



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2014

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 8. Mai 2013 (BK8-13/001) wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 10.000 EUR festgesetzt.

Gründe

A.

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz.

Im Jahr 2010 gab die Bundesnetzagentur bei der Consentec Consulting für Energiewirtschaft und Technik GmbH (nachfolgend Consentec) und der Frontier Economics Ltd. ein „Gutachten zur Konzeptionierung und Ausgestaltung des Qualitätselements (Q-Element) im Bereich Netzzuverlässigkeit Strom sowie dessen Integration in die Erlösobergrenze“ in Auftrag. Dieses wurde auf der Grundlage der gemäß § 52 Abs. 1 EnWG von den Elektrizitätsverteilernetzbetreibern (im regulären Verfahren) übermittelten Daten der Jahre 2006 bis 2008 erstellt und am 20. Oktober 2010 abgeschlossen.

Nachfolgend erließ die Bundesnetzagentur am 20. April 2011 einen Beschluss zur „Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV“ (BK 8-11/001), worin sie alle Elektrizitätsverteilernetzbetreiber, die sich nicht im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV befanden, verpflichtete, Kennzahlen über die Versorgungsunterbrechung der Jahre 2007 bis 2009 sowie zusätzliche Daten zur Bestimmung der Referenzwerte und der monetären Auswirkung auf die individuelle Erlösobergrenze (Bonus/Malus) bis spätestens zum 31. Mai 2011 elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Am 7. Juni 2011 erging die Festlegung der Bundesnetzagentur „über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitäts-Elements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach §§ 19 und 20 ARegV“ (BK 8-11/002 bis 008). Mit Beschluss vom 28. Februar 2012 (BK 8-11/0738-81) legte die Bundesnetzagentur die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der Betroffenen für die Jahre 2012 und 2013 unter erstmaliger Anwendung eines Qualitätselements neu fest. Die Bundesnetzagentur stützte sich zur Begründung der drei genannten Festlegungen jeweils unter anderem auf die Ergebnisse des Consentec-Gutachtens. Unter Bezug-

nahme auf dieses rechtfertigte die Bundesnetzagentur insbesondere die alleinige Berücksichtigung des Parameters der Lastdichte (Quotient aus zeitgleicher Jahreshöchstlast aller Entnahmen und der geographischen Fläche in der Mittelspannung bzw. der versorgten Fläche in der Niederspannung) als gebietsstrukturellen Unterschied im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 ARegV.

Am 10. April 2013 veröffentlichte die Bundesnetzagentur den Entwurf einer weiteren Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV und gab den Verbänden und betroffenen Netzbetreibern Gelegenheit zur Stellungnahme.

Am 8. Mai 2013 hat die Bundesnetzagentur den Beschluss zur Festlegung „über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV“ (BK8-13/001) erlassen. Darin werden alle Elektrizitätsverteilernetzbetreiber, die sich nicht im vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV befinden und kein geschlossenes Verteilernetz nach § 110 EnWG betreiben, verpflichtet, Kennzahlen über die Versorgungsunterbrechungen der Jahre 2010 bis 2012 sowie zusätzliche Daten zur Bestimmung der Referenzwerte und der monetären Auswirkung auf die individuelle Erlösobergrenze bis spätestens zum 14. Juni 2013 elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Bei der Beurteilung, welche Daten Gegenstand der Frage sein sollen, stützt sich die Bundesnetzagentur auf das von ihr eingeholte Consentec-Gutachten aus dem Jahr 2010. Die abgefragten Daten ergeben sich aus dem als Anlage 1 der Festlegung beigefügten Erhebungsbogen. Neben Kennzahlen zu Versorgungsunterbrechungen und Angaben zu Kostenanteilen der Erlösobergrenze werden insbesondere die folgenden Strukturdaten abgefragt:

- zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in der Niederspannungs- und Mittelspannungsebene für das Jahr 2012
- geographische Fläche in der Mittelspannungsebene für das Jahr 2012
- versorgte Fläche in der Niederspannungsebene für das Jahr 2012

Zur Einbeziehung von gebietsstrukturellen Unterschieden gemäß § 20 Abs. 2 ARegV bei der Ermittlung der Referenzwerte führt die Bundesnetzagentur aus, dass im Consentec-Gutachten allein der Strukturparameter der Lastdichte identifiziert worden sei. Daher sei die Erhebung neuer Strukturparameter zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede nicht angezeigt. Auch eine Mittelung des Strukturparameters der Lastdichte für die Jahre 2010 bis 2012 sei nicht geboten.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde vom 24. Juni 2013.

