



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**EnVR 25/12**

Verkündet am:  
7. Oktober 2014  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2014 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der am 24. Mai 2012 verkündete Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss der Landesregulierungsbehörde vom 29. Januar 2009 in Nummer 1 und Nummer 4a aufgehoben. Die Landesregulierungsbehörde wird verpflichtet, die Betroffene auch unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die weitergehenden Rechtsmittel werden zurückgewiesen.

Die Kosten und Auslagen des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 1,4 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

1           A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Mit Bescheid vom 29. Januar 2009 setzte die Landesregulierungsbehörde die Erlösbergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Dieser Festlegung liegt ein Effizienzwert von 82,4 % zugrunde. Eine von der Betroffenen begehrte Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 Abs. 1 ARegV lehnte die Landesregulierungsbehörde ab.

2           Mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse, geltend gemacht, die Berechnung des Effizienzwerts beruhe auf formellen Rechtsfehlern. Außerdem sei der Effizienzwert wegen eines hohen Anteils von Stahlrohren und wegen Besonderheiten bei der Bodenbeschaffenheit zu bereinigen. Ferner habe die Landesregulierungsbehörde die Kosten einer Lastflusszusage zu Unrecht nicht in vollem Umfang berücksichtigt. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde hinsichtlich dieser Punkte zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Landesregulierungsbehörde und die Bundesnetzagentur entgegneten.

3           B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist nur hinsichtlich eines Punktes begründet.

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

5           Lastflusszusagen seien nicht als Kosten aus der Inanspruchnahme vorgelegter Netze zu qualifizieren. Deshalb komme es auf die von der Betroffenen aufgeworfenen Fragen zur Höhe etwa anzuerkennender Kosten nicht an.

- 6           Gegen das Verfahren der Effizienzwertermittlung und die darauf beruhenden Festlegungen im angefochtenen Bescheid bestünden keine formellen Bedenken. Die Betroffene und ihre Interessenverbände hätten in dem von der Bundesnetzagentur durchgeführten Anhörungsverfahren ausreichend Gelegenheit zur Einbringung ihrer Belange gehabt. Der angegriffene Bescheid leide auch nicht an einem Begründungsmangel. Dabei könne dahin gestellt bleiben, ob der Bescheid den maßgeblichen Anforderungen von Anfang an gerecht geworden sei. Jedenfalls die ausführlichen Erläuterungen im Laufe des Beschwerdeverfahrens genügten diesen Anforderungen. Die Landesregulierungsbehörde und die Bundesnetzagentur seien nicht gehalten, der Betroffenen Einsicht in die dem Effizienzvergleich zugrunde liegenden Einzelangaben der betroffenen Unternehmen zu geben. Der Anordnung eines Zwischenverfahrens nach § 84 Abs. 2 EnWG bedürfe es insoweit nicht.
- 7           Der festgesetzte Effizienzwert sei auch materiell-rechtlich nicht zum Nachteil der Betroffenen fehlerhaft. Der Vorwurf falscher Parametrierung und Methodenwahl sei unzutreffend. Zur Beurteilung dieser Frage bedürfe es nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Beschwerdeführerin habe nicht hinreichend vorgetragen, um die Methodik des Effizienzvergleichs in Zweifel zu ziehen.
- 8           Der Umstand, dass das Netz der Betroffenen einen hohen Anteil an Stahlleitungen aufweise, begründe keine Besonderheit der Versorgungsaufgabe. Er beruhe auf rechtlichen Vorgaben und Marktgegebenheiten, die für alle Netzbetreiber gleich gewesen seien.
- 9           Für den Umstand, dass im Netzgebiet der Betroffenen ein hoher Anteil von Böden der Bodenklasse 7 (schwer lösbarer Fels) zuzuordnen sei, gelte im Ergebnis nichts anderes. Die Betroffene stelle nicht in Abrede, dass Unterschiede in der Bodenbeschaffenheit bei der Konzeption des Effizienzvergleichs erkannt und erwogen worden seien, und stelle der Auffassung der Landesregu-

lierungsbehörde lediglich ihre eigene Ansicht entgegen. Außerdem sei ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, welche Mehrkosten sich ergäben. Ihren Berechnungen fehle ein Bezug zu konkret angefallenen Kosten und zu den Verhältnissen in anderen Netzgebieten.

