



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 54/17

Verkündet am:
12. Juni 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Juli 2017 teilweise aufgehoben.

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28. Mai 2014 wird insoweit aufgehoben, als die Erlösbergrenzen auf der Grundlage eines Effizienzwerts von 94,42 % festgelegt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des jeweils anderen Beteiligten tragen die Bundesnetzagentur 85 % und die Betroffene 15 %. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen trägt die Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 6.175.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Mit Beschluss vom
28. Mai 2014 hat die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen für die zweite
Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt festgelegt. Hier-
bei hat sie einen Effizienzwert von 94,42 % angesetzt.

2 Im Beschwerdeverfahren hat die Bundesnetzagentur angekündigt, nach
Herausrechnen des Störterms einen um 0,52 Prozentpunkte höheren Effizienz-
wert anzusetzen. Die weitergehende Beschwerde, mit der die Betroffene sich
zuletzt nur noch gegen die Ermittlung des Effizienzwerts gewendet hat, ist er-
folglos geblieben.

3 Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde ver-
folgt die Betroffene ihr Begehren aus der Beschwerdeinstanz weiter. Die Bun-
desnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

4 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

5 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie
folgt begründet:

6 Die Durchführung des Effizienzvergleichs für die zweite Regulierungspe-
riode Gas sei nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur habe die erforder-
lichen Daten ermittelt und auf Plausibilität überprüft. Die von ihr beauftragten
Stellen hätten die gesammelten Werte zusammengeführt und auf dieser Grund-
lage den Effizienzvergleich durchgeführt. Hierbei seien Veränderungen im Ver-
gleich zur ersten Regulierungsperiode berücksichtigt worden, insbesondere ei-
ne höhere Anzahl von erfassten Netzen und eine starke Steigerung der Hetero-
genität der Daten.

- 7 Die Ermittlung der Effizienzwerte werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass die nach früherem Recht als regionale Fernleitungsnetzbetreiber eingestuftten Unternehmen in den Vergleich einbezogen worden seien. Diese Unternehmen seien nach der neuen Fassung von § 3 Nr. 5, 7 und 37 EnWG als Verteilernetzbetreiber zu qualifizieren. Diese Abgrenzung stehe in Einklang mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben. Als Verteilernetzbetreiber seien die genannten Unternehmen gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV in den Effizienzvergleich einzubeziehen. Der höheren Heterogenität sei durch eine Ausreißeranalyse Rechnung getragen worden. Im Ergebnis habe sich die Streuung der Effizienzwerte nur geringfügig geändert.
- 8 Die Auswahl der Vergleichsparameter für den Effizienzvergleich sei nicht zu beanstanden. Insbesondere sei es ermessensfehlerfrei, dass die Parameter "Ausgespeiste Jahreshöchstlast" und "Ausspeisepunkte > 16 bar" einbezogen worden seien. Eine Ermittlung von Teileffizienzen für einzelne Druckstufen sei nicht geboten gewesen. Den Parameter "versorgte Fläche" habe die Bundesnetzagentur für die ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber rechtsfehlerfrei geschätzt, weil diese Unternehmen im Zeitpunkt der Datenerhebung noch nicht als Verteilernetzbetreiber einzustufen gewesen seien und die für diesen Parameter einschlägigen Informationen deshalb nicht hätten ermittelt werden können. Die stattdessen angestellte Schätzung auf der Grundlage der Flächen aller Gemeinden, durch die Leitungen dieser Unternehmen verliefen, entspreche der Vorgehensweise bei den anderen Netzbetreibern.
- 9 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

10 1. Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht allerdings zu dem Ergebnis gelangt, dass die früher als Betreiber regionaler Fernleitungsnetze eingestuftten Unternehmen in den Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber für die zweite Regulierungsperiode einzubeziehen sind.

11 a) Zu Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der Bundesnetzagentur bei der Auswahl der in den Effizienzvergleich einzubeziehenden Unternehmen kein Ermessen zusteht.

12 Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV führt die Bundesnetzagentur vor Beginn der Regulierungsperiode jeweils einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Gasverteilernetzen durch. Damit ist, wie im Ausgangspunkt auch die Rechtsbeschwerde geltend macht, der Kreis der einzubeziehenden Unternehmen verbindlich vorgegeben.