In der Folgezeit hat die Bundesnetzagentur den Beschluss vom 20. November 2013 „über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung, das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach §§ 19, 20 ARegV“ (BK 8-13/002), der auf den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2016 Anwendung findet, erlassen. Auch gegen diesen Beschluss hat die Betroffene Beschwerde eingelegt (beim Senat anhängiges Verfahren, Az: VI-3 Kart 4/14). Die Bundesnetzagentur hat bisher keinen Beschluss über die individuelle Festlegung des Qualitätselements für die Jahre 2014 bis 2016 gegenüber der Betroffenen erlassen.

Im Rahmen ihrer Beschwerde betreffend die Festlegung zur Datenerhebung vom 8. Mai 2013 vertritt die Betroffene die Ansicht, die Bundesnetzagentur habe den Umfang und Inhalt der zur Ermittlung des Qualitätselements gemäß §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 19, 20 Abs. 2 S. 2 ARegV zu erhebenden notwendigen Daten rechtsfehlerhaft bestimmt, indem sie die Datenabfrage zur Prüfung des § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV auf die Daten zur Lastdichte des Jahres 2012 beschränkt habe. Sie, die Betroffene, habe einen Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Erhebung von Daten, die zur Ausgestaltung der Qualitätsregulierung und Festlegung des Qualitätselements für die Jahre 2014 bis 2016 verwendet würden.

Diesen Anspruch mache sie mit der Beschwerde in zulässiger Weise geltend, insbesondere fehle es ihr nicht an einem hinreichenden Rechtsschutzbedürfnis. Von der

streitgegenständlichen Festlegung gehe eine präjudizielle Wirkung für die weiteren Verfahrensschritte der Qualitätsregulierung aus, deren Beseitigung sie allein durch die Beschwerde erreichen könne. Aus der Begründung der angegriffenen Festlegung müsse geschlossen werden, dass die auf deren Grundlage erhobenen Daten dem Zweck der methodischen Ausgestaltung und letztlich der Bestimmung des individuellen Qualitätselements dienen sollten. Sie könne durch eine Beschwerde gegen die in einem späteren Verfahren folgende Festlegung zur Ausgestaltung der Qualitätsregulierung nicht erreichen, dass die Bundesnetzagentur eine geeignete Datengrundlage erhebe, die mit den §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 19, 20 Abs. 2 S. 2 ARegV in Einklang stehe. Denn konsequenterweise enthalte die Festlegung zur Ausgestaltung der Qualitätsregulierung keine eigenen Regelungen über die Erhebung der maßgeblichen Daten, sondern treffe ihrerseits Regelungen zur Methodik, die eine Analyse der zuvor erhobenen Daten und damit deren Maßgeblichkeit voraussetzten.

Zur Festlegung des Qualitätselements für die Jahre 2014 bis 2016 sei eine neue Analyse der Strukturparameter erforderlich. Notwendig im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV seien solche Daten, derer die Regulierungsbehörde zur Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen an die Festlegung des Qualitätselements bedürfe. § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV gebe vor, dass bei der Bestimmung der Kennzahlen gebietsstrukturelle Unterschiede zu berücksichtigen seien. Da der Verordnungsgeber somit davon ausgehe, dass für die Kennzahlvorgaben gegebenenfalls nicht nur ein gebietsstruktureller Unterschied, sondern mehrere gebietsstrukturelle Unterschiede vorliegen könnten und in diesem Fall zwingend in die Berechnung der Kennzahlvorgaben einzubeziehen seien, müsse die Regulierungsbehörde zumindest mehr als einen Strukturparameter auf die Qualität als gebietsstruktureller Unterschied überprüfen. So habe die Bundesnetzagentur bei der erstmaligen Festlegung des Qualitätselements von den Consentec-Gutachtern eine Vielzahl anderer Parameter, insbesondere auch alle im Effizienz-Benchmarking verwendeten Parameter, mit Daten der Jahre 2006 bis 2008 auf ihre Eigenschaft als gebietsstrukturelle Unterschiede untersuchen lassen. Indem die Bundesnetzagentur mit der angegriffenen Festlegung jedoch allein die Daten zur Bestimmung des Strukturparameters der Lastdichte abfrage, greife sie der sich richtigerweise an die Abfrage der notwendigen Daten an-