10           II. Dies hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand.

11           1. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht die geltend gemachten Kosten einer Lastflusszusage als generell nicht berücksichtigungsfähig angesehen.

12           a) Wie auch die Landesregulierungsbehörde nicht in Zweifel zieht, ist die Betroffene durch die angefochtene Entscheidung insoweit beschwert.

13           Die Landesregulierungsbehörde hat den geltend gemachten Betrag bei der Festlegung der Erlösobergrenzen zwar berücksichtigt. Dies beruht jedoch auf der Erwartung, dass die Betroffene anstelle einer Lastflusszusage eine erhöhte Kapazitätsbuchung vornimmt. Dem entsprechend hat die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen in Nr. 4a des angefochtenen Bescheids zur Auflage gemacht, bis 1. April 2009 schriftliche Nachweise der Kapazitätserhöhung vorzulegen. Damit hat sie ihrem Bescheid trotz der Identität der angesetzten Beträge nicht diejenige Kostenposition zugrunde gelegt, die die Betroffene geltend macht. Dies führt jedenfalls deshalb zu einer Beschwerde der Betroffenen, weil diese weiterhin Lastflusszusagen in Anspruch nimmt und die Landesregulierungsbehörde die dafür anfallenden Kosten für die Jahre 2009 bis 2011 bei der Führung des Regulierungskontos gemäß § 5 ARegV nicht bzw. nicht in vollem Umfang anerkennt.

14           b) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet hat das Beschwerdegericht entschieden, dass die Kosten einer Lastflusszusage nicht als Kosten aus erforderlicher Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen im

Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV anzusehen sind. Diese Auffassung steht in Einklang mit der - nach Erlass der angefochtenen Entscheidung - ergangenen Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 10 ff. - E.ON Hanse AG).

15           c) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt dies jedoch nicht dazu, dass diese Kosten bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 ARegV unberücksichtigt zu bleiben haben. Nach den für die Ermittlung der Kosten maßgeblichen Vorschriften in § 4 Abs. 1 und 6 GasNEV sowie § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GasNZV sind Kosten dieser Art vielmehr grundsätzlich berücksichtigungsfähig.

16           d) § 6 Abs. 2 ARegV steht der Berücksichtigung der in Rede stehenden Kosten im Streitfall nicht entgegen.

17           Bei der Kostenprüfung im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG, deren Ergebnis gemäß § 6 Abs. 2 ARegV als Ausgangsniveau für die erste Regulierungsperiode heranzuziehen ist, wurden die von der Betroffenen geltend gemachten Kosten für die Lastflusszusage zwar nicht anerkannt. Dieses Ergebnis ist aber zu korrigieren, weil es in Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats steht.

18           aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist das nach § 6 Abs. 2 ARegV heranzuziehende Ergebnis der Kostenprüfung zu korrigieren, soweit es mit höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht in Einklang steht (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 9 ff. - EnBW Regional AG). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben.

19           Die Landesregulierungsbehörde hat in ihrem Genehmigungsbescheid vom 15. April 2008 die Berücksichtigung der Kosten für die Lastflusszusage mit der Begründung abgelehnt, bei den geltend gemachten Kosten handle es sich um

eine Art vorgelagerte Netzkosten, die bei Gasnetzen im Antrag gemäß § 23a EnWG nicht zu berücksichtigen seien.

20           Dieser rechtliche Ansatz steht in Widerspruch zu der oben aufgezeigten Rechtsprechung des Senats, wonach die Kosten einer Lastflusszusage nicht zu den Kosten für die Inanspruchnahme vorgelagerter Netze gehören.

21           bb) Dass die Landesregulierungsbehörde die Nichtberücksichtigung in ihrem Genehmigungsbescheid ergänzend auf die Erwägung gestützt hat, die Höhe der geltend gemachten Plankosten sei keine gesicherte Erkenntnis, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

22           Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Korrektur des nach § 6 Abs. 2 ARegV heranzuziehenden Ergebnisses der Kostenprüfung allerdings ausgeschlossen, wenn die Genehmigungsbehörde von zutreffenden rechtlichen Grundsätzen ausgegangen ist und die in § 4 Abs. 1 GasNEV normierten Voraussetzungen allenfalls im Einzelfall unzutreffend beurteilt hat (BGH, Beschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 18 ff. - E.ON Hanse AG). Danach wäre eine Korrektur im Streitfall auch dann ausgeschlossen, wenn die Landesregulierungsbehörde zwar von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz ausgegangen wäre, die Nichtberücksichtigung der Kosten in dem Genehmigungsbescheid aber nicht darauf beruhte.

