand, dass das Gasnetz der Beschwerdeführerin weitgehend auf ein altes Stadtgasnetz aufbaue, werde von § 15 Abs. 1 ARegV nicht erfasst. Sowohl „Versorgungsaufgabe“ wie auch „Versorgungsgebiet“ meinten äußere, dem Netzbetreiber nicht zurechenbare Rahmenbedingungen, worunter technische Gegebenheiten nicht fielen. Diese seien vorliegend Ausdruck der Netzhistorie und gingen nicht auf die Versorgungsaufgabe oder Gebietseigenschaften zurück (Bl. 851). Die jahrzehntelange Beibehaltung eines - wie die Beschwerdeführerin selbst ausführe - mit hohen Betriebskosten verbundenen Stadtgasnetzes könne nicht prämiert werden. Im Übrigen sei in dieser Netzbeschaffenheit keine Besonderheit zu sehen, da zahlreiche Stadtgasnetze ähnlich ausgelegt oder ausgelegt gewesen seien. Bei der bundesweiten Datenabfrage hätten diese Gegebenheiten jedenfalls Eingang in die Datenbasis gefunden. Die Abfrage hätte unmissverständlich mit klaren Begriffsbestimmungen operiert. Selbst wenn die Datenangaben der Netzbetreiber nicht in jedem Fall korrekt gewesen sein sollten, könne nicht erkannt werden, dass sich dies zulasten der Netzbetreiber und speziell der Beschwerdeführerin ausgewirkt habe. Die von der Beschwerdeführerin für sich in Anspruch genommenen Besonderheiten würden hinreichend durch die Parameter Rohrvolumen und Netzlänge berücksichtigt. Dass die Berechnungen der Beschwerdeführerin unzutreffend seien, werde schon darin augenfällig, dass sie die geltend gemachten Netzkosten gegenüber dem Verwaltungsverfahren nun auf ein Drittel reduziert habe. Soweit sie Mehrkosten errechne, blieben gegenläufige Effekte unberücksichtigt. So müssten die selbst als historisch bezeichneten Stadtgasnetze zu einem großen Teil bereits längst abgeschrieben sein. Zudem dürfte die Beschwerdeführerin im Zuge der seit 1978 erfolgten Verlegungen, etwa in Neubaugebieten, auf klein dimensionierte Rohrleitungen umgestiegen sein. Die fiktiven Netzmehrkosten gemessen an einem optimal ausgebauten Netz zu ermitteln, würde verkennen, dass solche Netzzuschüsse nahezu nirgends zu finden seien. Auch gehe die Beschwerdeführerin von standardisierten Kostenansätzen und nicht von ihren eigenen aus. Die Berechnung in Bf 18 sei nicht nachvollziehbar, augenscheinlich lasse sich die Beschwerdeführerin hier nur wiederum von standardisierten Kostenansätzen leiten. Die Beschwerdegegnerin sieht sich auch durch den Beschluss des Senats vom 25.03.2010 - 202 EnWG 20/9 bestätigt, wonach eine Besonderheit nur dann vorliege, wenn sie im Randbereich der

Marktbetrachtung liege (Bl. 1168). Im Übrigen tritt sie im Wesentlichen den Ausführungen der BNA bei. Da die GasNEV Benutzungsdauern für Rohrleitungen auf mindestens 45 Jahre veranschlagt, seien auch noch etliche andere Netzbetreiber in einer Umstellungsphase. Die behauptete Kostenkalkulation bleibe unklar; wenn die Besonderheit in der späten Umstellung von Stadtgas auf Erdgas liege, so dürften aber auch nur die verspätungsbedingten Mehrkosten herangezogen werden. Bei der Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen und Restwerte habe die Beschwerdeführerin in Anlage Bf 41 die von ihr beantragten Werte zu Grunde gelegt, nicht aber die von der Beschwerdegegnerin tatsächlich nur genehmigten. Auch die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung (Bf 42) laufe der Netzentgeltgenehmigung vom 24.04.2008 zuwider.

bb)