schließenden Prüfung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV vor. Durch diese Selbstbeschränkung auf den Parameter der Lastdichte - bereits auf der Ebene der Datenabfrage und damit vor der erforderlichen Prüfung - unterlasse es die Bundesnetzagentur die gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ARegV i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV notwendigen Daten zu erheben. Die Bundesnetzagentur habe die Erhebung zusätzlicher Strukturparameter nicht unter dem Verweis auf die Ergebnisse des Consentec-Gutachtens aus dem Jahr 2010 und der dort überprüften unterschiedlichen Strukturdaten unterlassen dürfen. Vielmehr folge aus § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV, dass die Auswirkungen eines Strukturparameters auf die Verteilung der Kennzahlen und damit das Vorliegen eines gebietsstrukturellen Unterschieds nur auf einer personell, sachlich und zeitlich einheitlichen Datengrundlage beurteilt werden dürfe. Dies leite sich aus § 20 Abs. 2 S. 1 ARegV ab, wonach die Kennzahlvorgaben aus den Kennzahlenwerten zu bestimmen seien. Die unterschiedliche Datenbasis könne auch zu erheblichen Verwerfungen und zu deutlichen Unterschieden in der statistischen Bewertung führen. Bereits aus dem Umstand, dass sich in der 2. Regulierungsperiode die am regulären Verfahren teilnehmenden Netzbetreiber von denjenigen der 1. Regulierungsperiode unterschieden, folge, dass auch die Datengrundlagen, die zur erstmaligen und zur aktuellen Bestimmung des Qualitätselements verwendet worden seien, nicht nur zeitliche Unterschiede von Strukturdaten gleicher Netze aufwiesen, sondern vielmehr Strukturdaten von zum Teil völlig anderen Netzen beträfen.

Zu Unrecht vertrete die Bundesnetzagentur die Ansicht, dass das Consentec-Gutachten eine von der jeweiligen Datengrundlage abstrakte und zeitlich unbegrenzte Aussage darüber enthalte, dass der Strukturparameter der Lastdichte der einzige potentiell geeignete Strukturparameter zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede sei. Diese Aussage könne dem Consentec-Gutachten nicht entnommen werden. Vielmehr beruhten die von den Gutachtern gefundenen Ergebnisse nicht nur auf analytischen Betrachtungen von Modellnetzen, sondern auch auf der Analyse dieser Modelle anhand der für die Jahre 2006 bis 2008 erhobenen Daten und auf statistischen Untersuchungen, deren Ergebnisse ebenfalls abhängig von der verwendeten Datengrundlage seien.

Wie der Begründung des Ordnungsgebers zu § 20 Abs. 3 ARegV entnommen werden könne, gehe dieser davon aus, dass die bei der Durchführung des Effizienzvergleichs und die bei der Ermittlung des Qualitätselements verwendeten analytischen Methoden den gleichen Grundsätzen folgten. Ein als solcher identifizierter gebietsstruktureller Unterschied stelle zwingend eine Teilmenge der Versorgungsaufgabe dar. Daher leuchte es nicht ein, dass die jeweils vorzunehmenden Strukturparameteranalysen völlig unterschiedlichen Grundsätzen folgen sollten.

Des Weiteren stelle sich der von der Bundesnetzagentur vorgegebene Umfang der Datenabfrage auch insoweit als rechtswidrig dar, als dabei für die Bestimmung des Parameters der Lastdichte ausschließlich Werte des Jahres 2012 und nicht Werte der Jahre 2010 bis 2012, also den Zeitraum, für welchen auch die SAIDI/ASIDI-Werte ermittelt würden, abgefragt würden. Es werde die aus § 20 Abs. 2 S. 1 ARegV folgende Vorgabe, wonach die Kennzahlvorgaben gerade aus den Kennzahlenwerten zu bestimmen seien, verletzt. Da die Kennzahlen und die hieraus nach § 20 Abs. 1 ARegV zu ermittelnden Kennzahlvorgaben auf einheitlicher Datenbasis zu bestimmen seien, müssten auch die Daten von gebietsstrukturellen Unterschieden in gleicher Art und Weise wie die SAIDI- und ASIDI-Werte in die Kennzahlvorgaben einfließen. Die Bundesnetzagentur begründe ihre Vorgehensweise damit, dass zwischen den einzelnen Jahren kaum Veränderungen beim Parameter der Lastdichte auftreten dürften. Auf welcher Grundlage die Bundesnetzagentur diese Einschätzung getroffen habe, sei den Gründen der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht zu entnehmen. Bei der Lastdichte handele es sich um einen exogenen Faktor, dessen Werte in den einzelnen Jahren erhebliche Schwankungen aufweisen könnten.