13 b) Für den danach maßgeblichen Begriff "Betreiber von Gasverteilernetzen" gilt, wovon die Rechtsbeschwerde im Ausgangspunkt ebenfalls ausgeht, die Definition in § 3 Nr. 7 EnWG.

14 Die Begriffsbestimmungen in § 3 EnWG dienen der Festlegung von Begriffen, die für das Energiewirtschaftsgesetz und die dazu gehörenden Verordnungen von erheblicher Bedeutung sind (vgl. BT-Drucks. 17/6072 S. 50). In Einklang mit dieser Zwecksetzung sieht § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV von einer eigenständigen Umschreibung des Kreises der in den Effizienzvergleich einzubeziehenden Unternehmen ab und knüpft stattdessen an einen in § 3 EnWG definierten Begriff an. Der Kreis der einzubeziehenden Unternehmen ergibt sich mithin aus § 3 Nr. 7 EnWG in der jeweils relevanten Gesetzesfassung.

15 c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind nach der für den Streitfall maßgeblichen, seit 5. August 2011 geltenden Fassung des Ener-

giewirtschaftsgesetzes die Unternehmen, gegen deren Einbeziehung sich die Betroffene wendet, als Betreiber von Gasverteilernetzen im Sinne von § 3 Nr. 7 EnWG anzusehen.

16 aa) Die im Gesetz vorgesehene Unterscheidung zwischen den Betreibern von Fernleitungsnetzen und den Betreibern von Verteilernetzen ist abschließend.

17 Mit der am 5. August 2011 in Kraft getretenen Änderung von § 3 Nr. 5 EnWG hat der Gesetzgeber den Begriff des Betreibers von Fernleitungsnetzen enger definiert als in der zuvor geltenden Fassung. Die neue Definition dient der trennscharfen Abgrenzung zwischen den beiden genannten Gruppen von Netzbetreibern. Sie beruht auf der Prämisse, dass das Gesetz nur zwischen diesen beiden Gruppen unterscheidet. Diese Unterscheidung soll auch unter der neuen Rechtslage Bestand haben (BT-Drucks. 17/6072 S. 50). Deshalb hat der Gesetzgeber die Definition des Begriffs "Verteilung" in § 3 Nr. 37 EnWG ergänzt und ausdrücklich vorgesehen, dass der Verteilung von Gas auch solche Netze dienen, die über Grenzkopplungspunkte verfügen, über die ausschließlich ein anderes, nachgelagertes Netz aufgespeist wird.

18 Mit der Änderung der maßgeblichen Definitionen wird mithin nur die Grenze zwischen den beiden Gruppen neu definiert, nicht aber eine neue Gruppe von Netzbetreibern geschaffen. Dies hat zur Folge, dass Netzbetreiber, die von der neuen Definition in § 3 Nr. 5 EnWG nicht mehr erfasst werden, nach der neuen Rechtslage als Betreiber von Verteilernetzen im Sinne von § 3 Nr. 7 EnWG anzusehen sind.

19 Der Umstand, dass diese Einteilung durch unionsrechtliche Vorgaben nicht geboten war, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Wie im Einzelnen noch näher darzulegen sein wird, gibt das Unionsrecht die Qualifikation bestimmter Netzbetreiber als Betreiber von Gasfernleitungsnetzen allerdings

nur unter bestimmten Regelungsaspekten vor, insbesondere im Hinblick auf die für diese Gruppe geltenden Entflechtungsvorschriften. Dies hindert den nationalen Gesetzgeber aber nicht daran, die Unterscheidung zwischen den Betreibern von Gasfernleitungsnetzen und den Betreibern von Gasverteilernetzen auch in anderem Zusammenhang heranzuziehen. Dieses Regelungsmodell liegt den Definitionen in § 3 Nr. 5 und 7 EnWG zugrunde, und der Gesetzgeber hat im Zuge der am 5. August 2011 in Kraft getretenen Änderungen bewusst daran festgehalten.

