



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 62/14

Verkündet am:
7. Juni 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Festlegung volatiler Kosten

ARegV § 11 Abs. 5

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 20. März 2013 (BK8-12/011) über die Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der zweiten Regulierungsperiode ist rechtmäßig.

BGH, Beschluss vom 7. Juni 2016 - EnVR 62/14 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum sowie die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. Oktober 2014 in der Fassung des Beschlusses vom 18. November 2014 wird zurückgewiesen.

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

Der Wert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 700.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in Baden-Württemberg. Sie wendet sich gegen die von der Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 20. März 2013 (BK8-12/011; abrufbar unter: www.bundesnetzagentur.de) getroffene Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der zweiten Regulierungsperiode, mit der für alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur Verlustenergiekosten als volatile Kosten eingestuft wurden. Die Festlegung regelt im Tenor unter anderem folgendes:

"1. Alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im hier genannten Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur im Sinne des § 3 Nr. 3 EnWG werden ab der zweiten Regulierungsperiode, beginnend am 01.01.2014, verpflichtet, die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV derart vorzunehmen, dass die Differenz der Verlustenergiekosten zwischen dem Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode (VK_0) und den ansatzfähigen Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethodik kalenderjährlich ergeben (VK_t), als volatile Kosten berücksichtigt wird.

2. Die ansatzfähigen Verlustenergiekosten des jeweiligen Kalenderjahres ergeben sich aus dem Produkt des Referenzpreises und der ansatzfähigen Menge. Die Berechnung des Referenzpreises erfolgt anteilig gewichtet aus dem Baseload-Preis zu 76% und dem Peakload-Preis zu 24%. Der Baseload-Preis ergibt sich dabei als tagesgenauer (ungewichteter) Durchschnittspreis, aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Baseload) für das Lieferjahr t. Der Peakload-Preis ergibt sich als tagesgenauer

(ungewichteter) Durchschnittspreis, aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Peakload) für das Lieferjahr t. Die ansatzfähige Menge entspricht dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV anerkannten Wert des Basisjahres 2011. Die ansatzfähige Menge wird für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode festgesetzt. Eine jährliche Anpassung der ansatzfähigen Menge findet nicht statt."

2 Der Festlegung ging eine Konsultation voraus, in deren Rahmen die beteiligten Wirtschaftskreise Gelegenheit zur Stellungnahme hatten und die unter anderem dazu führte, dass die Gewichtung zwischen Baseload- und Peakload-Preisen geändert wurde.

3 Mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene geltend gemacht, die Festlegung beruhe auf formellen und materiellen Rechtsfehlern. Sie begehrt, die Festlegung aufzuheben und die Bundesnetzagentur zum Erlass einer neuen Festlegung zu verpflichten, hilfsweise die Aufhebung der Festlegung. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (OLG Düsseldorf, RdE 2015, 90) im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die von der Betroffenen in formeller Hinsicht gegen die Festlegung vorgebrachten Rügen hätten keinen Erfolg. Die Bundesnetzagentur habe den Beschluss ausreichend begründet. Insbesondere habe sie hinreichend deutlich erläutert, wie sie

die Grundlagen der Referenzpreisbildung ermittelt und den Referenzpreis berechnet habe.

7 Entgegen der Auffassung der Betroffenen sei die Festlegung auch in der Sache rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur habe die Festlegung zutreffend auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a, § 11 Abs. 5 ARegV gestützt. Diese Ermächtigung erlaube nicht nur Regelungen, die das Verfahren betreffen würden, sondern auch die Bestimmung der Voraussetzungen, ob und unter welchen Bedingungen bestimmte Kosten als volatil anzusehen seien. Bei der Festlegung der Vorgaben für die Ermittlung der ansatzfähigen Verlustenergiekosten stehe der Bundesnetzagentur ein Gestaltungsspielraum zu, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliege.