Soweit man mit der Bundesnetzagentur davon ausgehe, dass die Betroffene durch Einreichung der angeforderten Daten die angeordnete Verpflichtung zur Datenlieferung vollumfänglich erfüllt habe und hierdurch eine erledigende Wirkung ausgelöst habe, sei die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde analog § 83 Abs. 2 S. 2 EnWG zulässig. Sie, die Betroffene, habe ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung, welches sowohl aus dem Gesichtspunkt der Präjudizität der angegriffenen Festlegung wie auch aus der zu besorgenden Wiederholungsgefahr folge.

Sie beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 8. Mai 2013 (BK 8-13/001) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Vorgaben zur Datenerhebung für die Bestimmung des Qualitätselements für die Jahre 2014 bis 2016 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzulegen,

hilfsweise,

festzustellen, dass der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 8. Mai 2013 (Az. BK 8-13/001) rechtswidrig war.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Beschwerde sei bereits unzulässig, weil es der Betroffenen am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehle. Wie die Betroffene selbst ausführe, habe sie die angeforderten Daten vollumfänglich geliefert, die ihr mit der angegriffenen Festlegung auferlegten Handlungspflichten somit erfüllt. Es sei nicht zu erkennen, wie eine Aufhebung der Festlegung zur Datenerhebung und Verpflichtung zur Neubescheidung, im Rahmen derer der Umfang der Datenlieferung erweitert würde, die Rechtsstellung der Betroffenen verbessere. Eine Verpflichtung zur Vorlage weiterer Daten würde die Betroffene und die anderen Netzbetreiber eher belasten.

Die Beschwerde sei auch unbegründet. Entgegen der Darstellung der Betroffenen verstoße ihre Vorgehensweise nicht gegen § 20 Abs. 2 S. 2 ARegV. Sie habe - wie in der Vorschrift vorgegeben - bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben gebietsstrukturelle Unterschiede berücksichtigt. Dabei habe sie mit Blick auf den Auftrag zur Durchführung einer Qualitätsregulierung gemäß § 20 Abs. 3 ARegV auf analytische Methoden zurückgegriffen. Diese analytische Vorgehensweise verhindere, dass individuelle Besonderheiten, historische Entwicklungen oder zurückliegende Fehlentscheidungen eines Netzbetreibers abgebildet würden. Stattdessen würden durch diese abstrakte Vorgehensweise maßgebliche exogene Einflussfaktoren identifiziert. Die von den Consentec-Gutachtern in der 1. Regulierungsperiode vorgenommene

ingenieurwissenschaftliche Modellnetzanalyse habe gezeigt, dass der Parameter Lastdichte am besten geeignet sei, um gebietsstrukturelle Besonderheiten abzubilden.

Auch sei die in der Festlegung vorgesehene Beschränkung der Datenabfrage auf Daten des Jahres 2012 nicht zu beanstanden. Richtig sei zwar, dass die Abfrage der Kennzahlen SAIDI und ASIDI drei Berichtsjahre umfasse, während die Abfrage zu den Eingangsgrößen für den Parameter der Lastdichte nur Daten des Jahres 2012 betreffe. Entgegen der Auffassung der Betroffenen sei diese Vorgehensweise aber nicht inkonsistent und widerspreche auch nicht den Vorgaben der §§ 27, 19, 20 Abs. 2 S. 1 ARegV. Die Zuverlässigkeit eines Netzes werde im Zeitablauf erheblich auch durch externe, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbare Umstände bestimmt, die in ihrem Auftreten und Ausmaß nicht bzw. nur schwer prognostizierbar seien und von Jahr zu Jahr auch Extremschwankungen unterlägen. Um die Auswirkungen dieser Faktoren, wie z.B. externer Umwelteinflüsse, auf die Zuverlässigkeitskennzahlen des Netzbetreibers zu begrenzen oder besser zu dämpfen, habe der Berater Consentec im Gutachten vorgeschlagen, die Zuverlässigkeitskennzahlen SAIDI und ASIDI über einen Zeitraum von 3 Jahren zu ermitteln. Durch diese in der empirischen Wissenschaft übliche Dämpfung der Volatilität der SAIDI- und ASIDI-Werte solle vor allem verhindert werden, dass Einflüsse eines bestimmten Jahres, die überwiegend zufallsgetrieben seien, das Qualitätselement unangemessen stark beeinflussten. Im Gegensatz dazu unterlägen die Strukturparameter nicht solchen deutlichen Schwankungen, da sie insbesondere nicht in einem so hohen Ausmaß vom Zufall beeinflusst würden, sondern in der Regel auch Resultat der Netzplanung bzw. der Entscheidungen des Netzbetreibers seien. Eine Dämpfung der Volatilität zur Risikobegrenzung durch eine Mittelung der Strukturparameter über mehrere Berichtsjahre zur Berechnung der Lastdichte sei daher nicht angezeigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Regulierungsbehörde und das Protokoll der Senatssitzung vom 1. Oktober 2014 Bezug genommen.