20 bb) Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht mit zulässigen Rügen angefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts werden die fünf in Rede stehenden Netzbetreiber, die nach altem Recht als Betreiber von Fernleitungsnetzen anzusehen waren, von der neuen Definition in § 3 Nr. 5 EnWG nicht mehr erfasst, weil die betroffenen Netze an Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkten keine Buchungspunkte oder -zonen aufweisen, für die Transportkunden Kapazitäten buchen können. Schon dies spricht dafür, die genannten Unternehmen als Betreiber von Verteilernetzen anzusehen.

21 cc) Darüber hinaus erfüllen die in Rede stehenden Netze auch alle in § 3 Nr. 7 und 37 EnWG vorgesehenen Voraussetzungen.

22 (1) Die in Rede stehenden Netzbetreiber nehmen die Aufgabe der Verteilung von Gas wahr.

23 § 3 Nr. 37 EnWG definiert "Verteilung" als den Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen. Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt, weil es sich um regionale Netze handelt.

24 (2) Die in Rede stehenden Netzbetreiber sind nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts verantwortlich für den Betrieb und

die Wartung des von ihnen betriebenen Netzes. Diese Verantwortung tragen sie "in einem bestimmten Gebiet" im Sinne von § 3 Nr. 7 EnWG. Als bestimmtes Gebiet in diesem Sinne ist nicht nur ein Konzessionsgebiet anzusehen.

25 Konzessionsgebiete sind nach § 3 Nr. 29c EnWG für die Abgrenzung der örtlichen Verteilernetze von den vorgelagerten Netzebenen von Bedeutung. Für die Betreiber solcher Netze stellt das Konzessionsgebiet in der Regel das bestimmte Gebiet im Sinne von § 3 Nr. 7 EnWG dar.

26 Für regionale Verteilernetze stellt § 3 Nr. 7 EnWG hingegen keinen vergleichbaren Zusammenhang her. Dem Umstand, dass nicht nur örtliche, sondern auch regionale Netze unter gewissen Umständen als Verteilernetze zu qualifizieren sind, ist vielmehr zu entnehmen, dass es insoweit gerade nicht auf ein Konzessionsgebiet ankommt, sondern auf das Gebiet, dessen Versorgung das jeweilige Netz dient.

27 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht es der Einordnung als bestimmtes Gebiet nicht entgegen, wenn sich das Leitungsnetz über weite Teile eines Bundeslandes oder sogar über das Gebiet mehrerer Bundesländer hinweg erstreckt. Maßgeblich ist nicht die räumliche Ausdehnung als solche, sondern der räumliche Bereich, dessen Versorgung das jeweilige Netz dient. Dieser besteht im Streitfall jedenfalls aus allen Gebieten, deren lokale Verteilernetze durch die in Rede stehenden Netze miteinander verbunden und versorgt werden.

28 (3) Ob die in Rede stehenden Netzbetreiber auch für den Ausbau der Netze verantwortlich sind, kann dahingestellt bleiben. Diese Verantwortlichkeit ist nach § 3 Nr. 7 EnWG keine zwingende Voraussetzung für die Qualifikation als Betreiber eines Gasverteilernetzes. Sie muss nur insoweit bestehen, als der Ausbau zur Erfüllung der übernommenen Versorgungsaufgabe erforderlich ist. Wenn die übernommene Versorgungsaufgabe nicht durch ein bestimmtes Kon-

zessionsgebiet definiert wird und einen Ausbau des vorhandenen Netzes auch nicht aus sonstigen Gründen erfordert, steht dies der Einordnung als Betreiber eines Gasverteilernetzes folglich nicht entgegen.

29 d) Ob die sich aus § 3 Nr. 5 und 7 EnWG ergebende Einteilung mit den Definitionen in Art. 2 Nr. 3 und 4 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. EU L 211 S. 94) und in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 (ABl. EU L 211 S. 36) übereinstimmt, bedarf keiner Entscheidung. Selbst wenn die Frage zu verneinen wäre, stünden die für den Streitfall relevanten Regelungen des nationalen Rechts nicht in Widerspruch zur Richtlinie oder zur Verordnung.

30 aa) Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie und Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung enthalten eine eigenständige Definition des Begriffs "Fernleitung". Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie definiert daran anknüpfend zusätzlich den Begriff "Fernleitungsnetzbetreiber". Diese Definitionen sind für das nationale Recht eines Mitgliedstaats insoweit verbindlich, als die Richtlinie oder die Verordnung daran zwingende Rechtsfolgen knüpfen.