23           Dem hier zu beurteilenden Bescheid lässt sich jedoch nicht hinreichend deutlich entnehmen, dass es sich bei der oben zitierten Erwägung um eine die Entscheidung selbständig tragende Hilfserwägung handelt. Das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse ist zwar nach § 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV eine allgemeine Voraussetzung dafür, dass für die Ermittlung der Kosten nicht die Daten des abgelaufenen Geschäftsjahres, sondern die voraussichtlichen Kosten im Planjahr herangezogen werden dürfen. Der Genehmigungsbescheid lässt jedoch nicht erkennen, ob die Landesregulierungsbehörde diese Voraussetzung bei

den von der Betroffenen geltend gemachten Kosten im Streitfall als nicht gegeben angesehen hat oder ob sie lediglich eine ergänzende Begründung für ihre Auffassung geben wollte, die Kosten einer Lastflusszusage seien generell nicht berücksichtigungsfähig. Für letzteres spricht insbesondere der Umstand, dass in dem Genehmigungsbescheid im unmittelbaren Anschluss an die oben zitierte Erwägung ausgeführt wird, die Lastflusszusage sei eher als Absicherung zu betrachten. Insgesamt ist damit davon auszugehen, dass die Nichtberücksichtigung der geltend gemachten Kosten auf dem von der Rechtsprechung des Senats abweichenden rechtlichen Ausgangspunkt der Landesregulierungsbehörde beruht.

24 e) Die Landesregulierungsbehörde hat über die Berücksichtigungsfähigkeit der geltend gemachten Kosten deshalb erneut zu entscheiden. Sie hat hierbei von der Rechtsauffassung des Senats auszugehen, wonach die Kosten einer Lastflusszusage nicht schon ihrer Art nach von der Berücksichtigung ausgeschlossen sind. Auf dieser Grundlage wird sie zu prüfen haben, ob und in welcher Höhe die im konkreten Fall geltend gemachten Kosten gemäß § 4 GasNEV berücksichtigungsfähig sind. Weitere gerichtliche Tatsachenfeststellungen hierzu sind im derzeitigen Verfahrensstadium nicht erforderlich.

25 2. Im Ergebnis zutreffend hat das Beschwerdegericht die Durchführung des Effizienzvergleichs für die erste Regulierungsperiode gemäß §§ 12 ff. ARegV und die Ermittlung des Effizienzwerts für die Betroffene als rechtlich nicht zu beanstanden angesehen.

26 a) Wie der Senat - nach Erlass der angefochtenen Entscheidung - an anderer Stelle entschieden und näher dargelegt hat, steht der mit der Durchführung des Effizienzvergleichs betrauten Regulierungsbehörde - hier: der Bundesnetzagentur, deren Ergebnisse die Landesregulierungsbehörde gemäß § 12 Abs. 5 und Abs. 6 Satz 1 ARegV verwendet hat - bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem



Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 10 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH). Die Ausübung dieses Spielraums durch die Bundesnetzagentur lässt Rechtsfehler nicht erkennen (aaO Rn. 29 ff.).

27            b) Die Rechtsbeschwerde zeigt keine Gesichtspunkte auf, die zu einer abweichenden Beurteilung führen.

28            Die Rechtsbeschwerde rügt im Wesentlichen, die Ermittlung des Effizienzwerts sei entgegen § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG und § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG nicht auf eine zureichende Begründung gestützt. Darin liege ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und grundlegende Verfahrensgarantien.

29            Diese Rüge ist unbegründet.

30            Das in § 73 Abs. 1 EnWG normierte Erfordernis, wonach die Regulierungsbehörde ihre Entscheidungen zu begründen hat, dient dem Zweck, den Beteiligten und dem Gericht die Überprüfung der Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu ermöglichen. Hierzu ist es erforderlich und ausreichend, diejenigen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen anzuführen, aus denen sich die Rechtmäßigkeit der ergangenen Entscheidung ergibt (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 100 - Stadtwerke Konstanz GmbH).