B.

I. Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Betroffenen ist mit dem Hauptantrag als Verpflichtungsbeschwerde gem. § 75 Abs. 3 EnWG zulässig.

Die Betroffene rügt, die Bundesnetzagentur habe den Umfang und den Inhalt der zur Ermittlung des Qualitätselements gemäß §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 19, 20 Abs. 2 S. 2 ARegV zu erhebenden notwendigen Daten rechtsfehlerhaft bestimmt, indem sie die Datenabfrage auf die Daten zur Lastdichte des Jahres 2012 beschränkt habe. Ihr Begehren zielt also auf eine Erweiterung der Datenabfrage ab.

Dieses Begehren kann die Betroffene zulässigerweise mit der Verpflichtungsbeschwerde verfolgen, insbesondere ist die Betroffene beschwerdebefugt.

Im Rahmen der Beschwerdebefugnis ist entgegen dem Wortlaut des § 75 Abs. 3 EnWG kein „Antrag“ der Betroffenen notwendig, der abgelehnt oder nicht beschieden wurde. Vielmehr ist für den Geltungsbereich des EnWG – wie im Kartellrecht – kein Antragsverfahren vorauszusetzen, sondern nur eine Befassung der Regulierungsbehörde mit dem Antragsgegenstand (vgl. Stockmann in Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Auflage, § 75 EnWG Rn. 10).

Der Beschwerdeführer muss nach § 75 Abs. 3 S. 1 EnWG einen Rechtsanspruch auf die Entscheidung geltend machen. Dies verlangt inhaltlich nichts anderes als die Regelung zur Klagebefugnis in § 42 Abs. 2 VwGO (Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Auflage, § 75 Rn. 10). Im Ergebnis muss ein substantiierter Vortrag des Beschwerdeführers das Bestehen eines Rechts auf die begehrte Entscheidung als möglich erscheinen lassen (vgl. Stockmann, a.a.O., § 75 EnWG Rn. 10). Das bedeutet, dass einerseits die bloße Behauptung eines Rechts auf die Entscheidung nicht ausreicht, andererseits aber dessen Nachweis nicht schon für das Geltendmachen erforderlich ist. Hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung gilt, dass die Anwendung von Rechtssätzen möglich erscheinen muss, die

(abstrakt) auch dem Schutz der Interessen von Personen zu dienen bestimmt sind, die sich in der Lage des Beschwerdeführers befinden (Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage, § 42 Rn. 66) Die Beschwerdebefugnis fehlt, wenn dieses Recht offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise bestehen kann.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Betroffene beschwerdebefugt. Nach § 27 Abs. 1 S.1, S. 2 Nr. 4 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen und insbesondere zur Bestimmung des Qualitätselements erforderlichen Tatsachen und erhebt hierzu bei den Netzbetreibern die notwendigen Daten. § 27 ARegV ist als Befugnisnorm ausgestaltet und Ermächtigungsgrundlage für die Regulierungsbehörden, die für ihre Tätigkeit notwendigen Informationen durch die Erhebung von Daten bei den Netzbetreibern zu ermitteln (Karalus/Schreiber in Holznagel/Schütz, ARegV, § 27 Rn. 8). Die Beschränkung der Befugnisse zur Datenerhebung auf die notwendigen Informationen macht deutlich, dass die Vorschrift auch dem Schutz von Interessen der Netzbetreiber dient. So besteht für den Fall, dass die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen, insbesondere die erhobenen Daten nicht zur Aufgabenerfüllung durch die Regulierungsbehörde notwendig sind, ein Abwehranspruch der betroffenen Netzbetreiber. Ob die Vorschrift auch den von der Betroffenen geltend gemachten Anspruch auf Erweiterung der Datengrundlage gewährt, ist im Rahmen der Beschwerdebefugnis unerheblich. Ausreichend ist, dass sie rein abstrakt gesehen, dem Schutz der Netzbetreiber dient.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur fehlt es auch nicht an einem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen.