31 Um solche Rechtsfolgen geht es im Streitfall nicht.

32 Nach der Richtlinie muss das Recht der Mitgliedstaaten für Fernleitungsnetzbetreiber besondere Pflichten vorsehen, insbesondere im Hinblick auf die Entflechtung von den Betreibern anderer Netze und im Hinblick auf einen diskriminierungsfreien Netzzugang. Die Verordnung statuiert darüber hinaus eine Reihe weiterer Verpflichtungen für die Betreiber von Fernleitungsnetzen. Im Streitfall geht es nicht um die Statuierung oder Einhaltung solcher Pflichten,

sondern um die Frage, ob bestimmte Netzbetreiber in einen Effizienzvergleich einzubeziehen sind. Insoweit knüpfen weder die Richtlinie noch die Verordnung an die Unterscheidung zwischen den Betreibern von Fernleitungsnetzen und den Betreibern von Verteilernetzen an.

33 bb) Aus dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung kann sich darüber hinaus das Verbot ergeben, einzelne Betreiber von Fernleitungsnetzen unterschiedlich zu behandeln.

34 Auch darum geht es im Streitfall nicht.

35 Der Belgische Verfassungsgerichtshof hat es als unzulässig angesehen, beim Erlass von Tarifregelungen Benutzer, die Gas zu einem Bestimmungsort im Inland transportieren, anders zu behandeln als Transitbenutzer (Belgischer Verfassungsgerichtshof, Urteil Nr. 84/2010 vom 8. Juli 2010, unter B.18.3). Dieselbe Auffassung hat Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen in einem dieselbe Regelung betreffenden Vorlageverfahren vertreten (Schlussanträge vom 28. September 2010 im Verfahren C-241/09, Rn. 79 ff.).

36 Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung schließt eine unterschiedliche Behandlung von Betreibern von Fernleitungsnetzen jedoch nicht generell aus. Eine unterschiedliche Behandlung ist vielmehr jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn sie im Zusammenhang mit einem rechtlich zulässigen Ziel steht, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, und wenn diese unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht (Schlussanträge aaO Rn. 85).

37 Die für den Streitfall relevante Unterscheidung zwischen Netzen, die an Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkten Buchungspunkte oder -zonen aufweisen, für die Transportkunden Kapazitäten buchen können, und Netzen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, beruht auf der Erwägung, dass einem Netz

nur im zuerst genannten Fall eine europäische Dimension zukommt (BT-Drucks. 17/6072 S. 50). Ob dieser Gesichtspunkt eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die von den Vorgaben der Richtlinie betroffenen Regelungsbereiche, insbesondere die Vorschriften über die Entflechtung, rechtfertigt, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung. Er stellt jedenfalls ein zulässiges Unterscheidungskriterium für die Regelung der Frage dar, ob ein Netzbetreiber in einen Effizienzvergleich mit den Betreibern von Verteilernetzen einzubeziehen ist.

38 Verteilernetze dienen nach den insoweit übereinstimmenden Definitionen in § 3 Nr. 37 EnWG und Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie dem Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungen, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn der nationale Gesetzgeber die Betreiber von Netzen, denen keine Bedeutung für die Versorgung über die Grenzen von Mitgliedstaaten hinweg zukommt, auch dann in einen Effizienzvergleich mit den Betreibern anderer Verteilernetze einbezieht, wenn das Netz nicht der örtlichen Verteilung, sondern im Wesentlichen regionalen Zwecken dient.

39 e) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht die in § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV vorgeschriebene Einteilung in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben.

40 aa) Wie auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht, umfasst die in § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG erteilte Ermächtigung zur Regelung von Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang gemäß §§ 20 bis 23 EnWG die Befugnis, den in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG als Grundlage für Effizienzvorgaben vorgeschriebenen Effizienzvergleich näher auszugestalten.

41 bb) § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG steht einer Einbeziehung von Unternehmen, die nach früherem Recht als Betreiber von Fernleitungsnetzen anzusehen waren, nicht entgegen.

