



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
BESCHLUSS

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

.....

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen

g e g e n

.....

Beschwerdegegnerin,

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht v. R. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2012

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 17. August 2011 -.....- aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, über die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für den Zeitraum der ersten Regulierungsperiode aufgrund eines Erweiterungsfaktors unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

Die Antragstellerin betreibt ein Erdgasverteilernetz in Deutschland.

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2008 (.....) legte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen der Antragstellerin für die gesamte erste Regulierungsperiode fest. Mit Beschluss vom 11. Dezember 2009 (.....) änderte die Bundesnetzagentur die für die Antragstellerin festgelegten Erlösobergrenzen für die gesamte Regulierungsperiode ab, da mit Wirkung zum 1. Januar 2009 der Netzeil

A. vom Netz der Antragstellerin abgegangen war und diese einen Antrag gemäß § 26 Abs. 2 ARegV gestellt hatte. Das Teilnetzgebiet der A. umfasste zum damaligen ZeitpunktAusspeisepunkte. Die Jahreshöchstlast für das Gebiet belief sich auf

Mit Schreiben vom 30. Juni 2009 beantragte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur u.a. die Anpassung der mit Beschluss vom 16. Dezember 2008 festgelegten und durch Beschluss vom 11. Dezember 2009 neu festgelegten Erlösobergrenzen gemäß §§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, S. 2 und 10 ARegV ab dem 1. Januar 2010. Sie beehrte eine Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors von für die Jahre 2010, 2011 und 2012 der ersten Regulierungsperiode. Zur Begründung verwies die Antragstellerin auf eine Zunahme bei den Strukturparametern Ausspeisepunkte, versorgte Fläche und Jahreshöchstlast. Dabei ging sie hinsichtlich der Ausspeisepunkte für das Basisjahr 2006 nicht von dem Wert aus, den sie bei ihrer Datenmeldung zum 31. Dezember 2006 im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich (dort, nach Abzug der Ausspeisepunkte für das Netzgebiet A.) angegeben hatte, sondern von einem niedrigeren Wert von Ausspeisepunkten (nach Abzug der Ausspeisepunkte für den Abgang der A). Die Korrektur der Anzahl der Ausspeisepunkte im Basisjahr begründete die Antragstellerin mit einer verbesserten Datenqualität. Für den Antragszeitpunkt gab die Antragstellerin in ihrem Antrag Ausspeisepunkte an. Des Weiteren gab die Antragstellerin als Jahreshöchstlast für das Basisjahr abweichend von ihren Angaben im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich (dort) in ihrem Antrag einen niedrigeren Wert von m³/h an.

Die Beschlusskammer der Bundesnetzagentur räumte der Antragstellerin Gelegenheit zur Erläuterung ihres Antrags, insbesondere hinsichtlich der angegebenen Werte zu den Strukturparametern Ausspeisepunkte, versorgte Fläche

und Jahreshöchstlast, ein. Mit Schreiben vom 29. Januar 2009 verzichtete die Antragstellerin aufgrund von Schwierigkeiten beim Nachweis der versorgten Fläche für den Antrag vom 30. Juni 2009 auf einen Zuwachs bei diesem Parameter.

Im weiteren Verlauf des Verwaltungsverfahrens forderte die Beschlusskammer die Antragstellerin mit Schreiben vom 25. März 2010 u.a. auf, die neue Methodik, die für die Abweichung der Ausspeisepunkte im Basisjahr verantwortlich sei, zu erläutern. Des Weiteren sollte die Antragstellerin erläutern, warum die Angaben zur Jahreshöchstlast des Basisjahrs von den Angaben im Effizienzvergleich abwichen. Die Antragstellerin gab im Rahmen ihrer diesbezüglichen Erläuterungen im Schreiben vom 19. April 2010 die Anzahl der Ausspeisepunkte im Basisjahr nochmals niedriger an als in ihrem Antrag vom 30. Juni 2009. Zur Jahreshöchstlast des Basisjahrs führte sie aus, neben dem Wert für den Netzübergang der A. in Höhe von m³/h seien weitere m³/h in Abzug zu bringen. Letztere beträfen den Ausspeisepunkt B., zu dem eine Stichleitung bestehe, die der C., von der sie die Leitung gepachtet habe, und der D. jeweils zu Bruchteilen gehöre. Sie habe das Bruchteilseigentum der C. im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich mit der diesbezüglichen Jahreshöchstlast eingebracht, im Jahr 2009 jedoch festgestellt, dass die Versorgung des Ausspeisepunkts allein durch den Leitungsanteil der D. erfolgte.

Zu einer weiteren Nachfrage der Bundesnetzagentur vom 5. April 2004 nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 9. Mai 2011 Stellung. In diesem Schreiben korrigierte sie die Anzahl der Ausspeisepunkte für das Basisjahr 2006 auf und für den Antragszeitpunkt auf Des Weiteren gab die Antragstellerin an, der Anstieg der Jahreshöchstlast zwischen dem Basisjahr 2006 und dem Jahr 2009 erkläre sich im Wesentlichen durch den Unterschied zwischen den Tiefsttemperaturen im Januar 2006 von -6,4 °C und im Januar 2009 von -10,9 °C.

In einem weiteren Schreiben vom 21. Juni 2011 korrigierte die Antragstellerin die Anzahl der Ausspeisepunkte letztmalig. Sie gab nunmehr einen Wert von für das Jahr 2006 und von für den Antragszeitpunkt an und begründete dies mit einem Rechenfehler bei früheren Berechnungen.

Durch den angegriffenen Beschluss vom 17. August 2011 (.....) hat die Bundesnetzagentur dem Antrag der Antragstellerin teilweise entsprochen und die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode unter Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors von um folgende Beträge erhöht:

2010 €
2011 €
2012 €

Im Übrigen hat sie den Antrag der Antragstellerin abgelehnt. Zur Begründung hat die Bundesnetzagentur ausgeführt, die Antragstellerin habe dem Grunde nach einen Anspruch auf Anpassung der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1. i.V.m. § 10 ARegV, da sie die Anpassung form- und fristgerecht beantragt und ihre Versorgungsaufgabe sich nachhaltig geändert habe. Unter Berücksichtigung der Parameter Fläche, Anschlusspunkte und Jahreshöchstlast sei ein Erweiterungsfaktor von zu berücksichtigen. Im Einzelnen hat die Bundesnetzagentur Folgendes ausgeführt:

1. Ausspeisepunkte:

1.1. Soweit die Antragstellerin mit ihrem Antrag eine Korrektur der Anzahl der Ausspeisepunkte im Basisjahr begehre, dringe sie damit nicht durch. Die korrigierten Werte für das Basisjahr seien nicht anerkennungsfähig, da eine nachträgliche Änderung von Strukturdaten im Rahmen des Verfahrens zur Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nicht in Betracht komme. Die Antragstellerin habe im Rahmen der Strukturdatenabfrage für den Effizienzvergleich für die erste Regulierungsperiode

zu sämtlichen Strukturparametern – auch zum Parameter „Anzahl der Ausspeisepunkte“ - entsprechend ihrer Auskunftspflicht nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV der Bundesnetzagentur gegenüber bestimmte Werte angeben, die sodann in den nach §§ 12 bis 14 ARegV durchzuführenden bundesweiten Effizienzvergleich eingeflossen seien. Alle im weiteren Verlauf der Regulierungsperiode zu berücksichtigenden Umstände stellen, wie sich eindeutig aus dem Regelungskonzept der ARegV ergebe, Änderungen gegenüber dem der Erlösobergrenze zugrunde liegenden Niveau dar. Dies sei gerade auch bei dem Erweiterungsfaktor der Fall, bei dem Strukturparameter des Jahres t in das Verhältnis zum Basisjahr gesetzt würden. Daraus folge bereits, dass die Werte des Basisjahrs nicht im Rahmen des Antrags auf Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nachträglich korrigiert werden könnten. Denn der Erweiterungsfaktor baue gerade auf den festgelegten Erlösobergrenzen auf. Eine Korrektur von Parametern des Basisjahrs setze demgegenüber eine Neuberechnung des Effizienzvergleichs mit nachfolgender Neufestlegung der Erlösobergrenzen voraus. Eine Aufhebung und Neubescheidung der Erlösobergrenzen wegen eines fehlerhaften Effizienzvergleichs werde von der Antragstellerin jedoch nicht geltend gemacht. Daher seien für das Basisjahr die Angaben der Antragstellerin im Rahmen der Strukturdatenabfrage für den Effizienzvergleich heranzuziehen, diese seien nur um den Wert des abgegangenen Netzteils A. zu korrigieren gewesen.

1.2. Für den Parameter Ausspeisepunkte im Jahr t der Regulierungsperiode könne lediglich der von der Antragstellerin im Rahmen ihres Antrags vom 30. Juni 2009 angesetzte Istwert in Ansatz gebracht werden. Der erstmalig mit Schreiben vom 9. Mai 2011 geltend gemachte höhere Wert sei hingegen nicht berücksichtigungsfähig. Für die insoweit von der Antragstellerin vorgenommene Antragserweiterung sei kein Raum. Maßgeblich hierfür sei in verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass der Gegenstand des Verfahrens auf Anerkennung des Erweiterungsfaktors durch den Antrag des Netzbetreibers bestimmt werde. Hiermit werde der Behörde ein feststehender Sachverhalt zur Entscheidung gestellt. Der

Antrag bestimme den Umfang des Verfahrensgegenstands und damit auch die Sachverhaltsermittlungspflicht der Behörde. Eine Aktualisierung des Antrags aufgrund von Änderungen des Sachverhalts nach Antragstellung bzw. nach Ablauf der Antragsfrist zum 30. Juni 2009 sähen die Bestimmungen der ARegV hingegen nicht vor. Daher könnten im Rahmen des Verfahrens zur Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nur die zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegenden Daten herangezogen werden. Dieses Ergebnis sei auch materiell-rechtlich geboten. Allein das Abstellen auf die Erkenntnisse zum Antragszeitpunkt sichere eine verlässliche und für alle Netzbetreiber einheitliche Datengrundlage.

2. Jahreshöchstlast

Soweit die Antragstellerin abweichend von ihren Angaben zur Strukturdatenabfrage für den Effizienzvergleich – abgesehen von der zutreffenden Korrektur für den Netzübergang der A. - eine geringere Jahreshöchstlast angegeben habe, sei diese ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Aus den bereits zur nachträglichen Korrektur der Ausspeisepunkte im Basisjahr angegebenen Gründen käme eine nachträgliche Korrektur der im Rahmen der Strukturdatenabfrage für den Effizienzvergleich mitgeteilten Daten nicht in Betracht.

Bei zutreffender Zugrundelegung der im Rahmen der Strukturdatenabfrage mitgeteilten Daten für das Basisjahr liege im Hinblick auf den Parameter „Jahreshöchstlast“ bereits kein Aufwuchs im Jahr t der Regulierungsperiode gegenüber dem Basisjahr vor. Bereits vor diesem Hintergrund käme folglich eine Anpassung der Erlösobergrenzen um einen Erweiterungsfaktor nicht in Frage.

Abgesehen davon habe die Antragstellerin nicht nachweisen können, dass eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe im Sinne einer dauerhaften Änderung des Parameters Jahreshöchstlast vorliege. Die Antragstellerin habe eine Änderung der Jahreshöchstlast allein auf den Unterschied der Tiefsttemperaturen zwischen Januar 2006 und Januar 2009 zurückgeführt. Eine nachhaltige Änderung

der Versorgungsaufgabe, wie von § 10 ARegV gefordert, liege jedoch bei lediglich temporären Veränderungen eines Parameters nicht vor. Eine solche rein temporäre Veränderung sei aber gerade bei der Temperatur, die erheblichen Schwankungen unterliege, gegeben.

Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20. September 2011, bei der Bundesnetzagentur eingegangen am 21. September 2011, Beschwerde eingelegt.

In der Folgezeit (21./27. Dezember 2011) schlossen die Parteien einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, in dem die Parteien sich auf Regelungen zur Bestimmung des Ausgangsniveaus, des pauschalierten Investitionszuschlags und des generellen Produktivitätsfaktors sowie einen Erweiterungsfaktor für das Jahr 2009 einigten, was zu einer Erhöhung der Erlösobergrenzen der Antragstellerin um folgende Beträge führt:

2010	EUR
2011	EUR
2012	EUR

Eine Regelung über den Erweiterungsfaktor für die Jahre 2010 bis 2012 enthält der Vertrag nicht.

Nach entsprechender Fristverlängerung hat die Antragstellerin ihre Beschwerde mit Schreiben vom 23. Januar 2012 begründet. Sie begehrt nunmehr noch eine Erhöhung des Erweiterungsfaktors auf für das Gesamtnetz und daraus folgend der Erlösobergrenzen für die Kalenderjahre 2010 bis 2012 um folgende weitere Beträge:

2010	EUR
2011	EUR
2012	EUR
Summe	EUR

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass nach der Regelung des § 10 i.V.m. Anlage 2 zur ARegV sowie dem allgemeinen Grundsatz rechtmäßigen Verwaltungshandelns sowohl den Ansatz der nachträglich festgestellten tatsächlichen Parameterwerte für das Basisjahr als auch die nach Antragstellung festgestellten und mitgeteilten tatsächlichen Istwerte zu berücksichtigen seien. Im Einzelnen trägt sie Folgendes vor:

1. Anzahl der Ausspeisepunkte

1.1. Korrektur der Werte des Basisjahrs

Die Differenz der Ausspeisepunkte im Basisjahr nach Abzug der auf den Netzteil A. entfallenden Ausspeisepunkte beruhe auf der Gewinnung neuerer, zutreffender Erkenntnisse über die tatsächlich im Basisjahr 2006 bestehende Anzahl von Ausspeisepunkten. Aufgrund wachsender Anforderungen an die Qualität der Netzdaten sei die stetige Weiterentwicklung der Datensysteme notwendig. Die von ihr beauftragte Servicegesellschaft stelle daher schrittweise die Sachdatensysteme auf sog. Graphische Informationssysteme (GIS) mit vollständig vektorisiertem Datenmodell um. Die gestufte Einführung von GIS-Systemen sei allgemein üblich. Hierbei würden im ersten Schritt die Rasterdaten und die hybriden Daten mit in das Datenmodell eingebunden. Erst in einem zweiten Schritt werde das Gasnetz mit vollständig vektorisierten Daten im Datenmodell abgebildet. Im Rahmen der Einführung des Systems „Smallworld“ durch die Servicegesellschaft sei eine rechnergestützte „Schnelldigitalisierung“ durchgeführt worden, um die grundsätzlich nicht digital auswertbaren Rasterdaten möglichst kurzfristig für Mengenauswertungen zumindest teilweise verfügbar zu machen. Dabei seien die Ausspeisepunkte bei Hausanschlussleitungen mit Schiebern so ermittelt worden, dass zunächst die

Rohrleitung von der Längsleitung bis zum Schieber als ein Ausspeisepunkt gezählt worden sei. Zusätzlich sei die Rohrleitung von Schieber bis zum Haus als ein weiterer Ausspeisepunkt berücksichtigt worden. In der Summe seien bei Hausanschlussleitungen mit Schiebern somit zwei Ausspeisepunkte gezählt worden. Bei der späteren Umstellung auf das vollständig vektorisierte Datenmodell SICAD/BONUS sei dieser Fehler der doppelten Zählung festgestellt und behoben worden. Dadurch habe sich die der Bundesnetzagentur mitgeteilte Reduktion der tatsächlich vorhandenen Ausspeisepunkte per 31. Dezember 2006 ergeben.

Weder sprächen verfahrensrechtliche noch materiell-rechtliche Gründe gegen die Berücksichtigung tatsächlich richtiger Werte für die Strukturparameter im Rahmen des Antragsverfahrens auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors.

Die aufgrund des öffentlich-rechtlichen Vertrags der Parteien vom 21./27. Dezember 2011 inzwischen eingetretene Bestandskraft der Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen vom 16.12.2008 stehe einer Berücksichtigung zutreffender Basiswerte im Rahmen des Erweiterungsfaktors nicht entgegen.

Eine Perpetuierung nachweislich falscher Werte sei weder aufgrund des Aufbaus des Erweiterungsfaktors auf der festgelegten Erlösobergrenze noch durch das Regelungskonzept der ARegV zu rechtfertigen. Die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur lasse sich weder aus § 4 oder § 10 ARegV noch aus der Formel in Anlage 2 zur ARegV herleiten.

Auch gebe es keine Rechtsgrundlage für die Meinung der Bundesnetzagentur, die Antragstellerin müsse sich mangels Antrags auf Neuberechnung des Effizienzvergleichs und daraus folgender Abänderung der Erlösobergrenzen an den von ihr im Rahmen der Strukturdatenabfrage gemeldeten Strukturparametern festhalten lassen.

Vielmehr entstehe durch die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, die die mit der Antragstellung vorgenommenen Fehlerbereinigungen bei den Parametern Anzahl der Ausspeisepunkte und zeitgleiche Jahreshöchstlast nur für die Werte des Jahres t der Regulierungsperiode (2009) anerkenne, nicht aber für das Jahr 2006, eine Schieflage. Wenn eine Korrektur der Werte des Basisjahrs 2006 aus Sicht der Bundesnetzagentur nicht in Betracht komme, dann müssten die in diesen Werten enthaltenen Fehler auch konsequent fortgeschrieben werden und die sich aus den Fehlern ergebenden Differenzen den Werten für das Jahr t der Regulierungsperiode hinzugerechnet werden. Andernfalls blieben die tatsächliche Entwicklung und damit die nachhaltige Veränderung der Versorgungsaufgabe unberücksichtigt.

Schließlich gehöre zur Bindung des Verwaltungshandelns an Recht und Gesetz auch, dass ein Verwaltungsakt auf richtigen Tatsachen beruhe.

1.2. Korrektur der Werte nach Ablauf der Antragsfrist

Die Veränderung der Werte für das Basisjahr nach Ablauf der Antragsfrist am 30. Juni 2009 beruhten darauf, dass eine erst im Laufe des Verwaltungsverfahrens mögliche Gegenprüfung des im Antrag vom 30. Juni 2009 mitgeteilten Werts von Ausspeisepunkten für das Basisjahr 2006 durch Rückrechnung auf der Basis des gesicherten Werts für die Ausspeisepunkte zum 31. Dezember 2010 tatsächlich einen höheren Wert für das Basisjahr ergeben habe. Nach dieser Vorgehensweise habe sich letztlich ein Wert für die Ausspeisepunkte per 31. Dezember 2006 von ergeben.

Die Anpassung der im Antrag vom 30. Juni 2009 angegebenen Anzahl der Ausspeisepunkte zu diesem Datum (.....) auf letztlich stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit den besseren Erkenntnis- und Berechnungsmöglichkeiten auf Basis des Bestands per 31. Dezember 2010. Ausgehend von dem ermittelten Basiswert per 31. Dezember 2010 sei auch der neue Wert für den 30. Juni 2009 durch saldierte Zu- und Abschläge berechnet worden.

Diese nach Ablauf der Antragsfrist bekannt gewordenen und im Laufe des Verwaltungsverfahrens mitgeteilten Werte seien der Entscheidung zugrunde zu legen.

Ausgehend von der Ansicht, dass der Entscheidung die tatsächlichen Werte für das Basisjahr 2006 zugrunde zu legen seien, liege bereits keine Antragserweiterung vor, sondern eine Beschränkung. Denn im Antrag sei zunächst ein Zuwachs von Ausspeisepunkten geltend gemacht worden, mit Schreiben vom 21. Juni 2011 jedoch nur noch ein Zuwachs von Ausspeisepunkten. Im Hinblick auf den Parameter „versorgte Fläche“ habe die Bundesnetzagentur aber eine Antragsbeschränkung akzeptiert.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur scheitere eine Berücksichtigung der nachträglich gemeldeten Daten auch nicht an der Sperrwirkung des Antrags. Vielmehr ergebe sich aus der Amtsermittlungspflicht nach § 24 VwVfG, dass die Behörde verpflichtet sei, den Anspruchsberechtigten zu ihrem Recht zu verhelfen. Auch in §§ 4, 10 ARegV sei eine Begründung des Antrags nicht vorgeschrieben. Angaben des Antragstellers seien daher möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der Mitwirkungspflicht bei der Erhebung der notwendigen Daten gem. § 27 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 ARegV geboten, seien jedoch nicht Teil der Antragstellung. Daher werde der Bundesnetzagentur mit Antragstellung auch kein feststehender Sachverhalt zur Entscheidung gestellt.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die ARegV eine Aktualisierung des Antrags nicht vorsehe. Grundsätzlich seien vielmehr Antragsänderungen im Verwaltungsverfahren bis zur Entscheidung der Behörde jederzeit möglich. Etwas anderes gelte nur, wenn durch Rechtsvorschriften des anzuwendenden Fachrechts ausnahmsweise etwas anderes bestimmt sei oder sich aus der Natur der Sache zwingend ergebe. Beides sei hier nicht der Fall.