Zwar bestreitet die Betroffene ihre grundsätzliche Verpflichtung zur Datenlieferung im Rahmen der Bestimmung des Qualitätselements nicht und hat nach ihren eigenen Angaben die angeforderten Daten bereits vollumfänglich geliefert. Eine Erledigung der Streitigkeit ist hierdurch jedoch nicht eingetreten, weil die Betroffene der Ansicht ist, § 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 4 ARegV räume ihr einen weitergehenden Anspruch auf Erweiterung der zu erhebenden Daten ein. Bezüglich der Geltendmachung eines

solchen Anspruchs besteht ein Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen. Denn die Bundesnetzagentur verweigert eine Erweiterung der Datenerhebung. Eine solche wäre jedoch notwendig, um die von der Betroffenen geforderte Untersuchung weiterer Parameter hinsichtlich ihrer Geeignetheit zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede durchzuführen zu können. Wie die Betroffene zu Recht meint, kann aus der Begründung der angegriffenen Festlegung geschlossen werden, dass es sich um eine vollständige und abschließende Datenerhebung handeln soll und allein die auf deren Grundlage erhobenen Daten zum Zweck der methodischen Ausgestaltung und letztlich der Bestimmung des individuellen Qualitätselement herangezogen werden sollen.

II. Die Beschwerde der Betroffenen ist jedoch unbegründet.

Die Betroffene hat bereits keinen Anspruch auf die begehrte Erweiterung der Datenerhebung. Insbesondere ergibt sich ein Anspruch nicht aus §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 19, 20 Abs. 2 S. 2 ARegV.

Zwar erscheint es nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 4 ARegV nicht völlig ausgeschlossen, dass diese einen Anspruch des Netzbetreibers auf Erhebung sämtlicher objektiv notwendiger Informationen begründen soll. Die Formulierung des Satzes 1 „Die Regulierungsbehörde ermittelt die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen ... notwendigen Tatsachen.“ ist auch für diese Auslegung offen.

Bei teleologischer Auslegung der Vorschrift unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte ergibt sich jedoch, dass § 27 ARegV einen Abwehranspruch der Netzbetreiber gegenüber unnötig umfangreicher Datenerhebung durch die Regulierungsbehörde begründen soll.

So hat der Verordnungsgeber mit § 27 ARegV die Vorschläge der Bundesnetzagentur zu einer umfassenden Ermächtigungsgrundlage für die Datenerhebung weitestgehend im Verordnungstext umgesetzt. Um die Erlösobergrenze nach dem verord-

nungsrechtlichen Auftrag in §§ 2, 4 Abs. 1 ARegV festzulegen, sind die Reguli-
rungsbehörden auf eine Vielzahl von Informationen über die Netzbetreiber – insbe-
sondere über die Kosten sowie die Versorgungs- und Strukturparameter - angewie-
sen (Karalus/Schreiber in Holznagel/Schütz, ARegV, § 27 Rn. 8). Da eine belastbare
Datenbasis eine der Grundvoraussetzungen für eine funktionsfähige Anreizregulie-
rung ist, hatte die Bundesnetzagentur empfohlen, ihr die aus dem EnWG bekannten
Ermittlungsbefugnisse zur Seite zu stellen. Zudem empfahl sie, klarzustellen, dass
Daten von Netzbetreibern erhoben werden können und die nicht fristgerechte Daten-
übermittlung zu sanktionieren (Bundesnetzagentur, Bericht zur Anreizregulierung,
Rn. 388, vgl. auch Karalus/Schreiber in Holznagel/Schütz, ARegV, § 27 Rn. 13). Es
sollte also eine Eingriffsermächtigung, beschränkt auf die für die Zwecke der Anreiz-
regulierung notwendigen Daten, geschaffen werden. Eine derartige Ermächtigungs-
grundlage ist notwendig, da Auskunftsverlangen in Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen kön-
nen: Die unternehmensinterne Erhebung und Aufbereitung der Daten bindet die Ar-
beitskraft der Mitarbeiter und verursacht je nach Umfang der abgefragten Daten ei-
nen nicht unerheblichen Aufwand. Damit wirken sich Auskunftsverlangen der Regu-
lierungsbehörden direkt auf die Berufstätigkeit in den Unternehmen aus (Ka-
ralus/Schreiber in Holznagel/Schütz, ARegV, § 27 Rn. 13 m.w.N.). Im Rahmen von §
27 Abs. 1 S. 2 ARegV korrespondiert die Befugnis der Reguli-
rungsbehörden zur Ermittlung von Daten mit der entsprechenden Verpflichtung der Netzbetreiber zur
Auskunftserteilung (Paulus in Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Auflage, § 27
ARegV Rn. 3).