42 (1) Gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG müssen bei der Bestimmung von Effizienzvorgaben unter anderem auch objektive strukturelle Unterschiede berücksichtigt werden.

43 Diese Anforderung gilt grundsätzlich auch für die Durchführung des Effizienzvergleichs, auf dessen Grundlage die Vorgaben erfolgen. Die Anreizregulierungsverordnung trägt ihr unter anderem dadurch Rechnung, dass sie in § 12 und § 22 ARegV jeweils gesonderte Regelungen über den Effizienzvergleich für Betreiber von Verteilernetzen und für Betreiber von Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzen enthält.

44 (2) Eine weitergehende Differenzierung dahingehend, dass für die Betreiber bestimmter Arten von Verteilernetzen ebenfalls ein gesonderter Effizienzvergleich durchzuführen ist, wird durch die gesetzlichen Vorgaben zwar nicht ausgeschlossen. Sie ist in der im Streitfall zu beurteilenden Konstellation aber nicht geboten.

45 Das Gebot der Berücksichtigung objektiver struktureller Unterschiede wäre allerdings verletzt, wenn Netze miteinander verglichen würden, die sich aufgrund von grundlegend unterschiedlichen Eigenschaften oder Rahmenbedingungen schlechterdings nicht miteinander vergleichen lassen. Dieses Verbot greift indes nicht schon dann, wenn einzelne der in den Vergleich einbezogenen Netze aufgrund ihrer Versorgungsaufgabe oder anderer objektiver Umstände Besonderheiten aufweisen, die bei den übrigen Netzen nicht oder nicht in gleicher Ausprägung vorhanden sind. Ein gesonderter Effizienzvergleich für bestimmte Arten von Netzen ist vielmehr nur dann zwingend geboten, wenn sol-

chen Besonderheiten durch geeignete Ausgestaltung eines gemeinsamen Effizienzvergleichs nicht angemessen Rechnung getragen werden kann.

46 (3) Anhaltspunkte dafür, dass die zuletzt genannte Voraussetzung im Streitfall erfüllt ist, ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Betroffenen noch aus sonstigen Umständen.

47 Die Rechtsbeschwerde verweist auf Vortrag der Betroffenen, wonach die besondere Struktur der nach früherem Recht als Fernleitungsnetze eingestuft Netze, insbesondere das Fehlen eines Konzessionsgebiets, die hauptsächlich außerhalb geschlossener Ortschaften verlaufende Leitungsführung, der nahezu bei 100 % liegende Anteil von Leitungen, die mit Hochdruck (mehr als 16 bar) betrieben werden, die großen Entfernungen und Durchsatzmengen sowie die im Verhältnis dazu geringe Zahl von Anschlusspunkten und sonstigen Betriebs-einrichtungen dazu führten, dass sich für diese Netze insbesondere bei den Parametern "versorgte Fläche", "Jahreshöchstlast" und "Ausspisepunkte pro km Leitungslänge" Werte ergäben, die sich von den Werten der übrigen Netze um Größenordnungen unterschieden.

48 Diesem von der Bundesnetzagentur in tatsächlicher Hinsicht nicht in Zweifel gezogenen Vorbringen ist zu entnehmen, dass die in Rede stehenden Netze Besonderheiten aufweisen, die bei der Durchführung des Effizienzvergleichs in angemessener Weise berücksichtigt werden müssen. Daraus ergibt sich indes nicht, dass dieser Anforderung nur durch einen gesonderten Effizienzvergleich genügt werden könnte.

49 cc) Die Regelung in § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG, wonach Vorgaben für Gruppen von Netzbetreibern voraussetzen, dass die Netzbetreiber strukturell vergleichbar sind, führt, wie die Bundesnetzagentur zu Recht geltend macht, schon deshalb nicht zu einer abweichenden Beurteilung, weil die Effizienzwerte nach § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV für jeden Netzbetreiber individuell ermittelt

werden und es deshalb an einer Vorgabe für eine Gruppe von Netzbetreibern fehlt.