8 Vor diesem Hintergrund sei die festgelegte Berechnungsweise des Referenzpreises nicht zu beanstanden. Mit dem Durchschnittspreis aller innerhalb eines 12-Monats-Zeitraums gehandelten Phelix-Year-Futures werde die tatsächliche Preisentwicklung abgebildet. Das Verhältnis von Baseload- zu Peakload-Preisen sei ebenfalls anhand tatsächlicher Werte der von fast allen am Regelverfahren beteiligten Netzbetreibern mitgeteilten Daten ermittelt worden. Dies stelle eine ausreichend breite, sichere Datenbasis dar; die Auswertung der Daten aller Netzbetreiber sei nicht erforderlich. Es sei nicht ersichtlich, wie die Betroffene durch die gewählte Aufteilung von 76% zu 24% strukturell benachteiligt sein sollte. Soweit sie vortrage, der Peakload-Anteil müsse 40% betragen, habe sie dazu keine überprüfbaren Gründe vorgetragen. Die Bundesnetzagentur habe eine sachgerechte Ausreißerkontrolle vorgenommen und das Ergebnis plausibilisiert. Sie habe ausreichend erläutert, wie sie den Referenzpreis ermittelt habe. Zu einer Benennung der beteiligten Unternehmen sei sie zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht verpflichtet. Eine Auswertung der Daten der am vereinfachten Verfahren teilnehmenden Netzbe-

treiber sei entbehrlich; § 24 ARegV verdeutliche, dass für die kleineren Netzbetreiber aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung gesonderte Regeln gälten, die nur bedingt mit dem Regelverfahren vergleichbar seien. Davon abgesehen sei die Festsetzung eines einheitlichen Preises für alle Netzbetreiber zutreffend, weil in einem freien, nicht regulierten Markt Wettbewerber sich gegebenenfalls mit größeren oder effizienter arbeitenden Unternehmen messen lassen müssten. Um den Wettbewerb zu intensivieren, sei im Übrigen das Ausschreibungsvolumen je Los auf 50.000 MWh beschränkt, so dass größere Netzbetreiber keine "Einzelpakete" mit größeren Volumina bilden und hieraus Preisvorteile erzielen könnten. Aufgrund dessen habe auch von einem Sicherheitszuschlag auf den ermittelten Referenzpreis abgesehen werden können.

- 9 Bei der Bestimmung eines Referenzpreises handele es sich weder um ein unzulässiges Benchmarking noch stehe die Regelung im Widerspruch zum Effizienzvergleich. Die Vorschriften der § 32 Abs. 1 Nr. 4a, § 11 Abs. 5 ARegV erlaubten es, neben den durch den Effizienzvergleich gemachten Vorgaben weitere Anreize zur Kostensenkung zu setzen und so Ineffizienzen abzubauen. Da der Referenzpreis anhand der tatsächlichen Kosten eines durchschnittlich effizienten Netzbetreibers ermittelt werde, handele es sich dabei um den "üblichen Preis" für Verlustenergie, so dass nicht im Rahmen eines Benchmarks "die Besten" und nur auf dieser Basis die anzuerkennenden Kosten ermittelt würden. Ein Netzbetreiber habe verschiedene Möglichkeiten, um auf die Verlustenergiekosten Einfluss zu nehmen, wie etwa durch die Wahl von Ausschreibungszeitpunkten und -zeiträumen oder - was die Festlegung der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Ausschreibungsverfahrens für Verlustenergie vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) zulasse - durch die Bildung von Ausschreibungsgemeinschaften.

- 10 Im Rahmen ihres Regulierungsermessens habe die Bundesnetzagentur in nicht zu beanstandender Weise auch die Berechnung der Verlustenergiemenge bestimmt. Sie sei nicht verpflichtet, neben der Preiskomponente auch die Mengenkompone-
nte jährlich anpassbar auszugestalten. Vielmehr lasse ihr § 11 Abs. 5 ARegV insoweit einen Gestaltungsspielraum. Während die Energiepreise erheblichen Schwankungen unterworfen seien, sei dies bei der Menge - was der Verlustenergieverbrauch der Betroffenen zeige - nicht der Fall. Deren Behauptung, die Verlustenergiemenge erhöhe sich durch die vermehrte dezentrale Einspeisung, sei nicht überprüfbar. Ganz im Gegenteil habe die Bundesnetzagentur im Rahmen einer eigenen Untersuchung einen solchen Zusammenhang nicht festgestellt. Dagegen spreche auch die Entwicklung der Verlustenergiemenge bei der Betroffenen.
- 11 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 12 a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass die Festlegung von der Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV gedeckt ist.
- 13 aa) Nach § 29 Abs. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde unter anderem Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzzugang nach den in § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen durch Festlegung gegenüber den Netzbetreibern treffen. Dazu gehört nach § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG die Festlegung der Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen oder Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang gemäß den §§ 20 bis 23 EnWG. Dies schließt insbesondere die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG ein, wonach die Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung gebildet werden, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen. Gemäß § 21a Abs. 1 EnWG können die Netzzugangsentgelte

abweichend von der Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 bis 4 EnWG auch durch eine Methode bestimmt werden, die Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzt.