Bereits aus der Zielsetzung der Norm ergibt sich somit, dass sie einen subjektiven
Abwehranspruch eines über das erforderliche Maß hinaus in Anspruch genommenen
Netzbetreibers begründen kann. Dass hiermit aber auch ein Teilhabeanspruch des
Netzbetreibers bei der Auswahl der zu erhebenden Daten begründet werden soll, ist
nicht ersichtlich.

Ein solcher Anspruch ist zur Wahrung der rechtlichen Interessen der Netzbetreiber
auch nicht erforderlich. Wie die Bundesnetzagentur zutreffend ausführt, ist nicht er-
sichtlich, dass sich aus dem Umstand, dass die Datenerhebung möglicherweise nicht

in dem Umfang erfolgte, den die Erzielung angemessener Ergebnisse bei der Ermittlung des konkreten auf die einzelnen Netzbetreiber anzuwendenden Qualitätselements erfordern würde, eine Rechtsverletzung auf Seiten der Netzbetreiber ergeben könnte. Denn die Festlegung zur Datenerhebung hat unmittelbare Wirkung nur insofern, als die Netzbetreiber zur Auskunft über bestimmte Betriebsdaten verpflichtet werden. Dagegen ergibt sich aus der Festlegung zur Datenerhebung noch keine Verpflichtung der Netzbetreiber, die erhobenen Daten als allein maßgebliche Daten bei der Ermittlung der gebietsstrukturellen Unterschiede im Rahmen des Qualitätselements anzuerkennen. Konkrete auf die Netzbetreiber anzuwendende Vorgaben bei der Ermittlung des Qualitätselements ergeben sich erstmals aus der Festlegung „über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung, das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach §§ 19, 20 ARegV“ (BK8-13/002). Eine Überprüfung der dort festgelegten Methodik können die Netzbetreiber durch Einlegung eines Rechtsmittels gegen diese Festlegung erreichen. Sollte im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Methodik festgestellt werden, dass die Einbeziehung weiterer Strukturparameter zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede seitens der Bundesnetzagentur nicht ausreichend überprüft wurde, wäre die Bundesnetzagentur möglicherweise gehalten, weitere Daten zu erheben. Des Weiteren können sich die Netzbetreiber gegen die Festlegung eines fehlerhaften individuellen Qualitätselements durch die Beschwerde gegen den das individuelle Qualitätselement festsetzenden gesonderten Bescheid wenden.

Die Ansicht, dass § 27 ARegV dem einzelnen Netzbetreiber keinen Anspruch auf Erweiterung der Datenerhebung gewährt, steht auch mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Auskunftsverlangen im Bereich des EnWG in Einklang (vgl. BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06 Rn. 42 f. Auskunftsverlangen I zu §§ 69 Abs. 1 S. 1, 112a EnWG, die auf die Auskunftsverpflichtung nach § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV insoweit übertragbar sein dürfte). Danach ist es grundsätzlich Sache der Bundesnetzagentur zu beurteilen, ob eine Auskunft erforderlich ist (so auch bereits Senat, Beschluss vom 28. Juni 2006, VI-3 Kart 152/06). Allerdings unterliegt diese Beurteilung im Hinblick auf die Bestimmung des § 83 Abs. 5 EnWG

auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der uneingeschränkten richterlichen Kontrolle (BGH, a.a.O., Rn. 42). Dabei ist davon auszugehen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit dann erfüllt ist, wenn die abgefragten Daten – aus der maßgeblichen Ex-ante-Sicht – zur Aufgabenerfüllung beitragen können und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet. Eine Datenabfrage ist dagegen dann unzulässig, wenn bereits zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens feststeht, dass die Daten unter keinem Gesichtspunkt für den der Datenabfrage zugrunde liegenden Zweck Bedeutung haben könnten (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 43 m.w.N., wobei § 69 Abs. 1 S. 1 EnWG die Erforderlichkeit der Auskunft verlangt).