Die BNA tritt der Beschwerdegegnerin in deren Behandlung des Besonderheitenargumentes (§ 15 ARegV) im Bescheid bei (Bl. 1148 f.). Es sei zu differenzieren zwischen dem Effizienzziel und der Bestimmung der Effizienzvorgabe. Mit dem Effizienzvergleich werde das unternehmensindividuelle Effizienzziel bestimmt, die Effizienzvorgabe sei demgegenüber die Vorgabe zum Abbau von Ineffizienzen. § 15 Abs. 1 ARegV sei systematisch zwischen den Modellschritten der Ermittlung des Effizienzziels und der rechnerischen Bestimmung der Effizienzvorgabe (§ 16 i.V.m. §§ 12 bis 14 ARegV) angesiedelt. Daraus folge, dass die Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 Abs. 1 ARegV nicht zwingend nach der im Effizienzvergleich angewandten Methodik erfolgen müsse, zugleich auch, dass die Auslegung des § 15 Abs. 1 ARegV dem Sinn und Zweck der §§ 12-14 nicht zuwiderlaufen dürfe. Schon nach der Gesetzesbegründung käme § 15 Abs. 1 ein Ausnahmecharakter zu. Die Definition der Versorgungsaufgabe könne § 10 Abs. 2 S. 1 ARegV entnommen werden. Dies folge auch daraus, dass in den Materialien zu § 13 Abs. 3 zur Definition der Versorgungsaufgabe wiederum auf § 10 Abs. 2 S. 1 verwiesen werde. Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei es, Erweiterungsinvestitionen in der Regulierungsperiode möglichst objektiv abzubilden. Da insoweit auf objektive und dem Einfluss des Netzbetreibers entzogene Umstände abgestellt werde, gelte Gleiches im Rahmen des § 15 Abs. 1 ARegV. Aus § 13 Abs. 3 S. 1 folge, dass die Versorgungsaufgabe nicht mit Gebietseigenschaften gleichgesetzt werden dürfe; letztere erfasse aber gerade den Unterschied zwischen Stadt und Land, die geographischen, geologischen oder auch topographischen Merkmale des versorgten Ge-

bietet. Danach sei eine Besonderheit im Sinne des § 15 Abs. 1 nur anzunehmen, wenn außergewöhnliche strukturelle Umstände vorlägen, wenn kein anderes oder nur eine äußerst geringe Anzahl der im Effizienzvergleich betrachteten Unternehmen dieselben oder ähnliche Umstände aufwiesen und diese Umstände ein die Vergleichsgruppe prägendes Merkmal darstellten. Die Singularität eines Merkmals sei die stärkste Ausprägung einer Besonderheit. Die Höhe der Kostenbelastung sei erst bei der Erheblichkeitsschwelle zu berücksichtigen und könne nicht zum Bestimmungsmerkmal für eine Besonderheit erhoben werden. Dieser Wertungsansatz sei auch systematisch geboten. § 15 führe zu einem abweichenden Effizienzziel, § 16 Abs. 2 ermögliche die Korrektur einer unzumutbaren Effizienzvorgabe, was den Ausnahmecharakter verdeutlichte. Eine Bereinigung des Effizienzwertes komme danach nur in Betracht, wenn die Beschwerdeführerin nachweise, dass Besonderheiten bestünden, welche im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Der Ordnungsgeber habe aber in jenen Parametern bereits die demographische Entwicklung und den Rückgang von Absatzmengen zwingend vorgeschrieben, was verbiete, diese bei § 15 Abs. 1 erneut heranzuziehen. Die Vorgaben des Ordnungsgebers seien in den Parametern Ausspeisepunkt, korrigiert um den potentiellen Erschließungsgrad, zeitgleiche Jahreshöchstlast unter die Bevölkerungsentwicklung von 1995 zu 2006 hinreichend berücksichtigt. Die Erheblichkeitsschwelle sei zu beziehen auf das Ausgangsniveau nach § 6 Abs. 2 ARegV. Die Besonderheit der Versorgungsaufgabe müsse auch ursächlich zu einer Erhöhung der Kosten nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 geführt haben. Den Netzbetreiber treffe vollumfänglich - ähnlich wie bei der Anerkennung von Plankosten nach § 3 Abs. 3 S. 4, 2. Hs. GasNEV - die Darlegungs- und Beweislast. Dies werde auch dadurch sinnfällig, dass die Regulierungsbehörde ohne die Mithilfe des Netzbetreibers die erforderlichen Informationen nicht ermitteln könne. Wissenschaftlich anerkannt und vom Gesetzgeber auch ausdrücklich hingenommen (§ 21 a Abs. 5 EnWG) sei, dass ein Effizienzvergleich die Wirklichkeit nur unvollständig abbilden könne, wenngleich hinreichend nahe abbilden müsse. Dieser Vorgabe hätten die von der BNA eingesetzten Methoden, welche auch in einer Second-Stage-Analyse noch einmal überprüft worden seien, entsprochen. Danach könne § 15 Abs. 1 nur dann einen Besonderheitenstatus beanspruchen, wenn bei dieser nochmaligen Verprobung der Belastbarkeit der im Modell enthaltenen Parameter damit eine statistische Signifikanz verbunden wäre. Dies aber müsse die Beschwerde-