14 bb) Diese Vorgaben hält § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV ein. Danach kann die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs Entscheidungen zu volatilen Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 5 ARegV, insbesondere zum Verfahren, mit dem den Netzbetreibern Anreize gesetzt werden, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden, sowie zu den Voraussetzungen für die Anerkennung von Kostenanteilen als volatil treffen. Dies betrifft die Bedingungen und Methoden für den Netzzugang unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben und füllt damit § 29 Abs. 1 EnWG aus.

15 cc) Die streitgegenständliche Festlegung hält sich im von § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV vorgegebenen Rahmen. Die Vorschrift erlaubt allgemein die Bestimmung der Voraussetzungen, ob und unter welchen Bedingungen bestimmte Kosten als volatil anzusehen sind. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, erlaubt die Ermächtigungsnorm nicht nur Regelungen, die das Verfahren betreffen. Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift ("insbesondere"). Eine weite Auslegung entspricht zudem dem Willen des Ordnungsgebers, Netzbetriebskosten, die jährlich starken Schwankungen unterliegen können (wie z. B. Treibenergie- und Verlustenergiekosten) und regelmäßig beschafft werden, einerseits jährlich anpassen zu können, andererseits aber dem Effizienzgedanken der Anreizregulierung auch für deren Beschaffung Geltung zu verschaffen (vgl. BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 17). Aufgrund dessen stellt § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dafür dar, dass mit der Festlegung Anreize zu einem effizienten Verhalten der Netzbetreiber bei der Beschaffung von Verlustenergie gesetzt werden. Dies beinhaltet sowohl Regelungen zur Ermittlung eines Referenzpreises als auch zur anzuerkennenden Verlustenergiemenge.

- 16 dd) Von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist auch die weitere Annahme des Beschwerdegerichts, dass der Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kosten und der näheren Ausgestaltung der Berechnungsmethode ein Entscheidungsspielraum zuzubilligen ist.
- 17 (1) Die Voraussetzungen für die Festlegung von Verlustenergiekosten als volatile Kostenanteile und das Verfahren zur Ermittlung der Höhe dieser Kosten sind durch Gesetz und Verordnung nur rudimentär vorgegeben. Der mit der Beantwortung dieser Fragen betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Frage des Ob und des Wie ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 10 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH [für den nach § 12 ARegV durchzuführenden Effizienzvergleich], vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 12 ff. - Stromnetz Berlin GmbH [für die Bestimmung des Qualitätselements nach §§ 19, 20 ARegV] und vom 27. Januar 2015 - EnVR 39/13, EnWZ 2015, 273 Rn. 16 ff. - Thyssengas GmbH [für die Bemessung des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse gemäß § 7 Abs. 5 GasNEV]).
- 18 Nach § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG erfolgt die Anreizregulierung durch Vorgabe von Obergrenzen für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder für die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten, die innerhalb einer Regulierungsperiode erzielt werden dürfen. Hierbei sind Effizienzvorgaben zu berücksichtigen. Weitere materiellrechtliche Vorgaben überlässt § 21a Abs. 6 EnWG einer Rechtsverordnung, die die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung und ihre Durchführung regeln (§ 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG). Diese Verordnungsermächtigung wird durch die Anreizregulierungsverordnung ausgefüllt. Sie enthält in § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV in der seit dem 9. September 2010 geltenden Fassung (BGBl. I S. 1261,

1282) die Befugnis der Regulierungsbehörde zur Festlegung einzelner beeinflussbarer oder vorübergehend nicht beeinflussbarer Kostenanteile als volatile Kostenanteile, wenn deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden kann.

19 Sachlicher Grund für diese Regelung ist der Umstand, dass eine hohe Volatilität eines einzelnen Kostenanteils zu einer erheblichen wirtschaftlichen Mehrbelastung des betreffenden Netzbetreibers führen kann, die von ihm - wenn er nicht die Möglichkeit zu einer Anpassung der Erlösobergrenze hätte - zu tragen wäre, obwohl die tatsächliche Höhe der Kosten überwiegend nicht seinem Einflussbereich unterliegt; dies kann die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebs verringern (vgl. BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 17). Außerdem bestimmt § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden dürfen. Damit soll gewährleistet werden, dass der Effizienzgedanke der Anreizregulierung auch für volatile Kostenanteile unverändert gilt (vgl. BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 17).