50 Dass die individuellen Werte aufgrund eines Modells ermittelt werden, in das die Daten aller betroffenen Netze einfließen, reicht für die Anwendbarkeit von § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG nicht aus. Der genannte Umstand führt zwar dazu, dass strukturelle Besonderheiten auch beim Effizienzvergleich zu berücksichtigen sind. Die dafür einschlägigen Anforderungen ergeben sich aber nicht aus § 21a Abs. 2 Satz 4 EnWG, sondern aus § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG.

51 2. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Bundesnetzagentur den Besonderheiten der in Rede stehenden Netze bei der Konzeption und Durchführung des Effizienzvergleichs nicht in jeder Hinsicht angemessene Rechnung getragen.

52 a) Wie auch die Rechtsbeschwerde im Ansatz nicht in Zweifel zieht, hat die Bundesnetzagentur den besonderen Verhältnissen der nach früherem Recht als Betreiber von Fernleitungsnetzen anzusehenden Unternehmen allerdings dadurch Rechnung getragen, dass sowohl bei der Modellbildung als auch bei der Ermittlung der individuellen Effizienzwerte Ausreißeranalysen durchgeführt wurden.

53 aa) Die Ausreißeranalyse im Rahmen der Modellbildung führte dazu, dass vier der fünf betroffenen Unternehmen als Ausreißer ermittelt wurden, so dass deren Daten nicht in die Modellbildung eingeflossen sind. Bei der Berechnung der Effizienzwerte auf der Basis des erstellten Modells wurden die fünf Unternehmen wieder einbezogen. Im Rahmen der Dateneinhüllungsanalyse (Data Envelopment Analysis, DEA) wurden aber alle fünf und im Rahmen der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (Stochastic Frontier Analysis, SFA) vier von ihnen als Ausreißer identifiziert, mit der Folge, dass die theoretischen Effi-

ziewerte dieser Unternehmen nicht als Maßstab für den Effizienzwert anderer Netzbetreiber herangezogen wurden.

54 bb) Diese Vorgehensweise lässt für sich gesehen keinen Rechtsfehler erkennen.

55 (1) Wie der Senat bereits an anderer Stelle entschieden und näher begründet hat, stehen der Regulierungsbehörde bei der Ausgestaltung des Effizienzvergleichs im Einzelnen erhebliche Spielräume zu, die hinsichtlich einiger Aspekte einem Beurteilungsspielraum, hinsichtlich anderer Aspekte einem Regulierungsermessen gleichkommen (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 21 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH).

56 Ein solcher Spielraum besteht auch hinsichtlich der Frage, durch welche methodische Vorgehensweise einzelnen strukturellen Besonderheiten Rechnung getragen wird. Die diesbezügliche Entscheidung der Bundesnetzagentur ist deshalb nur dann rechtsfehlerhaft, wenn objektiv gegebene Besonderheiten gänzlich unberücksichtigt geblieben sind, wenn ihre Bedeutung verkannt wurde oder wenn die Art und Weise, in der sie berücksichtigt wurden, nicht geeignet ist, um angemessene Ergebnisse zu erzielen.

57 (2) Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur hält einer Überprüfung anhand dieses Maßstabs stand.

58 Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts stellt die in verschiedenen Stufen durchgeführte Ausreißeranalyse grundsätzlich ein geeignetes Mittel dar, um zu verhindern, dass das Gesamtergebnis durch einzelne Extremwerte unangemessen beeinflusst wird.

59 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt dieses Mittel damit auch zur Identifikation und Aussonderung von Extremwerten in Betracht,

die sich aus objektiven Besonderheiten einzelner Netze ergeben. Das Instrument der Ausreißeranalyse mag in erster Linie dem Zweck dienen, die Berechnung um zufällige Besonderheiten zu bereinigen, die bei der Datenerhebung nicht erkennbar waren. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass es nicht geeignet ist, auch solchen Besonderheiten Rechnung zu tragen, die von vornherein bekannt waren.

60 Wie bereits dargelegt wurde, hat die Ausreißeranalyse im Streitfall dazu geführt, dass die fünf in Rede stehenden Unternehmen fast durchweg als Ausreißer identifiziert wurden, so dass deren theoretische Effizienzwerte nicht als Maßstab herangezogen wurden. Auswirkungen auf das Ergebnis können allenfalls dadurch eingetreten sein, dass bei einem gesonderten Effizienzvergleich weitere Unternehmen als Ausreißer identifiziert worden wären und der Vergleichsmaßstab deshalb abgesenkt worden wäre.