führerin darlegen. Die von der Beschwerdeführerin für das eigene Stadtgasnetz ins Feld geführten Eigenschaften wie etwa City-Effekt, Überdimensionierung, erhöhte Netzlängen, erhöhte Anzahl von Gasdruckregelanlagen oder Vermaschungsgrad stellen keine Besonderheit dar. Mitte der sechziger Jahre habe dies im Westen, in den neuen Bundesländern noch in den neunziger Jahren zu einem großen Teil die jeweilige Stadtgasnetzstruktur bestimmt. Deshalb habe eine große Zahl der im Effizienzvergleich stehenden Unternehmen das Vorliegen einer Stadtgashistorie als strukturelle Besonderheit angegeben, was gerade deren Normalfallcharakter belege. Die überdimensionierten Rohre sowie die erhöhte Netzlänge würden zudem bereits in den Parametern Rohrvolumen und Netzlänge berücksichtigt. Erhöhten Betriebskosten (Wartung und Instandhaltung) wegen des hohen Alters stünden kompensatorisch niedrigere Restbuchwerte mit entsprechend verringerten Kapitalkosten gegenüber. Zwischenzeitliche Rückbau- und Sanierungskosten seien über § 14 Abs. 3 ARegV neutralisiert.

d)

Zudem beanstandet die Beschwerde, eine weitere Besonderheit stellten die besonders störanfälligen und wartungsintensiven Graugussleitungen dar. Die Mehrkosten entstünden im Zuge der Überwachung und Instandhaltung der älteren Leitungsbestände. Die Energieaufsichtsbehörde hätte seit 1997 auf den beschleunigten und vorrangigen Ausbau von Graugussleitungen bestanden, weshalb die älteren Leitungsabschnitte zurückgestellt und nun teuer überwacht und in Stand gehalten werden müssten (Bl. 150). Die Mehrkosten resultierten aus der Unterhaltung eines Niederdrucknetzes, bei welchem auch neue Rohrleitungen größer dimensioniert werden müssten. Auch die Mehrkosten hierfür überstiegen die 3 %-Schwelle in § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV. Dabei habe eine Vergleichsbetrachtung nicht bei einem durchschnittlichen Netzbetreiber anzusetzen, vielmehr habe ein In-sich-Vergleich bei der Beschwerdeführerin zwischen der tatsächlichen und der um die Besonderheit bereinigten fiktiven Situation stattzufinden. Auch aus § 11 Abs. 3 ARegV folge dieser Wertungsansatz, welcher nicht zurechenbare strukturelle Unterschiede für beachtlich erkläre. Im Übrigen komme auch hier zum Tragen, dass durch die unterschiedliche Messstellendichte städtische Versorger benachteiligt würden. Der Mehraufwand für die Rohrverlegung im oberflächenversiegelten Stadtgebiet (259.823,12 €) und die höheren Messkosten beliefen sich zusammen auf 305.289,12 €. Diese Kostenermittlung sei auch nicht standardisierten Kostenansätzen