20 (2) Die Anreizregulierungsverordnung beschränkt in § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV lediglich die Befugnis zur Anerkennung beeinflussbarer oder vorübergehend nicht beeinflussbarer Kostenanteile als volatile Kostenanteile auf solche Kostenanteile, die eine - nicht näher bestimmte - Erheblichkeitsschwelle überschreiten, und nennt als Beispiel für solche Kostenanteile die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, ohne diese - anders als die Kosten für die Beschaffung von Treibenergie in Satz 1 - im Wege der Verordnung als volatile Kostenanteile einzuordnen. Hinsichtlich einer Konkretisierung der Erheblichkeitsschwelle und des Erfordernisses weiterer Voraussetzungen für die Anerkennung von Kostenanteilen als volatil wie auch in Bezug auf die nähere Ausgestaltung und das Verfahren zur Ermittlung der Höhe solcher Kostenanteile einschließlich eines Mechanismus zur Schaffung von Anreizen effi-

zienten Handelns verbleiben erhebliche Spielräume, deren Ausfüllung der Gesetz- und Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde überlassen hat (vgl. BR-Drucks. 312/10 (Beschluss), S. 17).

21 ee) Der in § 21a Abs. 2 EnWG vorgegebene und in § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV näher ausgestaltete Spielraum der Regulierungsbehörde ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

22 Der Gesetzgeber darf zwar eine wesentliche Entscheidung nicht dem Verordnungsgeber oder einer Verwaltungsbehörde überlassen. Dies ist aber bei der Festlegung von einzelnen Kostenanteilen als volatil und des Verfahrens zur Ermittlung ihrer Höhe nicht der Fall. Diese Fragen können nicht im Vorhinein in allen Details festgelegt werden. Die Volatilität von Kostenanteilen und deren Ermittlung hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, die sowohl für sich gesehen als auch in ihrem Verhältnis zueinander ständiger Änderung unterliegen. Bei dieser Ausgangslage kann und muss der Gesetzgeber lediglich die Ziele definieren, an denen sich die Bewertung und gegebenenfalls Quantifizierung einzelner Faktoren, die - wie hier - in die Ermittlung der Verlustenergiekosten einfließen oder einfließen können, zu orientieren hat. Dieser Anforderung wird die Regelung in § 21a Abs. 2 EnWG, die durch die allgemeinen Zielvorgaben in § 1 EnWG ergänzt wird, gerecht.

23 ff) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgt aus § 21 Abs. 2 Satz 1, § 21a Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 4 EnWG nicht das zwingende Erfordernis, für unterschiedliche Gruppen jeweils strukturell vergleichbarer Netzbetreiber inhaltlich unterschiedliche Vorgaben zu machen. Eine solche Gruppenbildung ist in diesen Vorschriften nur als Möglichkeit vorgesehen und kann allenfalls im Einzelfall von Rechts wegen notwendig sein, wenn sie zur Erreichung der mit der Anreizregulierung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist. Dabei sind allerdings auch die berechtigten Interessen der Netznutzer und die in § 1 EnWG normierten Ziele einer mög-

lichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität in den Blick zu nehmen.

24 b) Die Maßstäbe, die das Beschwerdegericht zur Überprüfung der angefochtenen Festlegung herangezogen hat, sind rechtlich nicht zu beanstanden.

25 aa) Die der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräume kommen hinsichtlich einiger Aspekte einem Beurteilungsspielraum (wie z.B. die Erheblichkeitsschwelle des § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV), hinsichtlich anderer Aspekte einem Regulierungsermessen gleich (wie z.B. die Ermittlung des Referenzpreises und die Wechselwirkung mit der Festlegung der Verlustenergiemenge). Dies hat Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolldichte. Sie beschränkt sich auf die Überprüfung, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Die eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernde Ausübung des Regulierungsermessens ist vom Gericht zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität; vgl. Senatsbeschlüsse vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 27 - Stadtwerke Konstanz GmbH und vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 25 - Stromnetz Berlin GmbH, jeweils mwN).