61 Dass solche Effekte im Streitfall eingetreten sind, kann zwar nicht ausgeschlossen werden. Weder aus der Dokumentation des Effizienzvergleichs (Bericht zum Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Juli 2013) noch aus sonstigen Umständen ergeben sich aber Anhaltspunkte dafür, dass das Ergebnis dadurch in unangemessener Weise beeinflusst wurde. So wurden neben vier Unternehmen, die nach früherem Recht als Betreiber regionaler Fernleitungsnetze anzusehen waren, sechs weitere Netzbetreiber als Ausreißer identifiziert (Bericht S. 73). Dies spricht gegen die Annahme, die Einbeziehung der vier Unternehmen habe die Identifikation weiterer Ausreißer in wesentlichem Umfang verhindert.

62 Zwar ist nicht auszuschließen, dass bei einer Beschränkung auf Unternehmen, die schon nach früherem Recht als Betreiber von Verteilernetzen anzusehen waren, eines oder mehrere der vier Unternehmen, deren rechnerischer Effizienzwert über 100 %, aber nicht über der als kritisch angesehenen Grenze von 112 % lag (Bericht S. 73), ebenfalls als Ausreißer identifiziert worden wäre.

Der Umstand, dass sich für einzelne Netzbetreiber bei einer abweichenden Berechnungsweise möglicherweise ein günstigerer Wert ergeben hätte, führt aber noch nicht dazu, dass die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode als rechtsfehlerhaft einzustufen ist.

63 Deshalb war die Bundesnetzagentur entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht gehalten, eine zweite Ausreißeranalyse durchzuführen, bei der die Daten der im Rahmen der ersten Analyse identifizierten Ausreißer nicht mehr herangezogen werden. Die Bundesnetzagentur ist in Abwägung der relevanten Umstände zu dem Ergebnis gelangt, dass eine einmalige Ausreißeranalyse ausreichend ist, um auftretenden Besonderheiten angemessene Rechnung zu tragen. Die Rechtmäßigkeit dieser Beurteilung wird nicht schon dadurch in Frage gestellt, dass eine doppelte Ausreißeranalyse für einzelne Netzbetreiber zu einem höheren Effizienzwert geführt hätte. Vor diesem Hintergrund bestand für das Beschwerdegericht kein Anlass, der von der Betroffenen beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dieser Frage näherzutreten.

64 b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Bundesnetzagentur mit der von ihr vorgenommenen Schätzung der Werte für den Parameter "versorgte Fläche" den Besonderheiten der fünf in Rede stehenden Netzbetreiber vor dem aufgezeigten Hintergrund nicht in angemessener Weise Rechnung getragen.

65 aa) Nach § 30 Satz 2 ARegV kann die Regulierungsbehörde allerdings eine Schätzung vornehmen, soweit ihr keine oder offenkundig unzutreffende Daten vorliegen.

66 Diese Voraussetzung war im Streitfall erfüllt, weil der Bundesnetzagentur keine Daten zu der versorgten Fläche vorlagen.

- 67 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Bundesnetzagentur nicht deshalb an einer Schätzung gehindert, weil die versorgte Fläche nach der einschlägigen Festlegung (Beschluss vom 1. März 2011 - BK9-10/603, Anlage V1, Nr. 10) grundsätzlich anhand des Konzessionsgebiets zu bestimmen war und die in Rede stehenden Netzbetreiber nicht über ein Konzessionsgebiet in diesem Sinne verfügen.
- 68 Die Festlegung vom 1. März 2011 weist insoweit eine planwidrige Regelungslücke auf, weil die in Rede stehenden Netze nach der damals geltenden Rechtslage nicht als Gasverteilernetze anzusehen waren und die übrigen Netzbetreiber über ein Konzessionsgebiet verfügen.
- 69 Diese Lücke ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht zwingend dadurch zu schließen, dass für die versorgte Fläche der Wert 0 angesetzt wird. Vielmehr ist entsprechend der Zielsetzung der Festlegung auf das Gebiet abzustellen, das durch das jeweilige Netz versorgt wird.
- 70 cc) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist der von der Bundesnetzagentur zur Ausfüllung der Lücke herangezogene Maßstab angesichts der großen Bedeutung, der dem Parameter im Rahmen des Effizienzvergleichs zukommt, nicht geeignet, den Besonderheiten der fünf in Rede stehenden Netzbetreiber in angemessener Weise Rechnung zu tragen.
- 71 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts hat die Bundesnetzagentur bei den fünf früher als Betreiber von Fernleitungsnetzen eingestuft Unternehmen die versorgte Fläche anhand der amtlichen Gemeindeschlüssel geschätzt. Hierbei hat sie die Schlüssel aller Gebiete herangezogen, durch die Leitungen der betreffenden Netzbetreiber verlaufen und in denen zu deren Netz gehörende Anlagen belegen sind.