31            Wie die Rechtsbeschwerde im Ansatz zutreffend geltend macht, kommt dem Begründungserfordernis zwar gerade dann besonders hohe Bedeutung zu, wenn die behördliche Entscheidung durch das Gesetz nicht in jeder Hinsicht punktgenau vorgegeben ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt sind aber weder die Durchführung des Effizienzvergleichs durch die Bundesnetzagentur noch

die Heranziehung des Ergebnisses durch die Landesregulierungsbehörde rechtlich zu beanstanden.

32 aa) Die Bundesnetzagentur war nicht gehalten, die dem Effizienzwert zugrunde liegenden Daten der beteiligten Netzbetreiber offenzulegen.

33 Wie der Senat bereits entschieden und näher begründet hat, besteht insoweit ein Spannungsverhältnis zwischen dem berechtigten Interesse des einzelnen Netzbetreibers an möglichst weitgehender Transparenz des Effizienzvergleichs und dem berechtigten Interesse aller an diesem Vergleich beteiligten Netzbetreiber, ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. In diesem Spannungsverhältnis hat die Bundesnetzagentur dem Interesse an der Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse den Vorrang vor einer Offenlegung der Daten eingeräumt. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 83 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH).

34 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Landesregulierungsbehörde nicht gehalten, die wesentlichen Bewertungskriterien und die diesbezüglichen Einzelbewertungen für die Beschwerdeführerin über die im angefochtenen Bescheid enthaltenen Ausführungen hinaus näher darzustellen.

35 Wegen der dem Effizienzvergleich zugrunde liegenden Bewertungskriterien hat die Landesregulierungsbehörde im angefochtenen Bescheid auf die Veröffentlichungen der Bundesnetzagentur Bezug genommen. Diesen Veröffentlichungen, insbesondere der im Auftrag der Bundesnetzagentur veröffentlichten Ergebnisdokumentation vom 27. November 2008 ist, wie der Senat ebenfalls schon näher dargelegt hat (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 30 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH), zu entnehmen, welches Modell dem Effizienzvergleich zugrunde liegt, welche Parameter herangezogen werden, welche Methoden angewendet wurden, um die-

ses Modell zu entwickeln, und aus welchen Gründen von einer abweichenden Ausgestaltung abgesehen wurde. Die Rechtsbeschwerde zeigt keine konkreten Gesichtspunkte auf, die einer ergänzenden Begründung bedurft hätten.

36           cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Landesregulierungsbehörde nicht gehalten, zu einzelnen beim Effizienzvergleich berücksichtigten Parametern eine "Einzelbewertung" mitzuteilen.

37           Nach § 12 Abs. 2 ARegV ist der Effizienzwert als Anteil der Gesamtkosten nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile in Prozent auszuweisen. Bei der Bestimmung dieses Werts sind nach § 13 ARegV Aufwands- und Vergleichsparameter heranzuziehen, die zum Teil in der Verordnung fest vorgegeben, zum Teil von der Regulierungsbehörde festzulegen sind. Eine "Einzelbewertung" der Netzbetreiber auf der Grundlage einzelner dieser Parameter ist nicht vorgesehen. Dass eine solche Bewertung in sinnvoller Weise vorgenommen werden könnte, ohne die Einzeldaten der am Vergleich beteiligten Netzbetreiber offenzulegen, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Sie macht zwar geltend, eine Einzelbewertung sei auch ohne Offenlegung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen möglich, legt aber nicht näher dar, in welcher Weise dies geschehen soll und welche Erkenntnisse sich für die Betroffene daraus ergeben könnten.

38           Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wird es der Betroffenen durch diese Regelung nicht in unzumutbarer Weise verwehrt, ihre Effizienz zu steigern. Sie kann dem Ergebnis des Vergleichs zwar nicht entnehmen, welche konkreten Maßnahmen sie ergreifen kann, um einen höheren Effizienzwert zu erreichen. Die Erteilung von diesbezüglichen Hinweisen ist indes, wie die Bundesnetzagentur in ihrer Stellungnahme zur Rechtsbeschwerde zutreffend darlegt, weder Gegenstand noch Ziel der Anreizregulierung. Diese ist gemäß § 21a EnWG darauf beschränkt, durch Vorgabe von Erlösobergrenzen Anreize für

eine effiziente Leistungserbringung zu setzen, überlässt es aber dem betroffenen Netzbetreiber, ob und in welcher Weise er diese Anreize umsetzt.