Auch sei der Ausschluss der Aktualisierung des Antrags nicht materiell-rechtlich geboten. Weder könne allein das Abstellen auf den Antragszeitpunkt eine einheitliche Datengrundlage sichern, noch bleibe bei Berücksichtigung später bekannt gewordener Tatsachen unklar, wann die Behörde die zur Entscheidung stehenden Fragen bewerten solle. Vielmehr gelte insoweit die verfahrensrechtliche Regel, dass für die Beurteilung der Behörde die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung maßgeblich sei.

Schließlich rechtfertige der temporäre Charakter des Erweiterungsfaktors, für den jährlich neue Anträge gestellt werden könnten, nicht, dass die Entscheidung durch die Behörde sehenden Auges auf falsche Tatsachen gestützt werde.

2. Zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen

2.1. Korrektur der Werte des Basisjahrs

Die Abweichung des dem Antrag vom 30. Juni 2009 zu Grunde liegenden Werts der zeitgleichen Jahreshöchstlast für das Basisjahr (..... m³/h) von dem im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich angegebenen Wert (..... m³/h) beruhe auf mehreren Gründen.

Neben der zwischen den Parteien unstreitigen Reduzierung wegen des Übergangs des Netzes der A. auf m³/h sei eine weitere Korrektur um m³/h für die Stichleitung zum Ausspeisepunkt B. erforderlich. Zum Zeitpunkt der Erhebung der Strukturparameter für den Effizienzvergleich sei der Wert der Jahreshöchstlast für den Ausspeisepunkt B. nach Angabe des vorgelagerten Netzbetreibers mit m³/h angesetzt worden, weil die C. ihr sowohl für den Ausspeisepunkt B. als auch für das an die Leitung angeschlossene Heizkraftwerk eine anteilige Kapazität dargelegt habe. Im Rahmen der Kapazitätsbestellung für 2009 bei der heutigen E. als vorgelagerter Netzbetreiberin sei jedoch von dort angezeigt worden, dass eine Entnahme am Ausspeisepunkt B. für sie, die Antragstellerin, nur zum Tragen komme,

wenn der Kapazitätsanteil der E. ausgeschöpft sei. Dieser Fall sei bis dato noch nie eingetreten, was mit der Betriebsweise der Leitungen zusammenhänge. Selbst bei einer höheren Abnahmemenge am Ausspeisepunkt B. sei es der E. durch eine Druckerhöhung möglich, den Ausspeisepunkt B. über ihren eigenen Kapazitätsanteil zu 100 % zu beliefern. Damit liege keine ihr zurechenbare Leistung am Ausspeisepunkt B. vor. Eine Korrektur des Werts für das Basisjahr um m³/h auf m³/h sei erforderlich und - wie bereits zu den Ausspeisepunkten ausgeführt – durch die ARegV nicht verboten.

2.2. Jahreshöchstlast per 30. Juni 2009

Die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen per 30. Juni 2009 erfolge nach derselben Berechnungslogik wie für das Basisjahr. Der dem Antrag vom 30. Juni 2009 zugrunde gelegte Wert von m³/h enthalte weder den Anteil der A. noch den Anteil des Ausspeisepunkts B..

Zu Unrecht habe die Bundesnetzagentur zudem angenommen, sie habe den Anstieg der zeitgleichen Jahreshöchstlast allein auf den Unterschied zwischen den Tiefsttemperaturen im Januar 2006 und im Januar 2009 zurückgeführt. Vielmehr seien im Zeitraum vom 31. Dezember 2006 bis zum 30. Juni 2009 auch insgesamt Ausspeisepunkte in ihrem Netz hinzugekommen. Auch müsse der Parameter für das Jahr t der Regulierungsperiode keine Temperaturunabhängigkeit aufweisen bzw. nicht temperaturbereinigt sein, um eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe im Sinne von § 10 ARegV darzustellen. Eine Bereinigung um Temperatureffekte sei in der Formel in Anlage 2 zu § 10 ARegV nicht vorgesehen.

Sie beantragt,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Beschlusses vom 17. August 2011 (.....) zu verpflichten, über die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für den Zeitraum der ersten Regulierungsperiode aufgrund eines Erweiterungsfaktors unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung der maßgeblichen Gründe verteidigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur (.....) und das Protokoll der Senatssitzung vom 21. November 2012 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist in der Sache aus den mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2012 im Einzelnen erörterten Gründen nur teilweise begründet.

Die Bundesnetzagentur hat den von der Antragstellerin gem. §§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 S. 2 und 10 ARegV beantragten Erweiterungsfaktor insoweit rechtsfehlerfrei ermittelt, als sie eine Korrektur der Werte der Strukturparameter für das Basisjahr abgelehnt hat. Rechtsfehlerhaft ist dagegen ihre Ansicht, Korrekturen der Strukturdaten des Antragsjahrs, die die Antragstellerin noch im laufendenungsverfahren, aber nach Ablauf der Antragsfrist gemacht hat, seien ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

I. Voraussetzungen der Gewährung eines Erweiterungsfaktors

1. Gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 ARegV kann durch einen Erweiterungsfaktor bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen berücksichtigt werden, dass sich die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers während der Regulierungsperiode nachhaltig ändert. Die Vorschrift des § 10 ARegV soll sicherstellen, dass die Kosten für Erweiterungsinvestitionen, die sich bei einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers im Laufe der Regulierungsperiode ergeben, bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen berücksichtigt werden. Dies erfolgt durch einen Erweiterungsfaktor in der Regulierungsformel in der Anlage 1 zu § 7 ARegV, der seinerseits durch die Formeln in der Anlage 2 zu § 10 ARegV berechnet wird (vgl. auch bereits Senat, Beschluss vom 27.10.2010, VI-3 264/09 (V), bei juris Rn. 31).

Unter welchen Voraussetzungen eine solche nachhaltige Änderung anzunehmen ist, hat der Verordnungsgeber in § 10 Abs. 2 ARegV näher konkretisiert. Danach liegt eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe vor, wenn sich insbesondere einer oder mehrere der ausdrücklich aufgeführten Parameter „Fläche des versorgten Gebiets“, „Anzahl der Anschlusspunkte in Stromversorgungsnetzen und der Ausspeisepunkte in Gasversorgungsnetzen“ sowie „Jahreshöchstlast“ dauerhaft und in erheblichem Umfang ändern. Nach § 10 Abs. 2 S. 3 ARegV ist in der Regel von einer Änderung in erheblichem Umfang auszugehen, wenn sich dadurch die Gesamtkosten des Netzbetreibers abzüglich der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile um mindestens 0,5 % erhöhen.