- 26 bb) Soweit die Entscheidung der Regulierungsbehörde der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt, ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht derselbe Prüfungsmaßstab anzulegen wie in der Beschwerdeinstanz. Vielmehr obliegt die Überprüfung, ob das methodische Vorgehen der Regulierungsbehörde nach den dargelegten Kriterien zu beanstanden ist, in erster Linie dem Tatrichter (vgl. Senatsbeschluss vom 27. Januar 2015 - EnVR 39/13, EnWZ 2015, 273 Rn. 27 f. - Thyssengas GmbH). Denn ihr Ergebnis hängt im Wesentlichen von den Tatsachen ab, aus denen sich Schlussfolgerungen im Hinblick auf Vor- und Nachteile unterschiedlicher in Betracht kommender methodischer Vorgehensweisen ziehen lassen. Diese Schlussfolgerungen sind zwar zum Teil rechtlicher Natur. Die hierfür anzustellenden Erwägungen sind mit der Feststellung der dafür maßgeblichen Tatsachen jedoch so eng verweben, dass auch sie im Wesentlichen dem Bereich der tatrichterlichen Würdigung zuzuordnen sind. Die Entscheidung des Tatrichters kann deshalb in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt dahingehend überprüft werden, ob er erhebliches Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt gelassen, wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht gelassen oder offenkundig fehlgewichtet oder der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung sonst unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt hat (vgl. Senatsbeschluss aaO Rn. 28 - Thyssengas GmbH).
- 27 c) Nach diesen Maßgaben ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Festlegung in materiell-rechtlicher Hinsicht für rechtmäßig gehalten hat.
- 28 aa) Die Rechtsbeschwerde zieht zu Recht nicht in Zweifel, dass die Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kostenanteile rechtmäßig ist. Hierdurch lassen sich die Verlustenergiekosten an die tatsächlichen Beschaffungskosten anpassen und zugleich Anreize für eine effiziente Beschaffung setzen. Letzteres ist von § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG gedeckt, wonach Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen sind. Bei den Verlustenergiekosten handelt es

sich um solche Kostenanteile. Die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie können vom Netzbetreiber in verschiedener Weise beeinflusst werden. Dies gilt vor allem für das Verfahren zu ihrer Beschaffung, aber auch für technische Maßnahmen zur Verringerung der Verlustmenge. Dass die Kosten durch solche Maßnahmen nur geringfügig beeinflusst werden können, im Wesentlichen aber der für den einzelnen Netzbetreiber nicht beeinflussbare Marktpreis vorgegeben ist, steht dieser Beurteilung nicht entgegen (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 77 - EnBW Regional AG). Die Volatilität der Beschaffungskosten steht außer Frage (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011, aaO Rn. 75).

29 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht rechts- und verfahrensfehlerfrei angenommen, dass die Bundesnetzagentur die Gewichtungsanteile der Preiskomponente sachgerecht ermittelt hat, indem sie hierfür lediglich die vorhandenen Daten der "großen" Netzbetreiber herangezogen hat. Die in der Festlegung bestimmte Bildung des Referenzpreises für die Verlustenergiebeschaffung ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

30 Die streitgegenständliche Festlegung richtet sich an die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen, die - wie die Betroffene - nach § 54 Abs. 1 EnWG in den originären Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fallen, weil an ihr Netz mindestens 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind. Dass die erhobene Datenbasis (98 von insgesamt 109 Netzbetreibern) nicht ausreichend groß sein soll, ist bereits im Ansatz nicht nachvollziehbar. Dagegen bringt die Rechtsbeschwerde nichts Substantielles vor. Dies gilt insbesondere für ihren Einwand, die der Festlegung unterfallenden Netzbetreiber seien strukturell nicht vergleichbar.

31 (1) Der Referenzpreis der Festlegung richtet sich an den Preisen des Börsenhandels aus, so dass die Marktdaten von einer potenziell großen Anzahl von Marktteilnehmern berücksichtigt werden. Der Preisbildung sind alle Marktteilnehmer unab-

hängig von ihrer Größe unterworfen. Durch den Ansatz von durchschnittlichen Preisen über den Zeitraum eines Jahres lassen sich die Preisschwankungen an der Energiebörse sachgerecht abbilden und ausmitteln. Mit der Maßgeblichkeit von Börsenergebnissen orientiert sich der Referenzpreis am Konzept eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Sinne des § 1 Abs. 2 EnWG, sofern die Marktpreise - wozu es zu den Börsendaten der EEX keinen Anhalt gibt - nicht Ausdruck systematischer Verzerrungen oder von Marktmissbrauch sind. Da der Handel an der EEX anonym abgewickelt wird, sind durch Ungleichbehandlung der Marktteilnehmer entstehende Verzerrungen praktisch ausgeschlossen (vgl. Lismann, Effizienzanforderungen in den Festlegungen einer wirksamen Verfahrensregulierung nach § 11 Abs. 2 S. 2-4 ARegV, 2015, S. 98 f.).