entnommen, sondern eigenen. Abweichungen in Ordnungsziffern beruhten auf einer Umstellung der Anlagenbuchhaltung (Bf 18/Bf 35 bis 42 [Bl. 943-945]). Die Beschwerdeführerin habe alle Unterlagen eingereicht, die Beschwerdegegnerin sie allerdings unter Verstoß gegen ihre Amtsermittlungspflicht gemäß § 27 Abs. 1 S. 3 Ziff. 3 ARegV weder überprüft noch berücksichtigt. Das SETEC-Gutachten gehe auch keineswegs von einem idealtypischen Netzbetreiber aus, bei welchem lediglich eine effizientere Redimensionierung hinsichtlich der Rohrleitungen sowie der Gasdruckregelstationen simuliert worden sei (Bl. 940). Auch insoweit schlage zum Nachteil der Beschwerdeführerin der sog. City-Effekt aus, der das ungünstige Verhältnis von Anschlusspunkten zu Leistungslänge, die hohe Anzahl von Messstellen sowie den hohen Versiegelungs- und Vermaschungsgrad ausdrücke (Bl. 946), was auch die BGH-Rechtsprechung anerkannt habe (Bl. 949). Dieser Unterschied in der Kostenstruktur der ländlichen gegenüber den städtischen Versorgern werde nicht schon durch die angewandten Strukturparameter abgefangen und ausgeglichen, wie auch ohne Detailkenntnisse des Datenbestandes, bezüglich dessen Akteneinsicht begehrt werde, die Verprobung in BMT 2008 ergebe. Die Beschwerdeführerin führe Tiefbau- und Verlegearbeiten auch nicht selbst durch, sondern vergebe sie fremd, weshalb die herangezogenen Preise auch den Leistungsverzeichnissen von schon einmal beauftragten Bauunternehmen entnommen seien und das Ergebnis öffentlicher Ausschreibungen im Jahre 2008 darstellten (Bl. 951). Hieraus ergäben sich die Mehrkosten für die Oberflächenwiederherstellung im städtischen Versorgungsbereich mit 259.823,12 €.

e)

aa)

Die Beschwerdegegnerin hält auch insoweit dafür, dass die Graugussanierung nicht § 15 Abs. 1 ARegV unterfalle; jedenfalls stelle sie in Westdeutschland keine Besonderheit dar. Altersstrukturbedingte Unterschiede seien bereits neutralisiert (Bl. 855). Zu bedenken sei ferner, dass anstelle der korrosionsanfälligen Graugussleitungen neue Leitungen mit geringerem Wartungs- und Instandhaltungsaufwand getreten seien. Der Investitionsaufwand sei nur behauptet, jedoch nicht belegt. Gleiches gelte für die in Anspruch genommenen zusätzlichen Betriebskosten. Durch die Berücksichtigung des Parameters „Ausspeisepunkte“ (§ 13 Abs. 3 S. 4 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ARegV) werde die Struktur der Beschwerdeführerin hinreichend berücksichtigt. Die Kennzahl „Zähl-

punkte zu Ausspeisepunkte“ habe keinen signifikanten Einfluss auf den Effizienzwert. Eine Besonderheit könne auch nicht bei der von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommenen Kennzahl von 1,5 angenommen werden, da sich der Mittelwert bei 1,39 befinde. 44 % der an der Datenabfrage beteiligten Netzbetreiber kämen auf einen Wert von 1,44. Ein individueller Nachweis für die behaupteten Mehrkosten liege zudem nicht vor (Bl. 858). Habe die Beschwerdeführerin Mehrkosten wegen eines hohen Längenanteils geltend gemacht, soll nun die Oberflächenbeschaffenheit diese begründen. In der städtischen Struktur liege aber keine Besonderheit, die nicht schon in die Datenbasis Eingang gefunden hätte. Auch insoweit lasse sie sich von einem Idealmodell im reinen Außenbereich leiten. Die Anlage Bf 19 sei zudem nicht aussagefähig. Im Übrigen seien fiktive Kosten für eine Neuverlegung unerheblich, da zum Zeitpunkt der Erstverlegung in Neubaugebieten die Oberfläche noch nicht asphaltversiegelt gewesen sei.

bb)