39 dd) Vor diesem Hintergrund war eine weitere Aufklärung des Sachverhalts durch das Beschwerdegericht nicht geboten.

40 Diesbezügliche Anordnungen des Beschwerdegerichts wären nur dann erforderlich gewesen, wenn die Betroffene konkrete Anhaltspunkte dafür aufgezeigt hätte, dass die Festlegung der Methoden für den Effizienzvergleich, die Durchführung des Vergleichs auf der Grundlage dieser Methoden oder die Ermittlung des für die Betroffene angesetzten Werts rechtsfehlerhaft erfolgt sind. Dass die Betroffene solche Anhaltspunkte vorgetragen hat, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

41 Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, das Beschwerdegericht hätte darauf hinweisen müssen, dass es die Begründung des angefochtenen Bescheids entgegen der in der mündlichen Verhandlung erkennbaren Tendenz als ausreichend ansehen wolle, ist ihre Rüge, wie die Landesregulierungsbehörde zu Recht ausführt, unzulässig, weil sie nicht aufzeigt, was die Betroffene bei Erteilung eines solchen Hinweises ergänzend vorgetragen hätte. Soweit den Ausführungen der Rechtsbeschwerde zu entnehmen ist, dass die Betroffene dann die in der Begründung der Rechtsbeschwerde angeführten rechtlichen Argumente vorgetragen hätte, ist ihre Rüge jedenfalls unbegründet, weil diese Argumente aus den oben aufgezeigten Gründen rechtlich unzutreffend sind. Unabhängig davon lässt sich dem Vorbringen der Rechtsbeschwerde nicht entnehmen, dass sich das Beschwerdegericht in der mündlichen Verhandlung bereits auf eine bestimmte Auffassung festgelegt hatte.

42 3. Im Ergebnis zu Recht hat das Beschwerdegericht eine Bereinigung des Effizienzwerts wegen Besonderheiten der Versorgungsaufgabe gemäß § 15 Abs. 1 ARegV abgelehnt.

- 43           a) Zutreffend hat das Beschwerdegericht den Umstand, dass das Netz der Betroffenen einen hohen Anteil an Stahlleitungen aufweist, nicht als Besonderheit der Versorgungsaufgabe angesehen.
- 44           Zur Versorgungsaufgabe im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV in der hier maßgeblichen, bis 21. August 2013 geltenden Fassung - die seit 22. August 2013 geltende neue Fassung findet erst ab der zweiten Regulierungsperiode Anwendung (BR-Drucks. 447/13 [Beschluss], S. 31) - gehören alle Anforderungen, die an den Netzbetreiber von außen herangetragen werden und denen er sich nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand entziehen kann. Dies sind, wie der Senat bereits wiederholt entschieden hat, nicht nur die in § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 ARegV ausdrücklich aufgeführten Parameter, also die Fläche des versorgten Gebiets, die Anzahl der Anschlusspunkte und die Jahreshöchstlast, sondern auch alle anderen Rahmenbedingungen, mit denen sich der Netzbetreiber beim Betrieb des Netzes konfrontiert sieht und auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hat (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 112 - Stadtwerke Konstanz GmbH; Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 59 - SWM Infrastruktur GmbH).
- 45           Die technische Beschaffenheit des Netzes ist nicht per se ein Umstand, der an den Netzbetreiber von außen herangetragen wird und auf den er keinen Einfluss hat. Die technische Ausgestaltung des Netzes gehört vielmehr grundsätzlich zu den Maßnahmen, mit denen der Netzbetreiber die ihm obliegende Versorgungsaufgabe erfüllt. Im Hinblick auf die lange Nutzungsdauer einzelner Netzkomponenten können sich zwar historisch bedingte Nachteile ergeben, die nicht innerhalb des für die Effizienzvorgaben der ersten Regulierungsperiode gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 ARegV maßgeblichen Zeitraums von zwei Regulierungsperioden überwunden werden können. Soweit dies darauf beruht, dass Maßnahmen zur Verbesserung der Netzstruktur in der Vergangenheit unterblieben sind, können solche Nachteile aber allenfalls dann als Besonderheit der

Versorgungsaufgabe qualifiziert werden, wenn das Unterbleiben von Verbesserungsmaßnahmen auf Umständen beruht, die von außen an den Netzbetreiber herangetragen wurden und auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hatte (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 113 - Stadtwerke Konstanz GmbH).