32 Durch den Ansatz eines jährlichen Durchschnittspreises fordert die Festlegung von den Netzbetreibern auch nicht das ökonomisch Bestmögliche im Sinne einer absoluten Effizienz. Die Netzbetreiber sollen den Beschaffungsvorgang so effizient gestalten und ihre Netze so strukturieren, dass sich ihre durchschnittlichen Einkaufspreise im Rahmen der durchschnittlichen Börsenpreise bewegen (vgl. Lismann, aaO, S. 105). Allerdings trifft den einzelnen Netzbetreiber das Risiko der punktuellen Beschaffung, das "große" Netzbetreiber im Gegensatz zu kleineren Netzbetreibern durch die Wahl möglichst vieler Beschaffungszeitpunkte in einem gewissen Maß nivellieren können, während dies "kleineren" Netzbetreibern nur eingeschränkt, immerhin aber über die gesamte Regulierungsperiode hinweg durchaus möglich ist. Darüber hinaus können "kleinere" Netzbetreiber das Prognoserisiko - was die Festlegung der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Ausschreibungsverfahrens für Verlustenergie vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) zulässt und die Rechtsbeschwerde in Bezug auf die Westnetz GmbH selbst vorträgt - durch die Bildung von Ausschreibungsgemeinschaften verkleinern.

- 33 Aufgrund dessen ist auch - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - ein Sicherheitsaufschlag auf den Referenzpreis nicht zu rechtfertigen. Die Rechtsbeschwerde beruft sich in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf die Senatsentscheidung vom 28. Juni 2005 (KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 292 ff. - Stadtwerke Mainz), wonach zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises der Preis eines wesentlich größeren Vergleichsunternehmens nur dann herangezogen werden kann, wenn er durch Mengengewichtung, unter Berücksichtigung der effektiven Kosten des Vergleichsunternehmens sowie zusätzlicher Zu- und Abschläge für weitere strukturelle Unterschiede des Vergleichsunternehmens ermittelt wird. Diese Entscheidung hatte eine Preismissbrauchskontrolle zum Gegenstand, bei der es unter anderem darum ging, wie bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises die Unsicherheiten einer schmalen Vergleichsbasis in Form des von der Kartellbehörde herangezogenen Vergleichspreises eines einzigen anderen Netzbetreibers auszugleichen sind. Eine solche Fallgestaltung liegt hier ersichtlich nicht vor. Der in der Festlegung bestimmte Referenzpreis beruht auf den Marktdaten von einer potenziell großen Anzahl von Marktteilnehmern.
- 34 (2) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde auch gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Bundesnetzagentur das Verhältnis von Baseload- zu Peakload-Preisen lediglich anhand der tatsächlichen Werte der von fast allen am Regelverfahren beteiligten Netzbetreibern mitgeteilten Daten ermitteln durfte, ohne die Daten weiterer Netzbetreiber untersuchen zu müssen. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.
- 35 Das Beschwerdegericht ist rechts- und verfahrenfehlerfrei davon ausgegangen, dass das Verfahren der Bundesnetzagentur zur Bestimmung der Gewichtungsteile der Preiskomponente nicht zu beanstanden ist. In dem Konsultationsverfah-

ren hat die Bundesnetzagentur zunächst ein Base-Peak-Verhältnis von 80% zu 20% vorgeschlagen. Nachdem unter anderem der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft zur Erreichbarkeit einer Kostendeckung ein Verhältnis von 70% zu 30% und der Verband kommunaler Unternehmen e.V. eine Anhebung des Peak-Anteils auf 30-40% gefordert haben, hat die Bundesnetzagentur die bei ihr vorhandenen Daten von 98 Netzbetreibern ausgewertet und nach Eliminierung von Ausreißern das Base-Peak-Verhältnis auf 76% zu 24% ermittelt und entsprechend festgelegt. Dagegen ist nichts zu erinnern. Wie bereits ausgeführt ist die Datengrundlage für die streitgegenständliche Festlegung ausreichend breit.