Die Berechnung des Erweiterungsfaktors erfolgt nach den Formeln in Anlage 2 zu § 10 ARegV. Danach wird für den hier einschlägigen Gassektor zunächst jeweils für die „Ebene der Gesamtheit der Leitungsnetze unabhängig von Druckstufen“ und die

„Ebene der Gesamtheit aller Regelanlagen unabhängig von der Druckstufe“ ein gesonderter Erweiterungsfaktor ermittelt. Der Erweiterungsfaktor für das gesamte Netz wird sodann als gewichteter Mittelwert aus den beiden zuvor ermittelten Erweiterungsfaktoren der Teilbereiche bestimmt, wobei die Gewichtung nach den Vorgaben der Regulierungsbehörde nach einem Restwertschlüssel vorzunehmen ist (vgl. Leitfaden zur Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Antrages auf Erweiterungsfaktor nach § 4 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. § 10 ARegV der Bundesnetzagentur, Stand Mai 2009, S. 4, Nr. 3.2., Anlage BG 1).

Einen Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenzen nach Maßgabe des § 10 ARegV kann der Netzbetreiber gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 ARegV einmal jährlich zum 30. Juni des Jahres stellen. Eine solche Anpassung erfolgt dann zum 1. Januar des Folgejahres und berechtigt den Netzbetreiber zur Anpassung seiner Netzentgelte (§ 17 Abs. 2 Satz 2 ARegV).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen lagen die Voraussetzungen für die Gewährung des Erweiterungsfaktors ab dem 1. Januar 2010 zum Antragszeitpunkt vor. Die Versorgungsaufgabe der Antragstellerin hat sich unstreitig durch die seit dem 31. Dezember 2006 bis zur Antragstellung am 30. Juni 2009 vorgenommenen Erweiterungsinvestitionen derart nachhaltig verändert, dass ihre Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile die Erheblichkeitsschwelle in § 10 Abs. 2 S. 3 ARegV von mindestens 0,5 % überstiegen.

II. Berechnung des Erweiterungsfaktors

Allerdings erfolgte die Berechnung des konkreten Erweiterungsfaktors teilweise rechtsfehlerhaft, weswegen der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu einer Neuberechnung des Erweiterungsfaktors zu verpflichten ist.

1. Anzahl der Ausspeisepunkte

a) Zu Recht hat die Bundesnetzagentur Ausspeisepunkte für das Basisjahr berücksichtigt.

Die Antragstellerin wendet insoweit ohne Erfolg ein, die Bundesnetzagentur habe die in ihrem Antrag auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors für das Basisjahr 2006 angegebene Anzahl von zuletzt Ausspeisepunkten berücksichtigen müssen. Denn diese weicht von der Anzahl der Ausspeisepunkte ab, die die Antragstellerin selbst im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich angegeben hat und die der Bestimmung der Erlösobergrenzen durch den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16. Dezember 2008 (.....) zugrunde liegen.

aa) Allerdings hat die Antragstellerin zutreffend dargelegt, ein Ausschluss der Möglichkeit zur Korrektur der Daten des Basisjahrs ergebe sich nicht aus der inzwischen eingetretenen Bestandskraft des Beschlusses über die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen vom 16. Dezember 2008 (.....). Denn die Bestandskraft erfasst nicht die in den Effizienzvergleich und damit letztlich in die Erlösobergrenzen eingeflossenen Daten. Auch haben die Parteien im Vertrag vom 21./27.12.2011 (.....) Anpassungen der Erlösobergrenzen nicht ausgeschlossen.

bb) Maßgeblich gegen eine Korrekturbefugnis hinsichtlich der für das Basisjahr im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich angegebenen Werte spricht nach Auffassung des Senats aber das Regelungskonzept der ARegV, insbesondere die Vorschriften der §§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, S. 2 und 10 ARegV, die eine Anpassung der festgelegten Erlösobergrenzen nur im Falle einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers vorsehen.

Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob eine Veränderung der Versorgungsaufgabe im Sinne des § 10 Abs. 1 ARegV vorliegt, ist die Versorgungsaufgabe, wie sie für die

Antragstellerin durch den Beschluss vom 16. Dezember 2008, geändert durch den Beschluss vom 11. Dezember 2009, über die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode festgestellt wurde.

Den Erlösobergrenzen liegen die von den Netzbetreibern im Rahmen der Strukturdatenabfrage zum Effizienzvergleich für das Basisjahr 2006 genannten Daten zugrunde. Die von den Netzbetreibern selbst genannten Daten sind als Strukturparameter im Rahmen des Effizienzvergleichs berücksichtigt und bestimmen somit die Versorgungsaufgabe, für die durch die Bundesnetzagentur bestimmte Erlösobergrenzen festgelegt werden. Die Regelungen zum Erweiterungsfaktor nehmen auf die Versorgungsaufgabe Bezug und setzen eine nachhaltige Veränderung dieser Versorgungsaufgabe voraus. Dem würde es widersprechen, die Versorgungsaufgabe für die Berechnung des Erweiterungsfaktors anders zu definieren als die ursprünglich in die Berechnung der Erlösobergrenzen eingeflossene Versorgungsaufgabe. In den Vorschriften der §§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, S. 2 und 10 ARegV ist folgerichtig eine Korrektur der Werte des Basisjahrs im Rahmen der Berechnung des Erweiterungsfaktors nicht vorgesehen.

Aus der früheren Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 27.10.2010, VI-3 Kart 264/09 (V), Rn. 39 f. bei juris) ergibt sich nichts anderes. Soweit der Senat ausgeführt hat, bei der Bestimmung des Erweiterungsfaktors seien grundsätzlich tatsächliche Werte heranzuziehen, ist dies nur als Ausschluss der Berücksichtigung von Planwerten im Rahmen von § 10 ARegV zu verstehen.

Auch die der Berechnung des Erweiterungsfaktors und der Erlösobergrenze zugrunde liegenden mathematischen Formeln sprechen gegen eine Korrektur der Werte des Basisjahrs. Zwar wird in den in Anlage 2 enthaltenen Formeln lediglich

das Basisjahr (0) in das Verhältnis zum Jahr "t" der jeweiligen Regulierungsperiode gesetzt. Die Anlage 2 beinhaltet somit lediglich die mathematischen Formeln und damit das "wie" der Ermittlung des Erweiterungsfaktors (OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, 202 EnWG 3/09, S. 14 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.01.2010, Kart W 3/09, S. 13f.). Der mit Hilfe dieser Formeln ermittelte Erweiterungsfaktor ist aber Teil der Formel für die Berechnung der Erlösobergrenzen (Anlage 1 zu § 7 ARegV), in die die Strukturparameter für das Basisjahr bereits über den Verteilungsfaktor für den Abbau von Ineffizienzen (V_t) einfließen. Die Vergleichbarkeit der Werte zum Verteilungsfaktor für den Abbau von Ineffizienzen und zum Erweiterungsfaktor wäre nicht mehr gewährleistet, wenn unterschiedliche Strukturparameter für das Basisjahr einfließen würden.