46

Nach dem im Streitfall zugrunde zu legenden Vorbringen der Betroffenen war die Verlegung von Stahlleitungen bis Ende der 1980er Jahre im Stand der Technik üblich; seither besteht aus technischer Sicht die Möglichkeit, günstigere Leitungen aus Polyethylen (PE) zu verlegen. Damit war der Anteil an Stahlleitungen schon im Zeitpunkt der Durchführung des Effizienzvergleichs ein Umstand, auf den der Netzbetreiber unmittelbaren Einfluss hat. Zwar hatte ein Netzbetreiber, der sein Netz kurz vor dem Ende der 80er Jahre in größerem Umfang ausgebaut oder erneuert hatte, im Hinblick auf die übliche Nutzungsdauer nicht die Möglichkeit, alle verlegten Stahlleitungen kurzfristig durch PE-Leitungen zu ersetzen. In den Jahrzehnten danach unterlag es jedoch seinem Einfluss, welches Material er bei anstehenden Erweiterungen oder Sanierungen einsetzte. Der Umstand, dass die Beibehaltung eines homogenen Netzes Vorteile bietet, insbesondere weil auf diese Weise der kathodische Korrosionsschutz ohne zusätzliche Maßnahmen beibehalten werden kann, mag aus technischer Sicht dafür sprechen, an der Verlegung von Stahlleitungen festzuhalten. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann diese Entscheidung aber jedenfalls seit Ende der 80er Jahre nicht als alternativlos angesehen werden. Vor diesem Hintergrund stellt der Umstand, dass der Anteil der Stahlleitungen im Netz der Betroffenen nach ihrem Vorbringen 91 % beträgt, während der bundesweite Durchschnittswert bei 53 % liegt, keine Besonderheit dar, die von außen an den Netzbetreiber herangetragen worden ist und nicht seinem Einfluss unterliegt.

47           b) Im Ergebnis zutreffend ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der für die Betroffene ermittelte Effizienzwert auch nicht wegen Besonderheiten der Bodenbeschaffenheit zu bereinigen ist.

48           aa) Die Beschaffenheit des Bodens im Versorgungsgebiet ist allerdings in der Regel ein Umstand, auf den der Netzbetreiber keinen Einfluss hat.

49           Sofern die Verhältnisse im Versorgungsgebiet stark inhomogen sind, mag im Einzelfall die Möglichkeit bestehen, die Kosten für die Verlegung einer Leitung durch eine der Bodenbeschaffenheit besser angepasste Trassenführung zu verringern. Die daraus resultierenden Einflussmöglichkeiten sind jedoch schon deshalb begrenzt, weil sich die Trassenführung ihrerseits an der Versorgungsaufgabe orientieren muss und jedenfalls nicht ausschließlich an der Bodenbeschaffenheit ausgerichtet werden kann.

50           bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt der Umstand, dass die Bodenbeschaffenheit bei der Entwicklung des Modells für den Effizienzvergleich als nicht signifikant eingestuft worden ist, nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

51           Die Bereinigung des Effizienzwerts gemäß § 15 Abs. 1 ARegV dient gerade dazu, Umständen Rechnung zu tragen, die in die Berechnung des Effizienzwerts nicht eingeflossen sind. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV setzt eine Bereinigung unter anderem voraus, dass die Besonderheiten im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Angesichts dessen darf eine Bereinigung des Effizienzwerts nicht deshalb abgelehnt werden, weil dem in Rede stehenden Umstand bei der dem Effizienzvergleich zugrundeliegenden generalisierenden Betrachtung keine signifikante Bedeutung zukommt.

52 cc) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht jedoch zu dem Ergebnis gelangt, dass die Betroffene nicht aufgezeigt hat, dass die in Rede stehende Besonderheit zu einer Erhöhung der relevanten Kosten um mindestens drei Prozent führt.