- 72 Damit ist ein angemessener Vergleich mit Netzbetreibern, die innerhalb eines Konzessionsgebiets ein flächenhaftes Verteilernetz betreiben, nicht gewährleistet.
- 73 In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob ein Gebiet schon dann durch ein Netz versorgt wird, wenn darin eine Leitung verläuft oder eine zum Betrieb eingesetzte Anlage belegen ist, oder ob erforderlich ist, dass aus dem Netz Gas in das örtliche Verteilernetz eingespeist wird. Auch hinsichtlich von Gebieten, bei denen diese Voraussetzung vorliegt, ist es systemwidrig, in gleicher Weise auf die gesamte Fläche abzustellen wie bei örtlichen Verteilernetzen.
- 74 Bei örtlichen Verteilernetzen ist die versorgte Fläche als potentieller Kostenfaktor insbesondere deshalb relevant, weil sich das Netz typischerweise über erhebliche Teile dieser Fläche erstrecken muss, damit die Aufgabe der örtlichen Verteilung erfüllt werden kann. Für Netze, die vor allem dazu dienen, Gas über weitere Entfernungen zu örtlichen Verteilernetzen zu transportieren, besteht ein solcher Zusammenhang typischerweise nicht.
- 75 Damit ist die schematische Heranziehung der amtlichen Gemeindegrenzen für beide Arten von Netzen schon im Ansatz nicht geeignet, den typischerweise bestehenden Unterschieden angemessen Rechnung zu tragen. Sie hat zwar den Vorteil, dass auf eine vergleichbare Datenquelle zurückgegriffen werden kann. Dies reicht zur angemessenen Berücksichtigung der bestehenden Besonderheiten aber nicht aus, weil den auf diese Weise ermittelten Werten eine grundlegend unterschiedliche Bedeutung in Bezug auf die Versorgungsaufgabe zukommt.
- 76 Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob dies zwingend zur Konsequenz hat, dass ein einheitlicher Effizienzvergleich für beide Arten von Netzen unter Einbeziehung des - für die erste und zweite Regulierungsperiode in § 13 Abs. 4

Satz 1 Nr. 2 ARegV in der bis 16. September 2016 geltenden Fassung zwingend vorgeschriebenen - Vergleichsparameters "Fläche des versorgten Gebietes" nicht in Betracht kommt, oder ob der unterschiedlichen Bedeutung, die den amtlichen Gemeindeschlüsseln in Bezug auf die unterschiedlichen Versorgungsaufgaben zukommt, in anderer Weise Rechnung getragen werden kann, etwa durch Anwendung einer anderen Methode zur Berechnung der relevanten Fläche bei den früher als Fernleitungsnetzen eingestuften Netzen oder durch zusätzliche Korrekturen bei anderen Berechnungsschritten innerhalb des Effizienzvergleichs. Selbst wenn eine solche Korrektur nicht in Betracht käme, könnte dies nicht dazu führen, dass die von der Bundesnetzagentur gewählte Berechnungsweise trotz ihrer strukturellen Ungeeignetheit als rechtmäßig anzusehen ist.

77

c) Nach allem ist der Effizienzwert für die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu ermitteln. Die Art und Weise, in der dies geschieht, unterliegt den der Regulierungsbehörde innerhalb der aufgezeigten rechtlichen Grenzen eingeräumten Spielräumen.

78

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.07.2017 - VI-3 Kart 145/14 [V] -