Das Abstellen auf die im Rahmen der Strukturdatenwerte angegebenen Daten für das Basisjahr steht auch im Einklang mit den Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG, wonach die Entgelte für den Netzzugang angemessen sein müssen (vgl. Senat, a.a.O, Rn. 43 bei juris). Denn die Fehlerhaftigkeit der Datengrundlage, die in die festgesetzten Erlösobergrenzen eingeflossen ist, wird so im Rahmen der Genehmigung eines bestimmten Erweiterungsfaktors nachträglich zumindest teilweise kompensiert.

Werden durch den Netzbetreiber irrtümlich zu hohe Werte bei den Strukturparametern, die die Versorgungsaufgabe definieren, angegeben, so führt dies bei gleichbleibenden Aufwandparametern zu einem höheren Effizienzwert bei diesem Netzbetreiber. Dieser führt über den Verteilungsfaktor für den Abbau von Ineffizienzen zu höheren Erlösobergrenzen. Gibt dieser Netzbetreiber im Rahmen des Antrags auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors für den Antragszeitpunkt jedoch zutreffende Werte an, so wird der Zuwachs niedriger dargestellt als er tatsächlich war. Dies führt zwar zu einem niedrigeren Erweiterungsfaktor, dieser kompensiert aber zumindest teilweise die zuvor in der Datengrundlage enthaltenen Fehler, aufgrund derer zu hohe Erlösobergrenzen festgelegt worden waren.

Dem Ausschluss der Korrektur steht auch die Bindung der Regulierungsbehörde an Recht und Gesetz nicht entgegen.

Bereits die Konzeption des Verordnungsgebers geht davon aus, dass nicht alle Daten, die in den Effizienzvergleich eingeflossen sind, korrekt sind. Der Senat hat hierzu bereits in seinem Beschluss vom 12. Januar 2011 (VI-3Kart 185/09 (V), dort S. 48) ausgeführt, dass eine vollständige Fehlerfreiheit der Datengrundlage schon systembedingt nicht zu erreichen war, weil die Regulierungsbehörde auf die ihr von den Netzbetreibern und/oder den Landesregulierungsbehörden entsprechend §§ 12 Abs. 4, 29 Abs. 1 ARegV zu übermittelnden Daten zurückgreifen musste und lediglich bei etwaigen Unplausibilitäten auf deren Korrektur drängen konnte. Von daher hat der Verordnungsgeber bei der Ermittlung des Effizienzwerts und der sich daraus ergebenden Effizienzvorgabe die oben angeführten, auf unterschiedlichen Stufen des Verfahrens zur Ermittlung der Erlösobergrenze wirkenden Sicherungsmaßnahmen - als ausreichend und effizient i.S.d. Verfahrensbeschleunigung - vorgesehen, die auch der Fehleranfälligkeit der Datengrundlage Rechnung tragen sollen. Soweit es die Datengrundlage angeht, hat der Verordnungsgeber die Bundesnetzagentur im Übrigen ausdrücklich ermächtigt, den Effizienzvergleich bei nicht rechtzeitig übermittelten Daten auch ohne diese durchzuführen (§ 29 Abs. 1 Satz 3 ARegV), auf Daten des letzten verfügbaren Kalenderjahrs zurückzugreifen oder aber fehlende oder offenkundig unzutreffende Daten durch Schätzung oder eine Referenznetzanalyse zu ermitteln (§ 30 Satz 1, 2 ARegV).

Angesichts des Umstands, dass der Verordnungsgeber selbst die Fehlerhaftigkeit der Datengrundlage aus Gründen der Effizienz und Verfahrensbeschleunigung in Kauf nimmt, ist auch die Regulierungsbehörde nicht verpflichtet, im Rahmen der Berechnung des Erweiterungsfaktors Datenkorrekturen für das Basisjahr vorzunehmen.

Ebenso wenig ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, den gesamten Effizienzvergleich neu durchzuführen. Denn dies würde auf ein „perpetuum mobile“ hinauslaufen. Dass der Verordnungsgeber dies auch angesichts des engen Zeitfensters für die Durchführung des Effizienzvergleichs nicht wollte, kommt in den engen zeitlichen Vorgaben und der Option, auf eine nicht vollständige Datengrundlage zurückzugreifen, wie auch letztlich in § 12 Abs. 1 Satz 3 ARegV zum Ausdruck, nach dem der Effizienzvergleich von nachträglichen Änderungen des Ausgangsniveaus unberührt bleibt (so bereits Senat, a.a.O.).

Gegen eine Möglichkeit zur Korrektur der Daten des Basisjahrs sprechen schließlich auch die unterschiedlichen Interessenlagen im Rahmen der Strukturdatenabfrage und im Rahmen des Antrags auf Anerkennung eines Erweiterungsfaktors.

Im Rahmen der Strukturdatenabfrage liegt es grundsätzlich im Interesse des Netzbetreibers, höhere Werte bei den Strukturparametern, die die Versorgungsaufgabe definieren, anzugeben. Denn hieraus ergibt sich im Verhältnis zu den bei dem Netzbetreiber gegebenen Kosten eine höhere Effizienz. Dagegen liegt es im Rahmen des Antrags auf Anerkennung eines Erweiterungsfaktors im Interesse des Netzbetreibers, niedrigere Angaben für das Basisjahr zu machen, da hierdurch der Zuwachs der Versorgungsaufgabe im Vergleich mit dem Antragsjahr größer ausfällt. Im Falle einer Zulassung der Datenkorrektur für das Basisjahr würde dieser generellen Missbrauchsgefahr nicht hinreichend Rechnung getragen.

Dem steht nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschlüsse vom 28.06.2011, EnVR 48/10 und EnVR 34/10) entgegen, der Korrekturen bei den Werten des Ausgangsniveaus zulässt. Denn die vom Bundesgerichtshof für

notwendig erachteten Korrekturen der Werte aus der für die Bestimmung des Ausgangsniveaus maßgeblichen Kostenprüfung beruhen auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung durch die Regulierungsbehörde. Im Gegensatz hierzu beruhen die in den Effizienzvergleich eingeflossenen Daten auf den Angaben des Netzbetreibers selbst, die er – wie bereits ausgeführt - im Laufe des Effizienzvergleichsverfahrens mehrfach verbessern und verifizieren konnte. Es ist daher auch unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Grundsätze angemessen, den Netzbetreiber an den von ihm genannten Daten zumindest für den Verlauf der ersten Regulierungsperiode festzuhalten.

cc) Im konkreten Fall besteht auch kein rechtlich geschütztes Vertrauen der Antragstellerin dahingehend, dass die Bundesnetzagentur die von ihr vorgenommenen Korrekturen der Werte des Basisjahrs berücksichtigen würde.