Die BNA tritt auch insoweit der Anerkennung eines Besonderheitencharakters entgegen. Bis Mitte der sechziger Jahre - in der vormaligen DDR bis in die 80er Jahre - sei Grauguss ein gängiges und weit verbreitetes Leitungsmaterial für Gasverteilernetze gewesen. Noch 1998 seien 244 Gasversorgungsunternehmen an Graugussbestandshebungen beteiligt gewesen (Bl. 1162). Soweit in der Vergangenheit Graugussanierungen durchgeführt worden seien, sei damit ein höherer Kapitaldienst verbunden gewesen; durch die im Rahmen des Effizienzvergleichs durchzuführende best-of-four-Abrechnung sei ein solcher Effekt kompensiert worden, da Verzerrungen bei Kapitalkostenannuitäten der unterschiedlichen Altersstruktur der Anlagen neutralisiert worden seien. Im Übrigen stünden höheren Betriebskosten niedrige Restbuchwerte und niedrigere Kapitalkosten gegenüber. Auch in der Gesamtleitungslänge sei keine Besonderheit zu sehen. Der Mittelwert aller im Effizienzvergleich enthaltenen Netzbetreiber liege bei ca. 610 km, die Anzahl der Ausspeisepunkt bei ca. 34 je Kilometer Leitungslänge. Die BMT 2008 gründe nicht nur auf einer eingeschränkten Datenbasis, in ihr seien vielmehr auch große Flächenversorger überrepräsentiert. Die Second-Stage-Analyse habe nicht erkennen lassen, dass für die Effizienzwerte ein signifikanter negativer Zusammenhang im Verhältnis der Zählpunkte pro Anschlusspunkt liege.

f)

aa)

§ 15 Abs. 1 ARegV bestimmt, dass, weist ein Netzbetreiber nach, dass Besonderheiten seiner Versorgungsaufgabe bestehen, die im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 nicht hinreichend berücksichtigt wurden, und dass dies die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ermittelten Kosten um mindestens 3 % erhöht, die Regulierungsbehörde einen Aufschlag auf den nach §§ 12-14 oder 22 ermittelten Effizienzwert anzusetzen hat (bereinigter Effizienzwert). § 15 Abs. 1 stellt sicher, dass strukturelle oder sonstige Besonderheiten des Versorgungsgebiets oder der Versorgungsaufgabe des jeweiligen Netzbetreibers, die im Effizienzvergleich nicht hinreichend berücksichtigt wurden, Eingang in die Bestimmung seines bereinigten Effizienzwertes und damit seiner Ineffizienzen finden (BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007 S. 59; OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 124]). Der Netzbetreiber muss diese Besonderheiten darlegen und durch geeignete Beweismittel nachweisen (BR-Drs. a.a.O. S. 59; OLG Düsseldorf a.a.O. [juris Tz. 124 und 128; Hummel in Danner/Theobald, EnergieR, § 15 ARegV [6/2008], 3). Strukturelle Besonderheiten können sich auch aus notwendigen Rückbaumaßnahmen im Netz ergeben, z.B. beim Wegfall von Großabnehmern oder im Rahmen von Stadumbaumaßnahmen aufgrund von Bevölkerungsrückgang im Versorgungsgebiet (BR-Drs. a.a.O. S. 59; Hummel a.a.O. 3). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder Netzbetreiber bei seiner Versorgungsaufgabe Besonderheiten aufweist, die in den Effizienzvergleich nicht einfließen, weil nicht jedes Detail berücksichtigt werden kann. Diese Besonderheiten können sich sowohl Kosten erhöhend als auch Kosten ermäßigend auswirken. Im Ergebnis wird sich dies weitestgehend neutral darstellen (BR-Drs. 417/07 vom 21.09.2007, S. 12; OLG Düsseldorf a.a.O. [juris Tz. 124 und 127]). § 15 ARegV soll nur den Ausnahmefall regeln (BR-Drs. a.a.O. vom 21.09.2007, S. 12; Hummel a.a.O. 6). Deshalb wurde im Verordnungsgebungsverfahren die Aufgreifschwelle von 1 % auf 3 % erhöht. „*Ein Prozent ist hierfür zu niedrig*“ (BR-Drs. a.a.O. S. 12). § 10 Abs. 2 bestimmt den Begriff der Versorgungsaufgabe. Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der Änderung der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode und eröffnet eine Anpassung, sprich Erhöhung der Erlösobergrenze, bei Überschreiten eines gewissen Schwellenwertes. Damit ist eine dynamische Veränderung angesprochen, während § 15 Abs. 1 eine (statische) charakteristische Abweisung im Profil der Versorgungsaufgabe voraussetzt. Da § 10 Abs. 2 sich die Aufgabe der Begriffsbestimmung des Tatbestandsmerk-