Die Definition der Erforderlichkeit des Auskunftsverlangens durch den Bundesgerichtshof, die auf den in § 27 ARegV verwendeten Begriff der „notwendigen Daten“ übertragbar sein dürfte, spricht dafür, dass die Vorschriften zur Auskunftserteilung in erster Linie eine unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG hinreichend bestimmte Eingriffsermächtigung zugunsten der Regulierungsbehörden schaffen. Lediglich für den Fall, dass mehr als die erforderlichen/notwendigen Daten durch die Regulierungsbehörde erhoben werden, soll ein Abwehranspruch der betroffenen Netzbetreiber bestehen.

Danach hat die Überprüfung der konkreten Verfahrensweise bei der Ermittlung des Qualitätselements im Rahmen der Beschwerdeverfahren gegen die hierzu ergehenden Festlegungen zu erfolgen. Eine Vorverlagerung der Überprüfung auf die Ebene der Datenerhebung ist unzulässig.

III. Die Betroffene hat ihren Hilfsantrag nur für den Fall gestellt, dass der Senat den Hauptantrag für unzulässig hält. Dies ist jedoch nicht der Fall, so dass über den Hilfsantrag nicht zu entscheiden ist.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO.

D.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil das Auskunftsverlangen keine Entscheidung in der Hauptsache im Sinne des §§ 86 Abs. 1 EnWG darstellt und daher eine Rechtsbeschwerde nicht statthaft ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Beschluss in der Hauptsache vor, wenn er sich nicht in der Entscheidung über Neben- oder Zwischenfragen erschöpft, sondern das Verfahren, bliebe er unangefochten, ganz oder teilweise zum Abschluss brächte (BGH, Beschlüsse vom 06.11.2012, EnVZ 21/12 Rn. 7 Auskunftsverlangen II; vom 11.11.2008, EnVR 1/08 Rn. 8 citiworks und vom 03.03.2009, EnVZ 52/08, Rn. 4). Insbesondere Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes, über Beiladungsanträge und Auskunftersuchen sollen nicht zur Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren gestellt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 06.11.2012, EnVZ 21/12 Rn. 7 Auskunftsverlangen II). Zwar hat der Bundesgerichtshof in Bezug auf das besondere Auskunftsverlangen nach § 112a Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 69 EnWG eine Entscheidung in der Hauptsache bejaht, weil dieses den einzigen Gegenstand des Verwaltungsverfahrens bildete und mit dem Ersuchen kein weiterer Eingriff durch die Bundesnetzagentur vorbereitet werden sollte, sondern die erbetenen Informationen der Vorbereitung des der Bundesregierung vorzulegenden Berichts zur Einführung der Anreizregulierung dienen sollten (BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06 Rn. 13 Auskunftsverlangen I).

Dies gilt jedoch im Streitfall nicht. Für die Annahme einer bloßen - nicht mit der Rechtsbeschwerde anfechtbaren - Zwischenentscheidung spricht entscheidend, dass die mit der angefochtenen Festlegung angeforderten Daten der Bestimmung des Qualitätselements für die zweite Regulierungsperiode dienen sollen. Die Auskunfts-

anordnung gewinnt ihren Sinn erst in der Blickrichtung auf diese Regulierungsentscheidung und von dieser Entscheidung her. Die Klärung der mit der Beschwerde gegen die Rechtmäßigkeit der Festlegung aufgeworfenen Fragen bringt das von der Regulierungsbehörde geführte Verfahren über die eigentliche regulierungsrechtliche Entscheidung über den für den einzelnen Netzbetreiber zu bestimmenden Bonus oder Malus weder ganz noch teilweise zum Abschluss (vgl. auch BGH, Beschluss vom 06.11.2012, EnVZ 21/12 Rn. 7 Auskunftsverlangen II).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

L.

F.

Dr. K.