Insbesondere hat die Bundesnetzagentur durch ihr Verhalten im Verlauf des Verwaltungsverfahrens keinen Vertrauenstatbestand dieses Inhalts geschaffen. Die Bundesnetzagentur hat die Antragstellerin im laufenden Verfahren zwar mehrfach zur Stellungnahme hinsichtlich der Gründe für die vorgenommenen Korrekturen beim Basisjahr aufgefordert. Hieraus durfte die Antragstellerin jedoch nicht schließen, dass die Bundesnetzagentur eine Korrektur grundsätzlich für möglich erachtete. Vielmehr ergibt sich insbesondere aus dem Schreiben der Bundesnetzagentur vom 25. März 2010, dass seitens der Bundesnetzagentur grundlegende Zweifel an einer Korrekturbefugnis der Antragstellerin bestanden.

b) Ebenfalls zu Recht hat die Bundesnetzagentur einen etwaigen Fehler der Datengrundlage für das Basisjahr nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung fortgeschrieben.

Dies ergibt sich zwangsläufig aus den obigen Erwägungen. Die Versorgungsaufgabe ist durch die Werte, die in den Effizienzvergleich und damit in die Erlösobergrenzen eingeflossen sind, definiert. Würde ein dort enthaltener Fehler in dem Sinne fortgeschrieben, dass die Differenz zwischen irrtümlich angegebenem und tatsächlichem Wert auf das Antragsjahr übertragen wird, so wäre zwar der tatsächliche Zuwachs vom Basisjahr bis zum Antragszeitpunkt für diesen Parameter korrekt dargestellt. Der Fehler bei der ursprünglichen Festsetzung der Erlösobergrenzen würde in diesem Fall aber ebenfalls fortgeschrieben. Demgegenüber wird dieser Fehler zumindest teilweise kompensiert, wenn für den Erweiterungsfaktor der tatsächliche Wert zum Antragszeitpunkt zugrunde gelegt wird.

c) Allerdings hat die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft für den Antragszeitpunkt nur die im Antrag vom 30. Juni 2009 angegebenen Ausspeisepunkte berücksichtigt und die Berücksichtigung der von der Antragstellerin im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Korrekturen von vornherein abgelehnt. Vorbehaltlich einer inhaltlichen Kontrolle durch die Bundesnetzagentur hatte diese jedoch den nach Ablauf der Antragsfrist und vor der Entscheidung mitgeteilten Wert von zuletzt Ausspeisepunkten zu berücksichtigen.

aa) Soweit die Bundesnetzagentur darauf hinweist, dass der Antrag den Gegenstand des Verfahrens bestimmt und damit auch die Sachermittlungspflicht der Behörde, ist dies zwar als solches zutreffend. Hieraus lässt sich jedoch noch nicht herleiten, dass der Verfahrensgegenstand im Streitfall auf die im ursprünglichen Antrag mitgeteilten Daten beschränkt ist.

Die Bundesnetzagentur legt den Begriff des Verfahrensgegenstands insoweit zu eng aus. Die Antragstellerin hat mit ihrem ursprünglichen Antrag die Anerkennung eines Erweiterungsfaktors für die Jahre 2010, 2011 und 2012 der ersten Regulierungsperiode beantragt. Dieses Antragsziel bestimmt zugleich den Gegenstand des Verfahrens. Die weiteren Angaben der Antragstellerin zu den der

Berechnung des beantragten Erweiterungsfaktors zugrunde liegenden Daten bestimmen nicht den Verfahrensgegenstand als solchen, sondern dienen der Begründung des Antrags. Der Antrag bestimmt den Verfahrensgegenstand nämlich nur insofern, als er das mit dem Verwaltungsverfahren angestrebte Ziel erkennen lässt (Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage, § 22 Rn. 46). Dies bedeutet, dass die Sachermittlungspflicht der Behörde auf dieses Ziel beschränkt ist.

Die von der Bundesnetzagentur gegen die Berücksichtigung von erst nach Ablauf der Antragsfrist mitgeteilten Daten vorgebrachte „Sperrfunktion“, die im Sinne einer Beschränkung der Sachverhaltsermittlungspflicht der Behörde auf die im Antrag genannten Werte gemeint ist, greift daher für die dem beantragten Erweiterungsfaktor zugrunde zu legenden Daten nicht ein.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Begründung des Antrags im Zweifel, d.h. wenn durch Rechtsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, nicht Voraussetzung der Wirksamkeit, Zulässigkeit oder Begründetheit des Antrags und grundsätzlich auch nicht Voraussetzung dafür ist, dass die Behörde sich mit der Sache befasst, sofern jedenfalls das Ziel des Antrags erkennbar ist (Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, 7. Aufl., § 22 Rn. 40). Dies gilt auch für den Antrag auf Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nach §§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, S. 2 und 10 ARegV. Denn diese Vorschriften verlangen weder eine Begründung des Antrags, noch - wie beispielsweise § 23 a Abs. 3 S. 2 EnWG - die Vorlage bestimmter Unterlagen bereits bei Antragstellung. Vielmehr hat die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Sachverhaltsermittlungspflicht auf die zur Begründung des Antrags erforderlichen Angaben hinzuwirken und sich diese ggf. belegen zu lassen.

bb) Selbst wenn man im Streitfall von einer Antragsänderung ausginge, bliebe eine Datenkorrektur nach Ablauf der Antragsfrist aber zulässig.

Grundsätzlich sind Antragsänderungen bis zum Erlass des Verwaltungsakts im Verwaltungsverfahren ohne Weiteres möglich, weil der Beteiligte über den Gegenstand seines Begehrens selbst bestimmen kann (Ritgen in Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., § 22 Rn. 29; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 22 Rn. 59). Die Behörde kann dann nur noch über den geänderten Antrag entscheiden, es sei denn das Verfahren könnte auch von Amts wegen durchgeführt werden. Etwas anderes gilt nur, wenn durch Rechtsvorschriften ausnahmsweise anderes bestimmt ist oder sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt.

(1) Durch die Vorschriften zum Erweiterungsfaktor, insbesondere die in § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV enthaltene Antragsfrist, wird die von der Antragstellerin vorgenommene nachträgliche Datenkorrektur jedoch nicht ausgeschlossen.

Zwar wird eine Antragsänderung dann als unzulässig angesehen, wenn im Fachrecht eine Ausschlussfrist gesetzt ist (Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsprozessgesetz, 7. Auflage, § 22 Rn. 74). Ob eine Frist eine Ausschlussfrist ist, ist jedoch grundsätzlich Auslegungsfrage, die vor allem nach dem Zweck der Regelung zu beantworten ist. Der Zweck muss dabei ein solches Gewicht haben, dass er die Präklusionswirkungen rechtfertigen kann. Wegen der einschneidenden Wirkungen des Ausschlusses ist diesbezüglich eine hinreichend eindeutige Regelung zu verlangen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass eine Frist keinen Ausschlusscharakter hat (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, § 31 Rn. 11).