mals „Versorgungsaufgabe“ zuschreibt und beide Vorschriften Abweichungen von einer zu Grunde gelegten Versorgungsaufgabe regeln, die eine nur dynamische, die andere nur strukturelle, ist nicht zu erkennen, warum bei dieser Gleichheit von Wortlaut, Sinn und Zweck und Systematik nicht auf die Begriffsbestimmung in § 10 Abs. 2 auch zum Normverständnis des § 15 Abs. 1 ARegV zurückgegriffen werden kann. Die Versorgungsaufgabe bestimmt sich mithin nach der Fläche des versorgten Gebietes und den von den Netzkunden bestimmten Anforderungen an die Versorgung mit - hier - Gas. Dabei sind unter den von den Netzkunden bestimmten Anforderungen solche zu verstehen, wie sie sich z.B. aus der Anzahl der Anschlusspunkte, dem Leitungs- und Energiebedarf oder der Energieeinspeisung in versorgten Gebieten ergeben (z.B. beim Anschluss eines neuen Gewerbebetriebes oder eines Wohngebiets an das Gasnetz [BR-Drs. a.a.O. zu § 10, S. 49; Hummel a.a.O. § 10, 3]). Ob es bei diesem engen Ansatz bleiben kann, oder ob er mit OLG Düsseldorf erweiternd dahin verstanden werden muss, dass der Verordnungsgeber mit dieser Regelung gerade sicherstellen wollte, dass strukturelle oder sonstige Besonderheiten des Versorgungsgebietes oder der Versorgungsaufgabe des jeweiligen Netzbetreibers, die im Effizienzvergleich durch die gewählten Parameter nicht hinreichend berücksichtigt wurden, Eingang in die Bestimmung seines bereinigten Effizienzwerts und damit seiner Ineffizienzen fänden, sodass die Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der auf der Grundlage der Effizienzwerte zu bestimmenden Effizienzvorgaben gewährleistet werde, dass mithin der Verordnungsgeber mit § 15 Abs. 1 ARegV eine Korrekturmöglichkeit geschaffen habe, die bei der Ermittlung des Effizienzwertes aufgrund des generalisierenden, typisierenden und pauschalisierenden Ansatzes des verwandten Modells außer Betracht bleiben (OLG Düsseldorf RdE 2011, 100 [juris Tz. 127]), kann - wie aufzuzeigen sein wird - vorliegend allerdings dahinstehen. Die ARegV wird maßgeblich auch davon bestimmt, dass durch das Ausgangsniveau, auf dem der Entwicklungspfad aufsetzt, eine regulatorische Kostenprüfung stattfindet. Deshalb sind die Mehrkosten mit der Ausgangskostenbasis abzugleichen. Dies setzt voraus, dass die Mehrkosten nach den gleichen Maßstäben berechnet werden wie die Ausgangskostenbasis (OLG Düsseldorf a.a.O. [juris Tz. 129]). Diese dient zugleich dazu, die für den Aufbau einer einheitlichen, konsolidierten, belastbaren Datenbasis, die Grundvoraussetzung für die Durchführung des Effizienzvergleich ist, erforderliche Vergleichbarkeit der Kostenangaben sicherzustellen (Groebel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. [2010], § 21 a, 24). Sie wird geleitet von einer

Frontier-Betrachtung real existierender Unternehmen (Groebel a.a.O. 31; Ruge a.a.O. § 18, 64).

bb)