53 (1) Die Betroffene hat bei der Berechnung der Mehrkosten lediglich die Bodenklasse 7 berücksichtigt, die in ihrem Versorgungsgebiet einen Anteil von 18 % hat. Ausgehend hiervon hat sie unterstellt, dass 18 % der vorhandenen Leitungen in Böden dieser Klasse verlegt sind. Für den dafür erforderlichen Aushub hat sie den in ihrem Leistungsverzeichnis für das Jahr 2009 ausgewiesenen Mehrpreis für den Aushub von einem Kubikmeter Boden der Bodenklasse 7 herangezogen. Aus den auf diese Weise errechneten zusätzlichen Herstellungskosten hat sie Kosten für kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer errechnet, die nach ihrem Vorbringen 632.706,43 Euro betragen und 7,24 % der relevanten Gesamtkosten ausmachen.

54 (2) Diese Berechnungsweise ist entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörde nicht schon deshalb un schlüssig, weil die Betroffene andere Bodenklassen von der Betrachtung ausgenommen hat.

55 Nach dem Vorbringen der Betroffenen fallen die errechneten Mehrkosten allein für die Bodenklasse 7 an. Sofern ihr Netz einen außergewöhnlich hohen Anteil an Leitungen aufweist, die in Böden dieser Klasse verlegt sind, ist eine beschränkte Betrachtung dieser Mehrkosten deshalb rechnerisch nicht zu be anstanden. Ob die von der Betroffenen dargelegten Mehrkosten plausibel sind, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Hierzu hat das Beschwerdegericht keine Feststellungen getroffen.



- 56 (3) Wie die Landesregulierungsbehörde zu Recht geltend macht, genügt das Vorbringen der Betroffenen aber deshalb nicht den Anforderungen des § 15 Abs. 1 ARegV, weil es keine Ausführungen dazu enthält, welche Mehrkosten für Leitungen in Bodenklasse 7 bei einem durchschnittlichen Netzbetreiber anfallen würden.
- 57 Nach der Rechtsprechung des Senats können Mehrkosten nur insoweit berücksichtigt werden, als sie durch die in Rede stehende Besonderheit der Versorgungsaufgabe verursacht werden. Besteht die Besonderheit darin, dass eine mit hohen Kosten verbundene Leistung überdurchschnittlich häufig erbracht werden muss, genügt es deshalb nicht, die Mehrkosten allein anhand der Zahl der Leistungseinheiten und der für eine Leistungseinheit durchschnittlich anfallenden Kosten zu berechnen. Vielmehr ist darzulegen und erforderlichenfalls unter Beweis zu stellen, in welchem Umfang die Kosten für diese Leistung gerade dadurch angestiegen sind, dass ihr Anteil an den insgesamt erbrachten Leistungen größer ist, als dies dem Durchschnitt entspricht (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 76 f. - SWM Infrastruktur GmbH). Hierzu lässt sich den Darlegungen der Betroffenen nichts entnehmen.
- 58 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Vergleich mit den Kosten, die bei durchschnittlichen Anforderungen entstehen würden, nicht deshalb ausgeschlossen, weil als Maßstab für den Effizienzvergleich grundsätzlich die Unternehmen mit dem besten Effizienzwert herangezogen werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die der Argumentation der Rechtsbeschwerde zugrunde liegende Prämisse, ein hoher Effizienzwert lasse auf eine besonders einfache Versorgungsaufgabe schließen, zutreffend ist. Als Besonderheit im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV kann jedenfalls nicht jede Abweichung von den optimalen Gegebenheiten angesehen werden. Eine Besonderheit liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Versorgungsaufgabe von den typischen Verhältnissen abweicht. Letzteres ist grundsätzlich nur dann der Fall, wenn der

Netzbetreiber mit Aufgaben konfrontiert ist, die über durchschnittliche Anforderungen hinausgehen.