Danach handelt es sich bei der in § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV enthaltenen Frist nicht um eine Ausschlussfrist. Denn die Frist ist weder ausdrücklich als solche bezeichnet noch ergibt sich der Ausschlusscharakter durch Auslegung der Vorschriften zum Erweiterungsfaktor. Zwar liegt nach § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe nur dann vor, wenn sich einer oder mehrere der in der Vorschrift genannten Parameter im Antragszeitpunkt nachhaltig geändert haben. Durch den Verweis auf den Antragszeitpunkt wird aber nur der maßgebliche

Zeitpunkt für die Feststellung einer Veränderung festgelegt. Hieraus lässt sich nicht ableiten, dass nur die bis zu diesem Zeitpunkt bekannten und der Regulierungsbehörde mitgeteilten Daten im Rahmen der Entscheidung über den Erweiterungsfaktor Berücksichtigung finden können.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur auch nicht aus der von ihr hierzu zitierten Entscheidung des Senats (Beschluss vom 27.10.2010, VI-3 Kart 264/09 (V)). In dieser hat der Senat nur festgestellt, dass der „maßgebliche Stichtag für die Berücksichtigung der erfolgten und bereits hinreichend verfestigten Änderungen der Strukturparameter des § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV“ der Zeitpunkt der Stellung des Antrags gemäß §§ 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 10 ARegV ist. Wie sich aus der Entscheidung des Senats eindeutig ergibt, sollte damit nur die Berücksichtigung erst nach dem Stichtag eintretender Veränderungen, also die Berücksichtigung von Planwerten, ausgeschlossen werden. Darüber, ob die nachträgliche Korrektur von im Antrag zum Stichtag angegebener tatsächlicher Werte möglich sein soll, hat sich der Senat in der zitierten Entscheidung nicht geäußert.

Auch die von der Bundesnetzagentur zitierten Entscheidungen zu Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 23 a EnWG (vgl. insbesondere Senat, Beschluss vom 24.10.2007, VI-3 Kart 472/06 (V), dort Rn. 34 f. bei juris; Senat Beschluss vom 11.07.2007, VI-3 Kart 17/07 (V); OLG München, Beschluss vom 13.12.2007, Kart 1/06) geben keinen Anlass zu einer anderen Bewertung. Denn auch in diesen Entscheidungen ging es anders als im Streitfall nicht um die Berücksichtigung von Istwerten, sondern von Planwerten für die Folgejahre. Zudem sieht § 23 a Abs. 3 S. 2 f. EnWG anders als § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV sowohl eine Pflicht zur Vorlage der erforderlichen Unterlagen mit Antragstellung als auch eine Entscheidungsfrist für die Regulierungsbehörde vor.

(2) Schließlich ergibt sich aus der Natur der Sache kein Ausschluss der Antragsänderungsbefugnis. Insbesondere ist der Ausschluss der Datenkorrektur nach Ablauf der Antragsfrist nicht materiell-rechtlich geboten. Die verlässliche und für alle Netzbetreiber einheitliche Datengrundlage wird bereits dadurch hergestellt, dass nur die zum jeweiligen Stichtag tatsächlich vorhandenen Werte im Rahmen der Strukturparameter einbezogen werden. Hierdurch soll eine Berücksichtigung aller Istwerte zu einem für alle Netzbetreiber einheitlichen Zeitpunkt gewährleistet werden. Dies schließt es nicht aus, erst später bekannt gewordene Istwerte für den jeweiligen Stichtag im Laufe des Verwaltungsverfahrens noch mitzuteilen. Auch besteht keine Unklarheit über den Entscheidungszeitpunkt der Behörde. Die Behörde hat zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt bis zur Entscheidungsreife aufgeklärt ist. Warum neue Erkenntnisse bei noch laufendem Verwaltungsverfahren dagegen erst zum nächsten Antragszeitpunkt berücksichtigt werden sollten, ist nicht ersichtlich. Auch vermag der temporäre Charakter des Erweiterungsfaktors, der jährlich neu beantragt werden kann, den Ausschluss einer noch im laufenden Verwaltungsverfahren möglichen Korrektur nicht zu rechtfertigen.

(3) Soweit die Regulierungsbehörde im Rahmen des Antrags auf Anerkennung eines Erweiterungsfaktors die Angabe bestimmter Daten vorschreiben will und diesen Angaben materiellen Ausschlusscharakter zumessen will, steht es ihr offen, dies durch eine Festlegung über Form und Inhalt des Antrags nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV zu tun. Solange dies nicht geschehen ist, spricht aber alles gegen das Vorliegen einer Ausschlussfrist.

2. Jahreshöchstlast

Ohne Erfolg wendet sich die Antragstellerin gegen die von der Bundesnetzagentur ermittelte Differenz bei der Jahreshöchstlast.

a) Zu Recht ist die Bundesnetzagentur für das Basisjahr von einem Wert von m³/h ausgegangen. Dies entspricht den Angaben der Antragstellerin im Rahmen der Strukturdatenabfrage für den Effizienzvergleich unter Abzug der Jahreshöchstlast für das Gebiet A. (..... m³/h abzüglich m³/h). Ein Abzug für die Stichleitung B. ist dagegen nicht vorzunehmen. Denn wie bereits unter Ziff. II.1.a) dargelegt, sind Korrekturen der Istwerte für das Basisjahr im Rahmen des Verfahrens über die Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nicht zulässig.

b) Unter Berücksichtigung dieses Werts für das Basisjahr liegt auch unter Zugrundelegung des von der Antragstellerin genannten Werts von m³/h zum 30. Juni 2009 kein Anstieg der Jahreshöchstlast im Vergleich zum Basisjahr vor, sondern ein Rückgang.

Unerheblich ist insoweit, ob die Werte des Basisjahrs sich unter Einbeziehung der Stichleitung B. ergeben, die zum 30. Juni 2009 nicht mehr berücksichtigt ist. Ein Fortschreiben von etwaigen Fehlern bei der Datengrundlage des Basisjahrs findet aus den unter Ziff. II.1.b) dargelegten Gründen nicht statt.

Mangels einer Erhöhung der Jahreshöchstlast kann offen bleiben, ob der Wert der Antragstellung nach unten zu korrigieren ist, weil eine Erhöhung aufgrund von Temperaturschwankungen keine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe darstellt. Auch kommt es aus diesem Grund für die Entscheidung nicht auf die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit des Vorbringens der Antragstellerin zur Erhöhung der Jahreshöchstlast aufgrund der Erhöhung der Anzahl der Ausspeisepunkte an.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde nur teilweise Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, die Kosten gegeneinander aufzuheben.

II. Einer Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren bedarf es nicht. Diesen hat der Senat, den übereinstimmenden Angaben der Parteien folgend, bereits in der Senatssitzung vom 21. November 2012 aufEUR festgesetzt.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung ent-

halten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

v. R.

Dr. K.