Diese Leitidee und Grundstruktur der Anreizregulierung macht zugleich deutlich, dass die Datenerhebung und deren Umsetzung in ein Referenzunternehmen schon dem Ansatz der Beschwerdeführerin entgegensteht, in der städtischen Versorgungsstruktur eine Besonderheit zu sehen (sog. City-Effekt) und damit letztlich das Postulat nach einem städtischen und einem ländlichen Referenzunternehmen aufzustellen, das in der Konsequenz nicht Halt machen kann vor einer weiteren Auffächerung in groß- und kleinstädtische, ländliche im Flächenstaat und ländliche mit naher Anbindung an Großstädte, eine mittelstädtische mit ländlicher und mittelstädtische mit industrieller Struktur. Damit würde ein Grundpfeiler der Anreizregulierung aufgegeben. Denn bei Energieversorgungsstrukturen lassen sich unschwer weit mehr Abweichungen als Übereinstimmungen, lässt sich mithin ein Potpourri von Besonderheiten finden. Diese Problemstellung kann auch dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben sein, gleichwohl hat er von einer solchen Aufspaltung von vornherein in Versorgungsaufgabeklassen abgesehen. Ergänzend vermögen im Übrigen die Ausführungen der BNA zur systematischen Einbettung des § 15 zu überzeugen. Soweit die Beschwerdeführerin auf einerseits den Beschluss des BGH vom 26.08.2005 (BGHZ 163, 282 - *Stadtwerke Mainz*) und andererseits die dieser Entscheidung zu Grunde liegende Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts vom 17.03.2004 verweist, wonach die Oberflächenstruktur und der Vermaschungsgrad des Netzes beachtliche Kostenfaktoren darstellten (Bl. 949), ist jener Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Denn dort ging es darum, dass das BKartA durch einen - an sich zulässigen (BGHZ a.a.O. [juris Tz. 24] - *Stadtwerke Mainz*) - Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen (RWE Net AG) einen Preismissbrauch festzustellen können meinte, den der BGH nur gelten lassen wollte, wenn gewährleistet ist, dass Verzerrungen ausgeschaltet werden, die vor allem durch die Unterschiede in der Marktstruktur entstehen können, und dass der Preis ermittelt wird, den das zum Vergleich herangezogene Unternehmen in Rechnung stellen müsste, wenn es anstelle der Betroffenen in deren Netzgebiet die Dienstleistung erbringen würde. Dabei kam es auf mögliche Unterschiede hinsichtlich der erzielten Erlöse je Kilometer Leitungslänge, welche dem BKartA Maßstab für die Preismissbrauchskontrolle

waren, an (BGHZ a.a.O. [juris Tz. 26, 29 und 31] - *Stadtwerke Mainz*) und damit gebietsstrukturelle Merkmale. Dort ging es aber zum Zwecke des Preiserlösvergleichs um den direkten Vergleich zwischen (nur) zwei Unternehmen. Vorliegend wurden aber alle für maßgeblich erachteten Strukturelemente aller Netzbetreiberunternehmen aufgenommen und in vielfältigen Bewertungsschwierigkeiten gleichsam zu einem repräsentativen einzigen Unternehmen hochgerechnet. Sind die Abbildungs- und Abstrahierungsschritte aber methodisch/wissenschaftlich beanstandungsfrei geschehen, so sind die strukturellen Unterschiede parametrisch hinreichend abgebildet, aber eben nicht 1 : 1 gegeneinander gelegt. Der Senat hat zudem bereits in seinem Beschluss vom 25.03.2010 - 202 EnWG 20/09 [dort BS. 39/40] - festgestellt, dass § 15 ARegV ein Ausnahmecharakter zukommt. Besonderheit im Sinne des § 15 ARegV ist nicht jeder den Betrieb des Netzbetreibers prägende Umstand, welcher sich bei der Mehrzahl der anderen Netzbetreiber nicht findet. Vielmehr wohnt dem Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch inne, dass der bezeichnete Umstand nach Art oder Umstand nur bei wenigen Unternehmen der Vergleichsgruppe gegeben ist; Einzigartigkeit ist hingegen nicht erforderlich. Dieses Verständnis gebietet auch das Normgefüge, weshalb eine Berücksichtigung nur geboten erscheint, wo ein Charakteristikum im Randbereich der Marktbetrachtung liegt. Die für diesen ausnahmsweisen Zuschnitt darlegungsbelastete Beschwerdeführerin hat diesen Ausnahmecharakter weder in Bezug auf ihre Stadtgasnetzstruktur noch bezüglich des angeblich darin vorherrschenden Graugussmaterials dargetan. Sie hat den durch die Historie bedingten Charakter des Leitungssystems und des Rohmaterials zwar beschrieben und dafür Außergewöhnlichkeit beansprucht, ohne dies auch nur hinreichend zu belegen. Demgegenüber hat insbesondere die BNA mit konkreten Beispielen aufgezeigt, dass solche, von der Beschwerdeführerin beschriebene Stadtgasnetzstrukturen auch heute noch nicht unverbreitet vorkommen und sich insbesondere verstärkt in den neuen Bundesländern fänden. Gleiches gilt in Bezug auf Grauguss als Material. Dem hat die Beschwerdeführerin bloß ihre gegenläufige Behauptung entgegengestellt. Damit aber ist sie schon ihrer Darlegungslast insoweit nicht nachgekommen.