59           Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergeben sich daraus keine unzumutbaren Anforderungen an die Darlegungslast des Netzbetreibers. Der Vortrag, welche Kosten bei durchschnittlichen Anforderungen entstehen würden, erfordert keine bundesweite Datenerhebung über die Bodenverhältnisse aller Netzgebiete. Es genügt vielmehr, wenn der Netzbetreiber die Daten heranzieht, aus denen er die Schlussfolgerung gezogen hat, dass sein Netz überhaupt eine Besonderheit aufweist, und ausgehend davon eine Vergleichsrechnung für den hypothetischen Fall durchführt, dass diese Besonderheit nicht bestünde. Als geeignetes Vergleichsobjekt hierfür kommen im vorliegenden Zusammenhang zum Beispiel die Bodenverhältnisse in einzelnen anderen Netzgebieten in Betracht.

60           (4) Zu Recht beanstandet die Landesregulierungsbehörde ferner, dass die Betroffene die Kosten auf der Basis ihres Leistungsverzeichnisses für das Jahr 2009 errechnet hat.

61           Nach § 6 Abs. 2 GasNEV sind die kalkulatorischen Abschreibungen der Altanlagen auf der Grundlage der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln. Hinsichtlich des eigenfinanzierten Teils sind zwar Tagesneuwerte zugrunde zu legen. Diese sind nach § 6 Abs. 3 GasNEV jedoch ebenfalls auf der Grundlage der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln, und zwar durch Umrechnung bestimmter Preisindizes. Entsprechendes gilt gemäß § 7 für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung.

62           Angesichts dessen hätte die Betroffene die geltend gemachten Mehrkosten für vorhandene Leitungen auf der Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten darlegen müssen. Diesen Anforderungen wird ihr Vortrag nicht gerecht.

- 63 Der Umstand, dass die Betroffene die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nach ihrem Vorbringen nicht mehr in Erfahrung bringen kann, vermag sie von diesem Erfordernis nicht vollständig zu befreien. Selbst wenn es der Betroffenen im Hinblick auf übliche Aufbewahrungsfristen nicht zumutbar sein sollte, die historischen Daten exakt zu ermitteln, obläge es ihr jedenfalls, näher darzulegen, welche Möglichkeiten in Betracht kommen, um die maßgeblichen Kosten zumindest annäherungsweise zu ermitteln. Auch dieser Anforderung wird ihr Vortrag nicht gerecht.
- 64 (5) Ob der Vortrag der Betroffenen darüber hinaus auch deshalb unzureichend ist, weil sie ohne nähere Anhaltspunkte unterstellt, dass der Anteil der Leitungen, die in Böden der Bodenklasse 7 verlegt sind, identisch ist mit dem Anteil der zu dieser Bodenklasse gehörenden Flächen an der Gesamtfläche des Versorgungsgebiets, kann dahingestellt bleiben. Schon aufgrund der oben aufgezeigten Unzulänglichkeiten kann dem Vorbringen der Betroffenen nicht entnommen werden, dass die geltend gemachte Besonderheit zu Mehrkosten in der nach § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV erforderlichen Höhe führt.
- 65 dd) Soweit die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang geltend macht, das Beschwerdegericht hätte der Betroffenen einen diesbezüglichen Hinweis erteilen müssen, führt dies schon deshalb nicht zu einer abweichenden Beurteilung, weil die Rechtsbeschwerde nicht aufzeigt, was die Betroffene auf einen solchen Hinweis ergänzend vorgetragen hätte.
- 66 ee) Die Landesregulierungsbehörde und das Beschwerdegericht waren nicht gehalten, die Mehrkosten von Amts wegen zu ermitteln.
- 67 Nach der Rechtsprechung des Senats kommt eine Bereinigung des Effizienzwerts gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV nur dann in Betracht, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Die der Regulierungsbehörde grundsätzlich obliegende Pflicht zur Ermittlung

von Amts wegen, die sich gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 ARegV auch auf die erforderlichen Tatsachen zur Ermittlung der bereinigten Effizienzwerte bezieht, ist insoweit eingeschränkt. Die Regulierungsbehörde ist deshalb grundsätzlich nicht gehalten, den Sachverhalt nach Besonderheiten zu erforschen, die zur Bereinigung des Effizienzwerts führen können. Vielmehr obliegt es dem Netzbetreiber, solche Besonderheiten aufzuzeigen und erforderlichenfalls nachzuweisen (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 79 - SWM Infrastruktur GmbH).

68 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 24.05.2012 - 202 EnWG 30/09 -