Dies gilt nicht minder auch deshalb, weil die Beschwerdeführerin nur Kostenansätze eingestellt, aber zugleich damit notwendig einhergehende Ersparniseffekte nicht gegengerechnet hat. Geht es um den Abgleich des vormaligen Ausgangsniveaus mit dem

jetzigen, so fehlt die von der Beschwerdegegnerin schon im Bescheid geforderte und vermisste entsprechende Herleitung und Gegenüberstellung (vgl. zur Beachtlichkeit eines solchen Hinweises: BGH RdE 2010, 25 [Tz. 26] - *Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar*).

Damit kann dem im Rückekatalog im Zuge des Beschwerdeverfahrens ohnehin verschmächtigten Rechtsmittel auch in diesem Beschwerdepunkt kein Erfolg beschieden sein.

Dies führt insgesamt zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde.

II.

1.

Die Kostenentscheidung folgt § 90 EnWG. Da die Beschwerdeführerin sich auch auf der Grundlage eines Neubescheidungsantrages nicht durchzusetzen vermochte, ihr Rechtsmittel sonach erfolglos geblieben ist, entspricht es der Billigkeit, sie mit den Gerichtskosten, den eigenen notwendigen Auslagen sowie denen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen außergerichtlichen Auslagen der Beschwerdegegnerin und der BNA zu belasten (herrschend, vgl. etwa BGH B. v. 22.12.2009 - EnVR 64/08 [Tz. 4]). Dies gilt erst recht, soweit die Beschwerdeführerin die Beschwerde teilweise zurückgenommen hat (BGH B. v. 20.04.2010 - EnVR 20/09 [Tz. 21]).

2.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen (§ 86 EnWG).

Sowohl die Einzelfragen des Effizienzvergleichs wie das Verständnis von § 15 ARegV bedürfen einer rechtsgrundsätzlichen Entscheidung in der Rechtsbeschwerde.

3.

Die Festsetzung des Beschwerdewertes bleibt einer ergänzenden Beschlussfassung vorbehalten, die auf Stellungnahmen aufbauen wird, zu denen die Beteiligten hiermit aufgerufen werden.

D.

Rechtsmittelbelehrung.

Gegen diesen Bescheid findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt (§ 86 Abs. 1 EnWG). Die Rechtsbeschwerde steht der Beschwerdeführerin und der Regulierungsbehörde zu (§ 88 Abs. 1 EnWG). Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht; die §§ 546, 547 ZPO gelten entsprechend (§ 88 Abs. 2 EnWG). Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Stuttgart, Olgastraße 2, 70182 Stuttgart einzulegen; die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Entscheidung (§ 88 Abs. 3 EnWG). Die Rechtsbeschwerde ist zu begründen; die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt einen Monat; sie beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden (§§ 88 Abs. 5, 78 Abs. 3 EnWG). Die Rechtsbeschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird (§§ 88 Abs. 5, 78 Abs. 4 Nr. 1 EnWG). Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Regulierungsbehörde (§§ 88 Abs. 5, 78 Abs. 5 EnWG).

Ruf
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Holzer
Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Hofmann
Richter am
Oberlandesgericht