36 Die Rechtsbeschwerde zeigt keinen Vortrag auf, dem das Beschwerdegericht hätte entnehmen müssen, dass das von der Bundesnetzagentur festgelegte Verhältnis zwischen Baseload- und Peakload-Preisen aus methodischer Sicht unvertretbar wäre. Soweit sie behauptet, der Peak-Anteil hätte mindestens 40%, jedenfalls mehr als 24% betragen müssen, hat sie dafür nichts Substantielles vorgebracht. Zu ihren eigenen tatsächlichen Verhältnissen hat die Betroffene nichts vorgetragen. Auch dafür, dass für "kleinere" Netzbetreiber ein anderes als das von der Bundesnetzagentur festgelegte Verhältnis der Wirklichkeit besser gerecht würde, ist nichts ersichtlich. Die im Rahmen der Konsultation erhobene Forderung eines Verhältnisses von (mindestens) 70% zu 30% ist nicht näher begründet worden, sondern diene - wie etwa die Stellungnahme des Verbands kommunaler Unternehmen e.V. im Rahmen des Konsultationsverfahrens zeigt ("Alternativ wäre auch ein Dienstleistungsaufschlag i.H.v. etwa 2€/MWh denkbar.") und was auch die Rechtsbeschwerde geltend macht - vor allem dazu, einen Sicherheitszuschlag zu erreichen (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 2. Oktober 2014 - 16 Kart 3/13, juris Rn. 74). Ein solcher ist jedoch - wie bereits ausgeführt - nicht geboten.

- 37 Aufgrund dessen ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur in der streitgegenständlichen Festlegung nicht die in § 21 Abs. 2 Satz 1, § 21a Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 4 EnWG als Möglichkeit vorgesehene Gruppenbildung vorgenommen hat.
- 38 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei die Festlegung der anzuerkennenden Verlustenergiemenge auf den im Ausgangsniveau für die zweite Regulierungsperiode anerkannten Wert nicht beanstandet.
- 39 Wie bereits oben ausgeführt worden ist, ist die Bundesnetzagentur nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV befugt, auch hinsichtlich der Verlustenergiemenge regulatorische Vorgaben zu machen. Die Maßgeblichkeit des Basisjahrs begegnet - wie sich bereits aus § 6 Abs. 1 Satz 3 und 4 ARegV ergibt - keinen rechtlichen Bedenken. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts bewegt sich der Verlustenergieverbrauch der Betroffenen seit 2010 in einer geringen Schwankungsbreite, so dass auch in tatsächlicher Hinsicht die Festlegung nicht zu beanstanden ist. Durch das Zusammenspiel mit dem Referenzpreis ist die Fixierung der Verlustmenge auf das Basisjahr sachlich begründet. Dadurch wird ein zusätzlicher Anreiz geschaffen, die Menge der Verlustenergie zu senken. Zugleich wird der einzelne Netzbetreiber in die Lage versetzt, etwaige Überschreitungen des Referenzpreises auszugleichen.
- 40 Soweit die Rechtsbeschwerde rügt, die Fixierung der Verlustenergiemenge auf das Basisjahr führe bei der Betroffenen zu einer Unterdeckung der Verlustenergiekosten, verkennt sie, dass dies maßgeblich auf der in ihrem Fall anerkannten konkreten Verlustenergiemenge von 46.116 MWh beruht. Deren Bestimmung ist jedoch nicht Gegenstand der angefochtenen Festlegung.

- 41 d) Schließlich hat das Beschwerdegericht entgegen den Angriffen der Rechtsbeschwerde rechtsfehlerfrei angenommen, dass die angefochtene Festlegung nicht an einem Begründungsmangel leidet.
- 42 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt die Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung eines Entscheidungsspielraums der vorliegenden Art besonderen Begründungsanforderungen. Ähnlich wie es das Bundesverwaltungsgericht bei telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen angenommen hat (BVerwG, NVwZ 2014, 589 Rn. 34 ff.), ist bei einem derartigen Entscheidungsspielraum die eigentliche Bewertung der Behörde auch darauf nachzuprüfen, ob sie im Hinblick auf die Kriterien, die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben oder in ihr angelegt sind, ihre Festlegung plausibel und erschöpfend begründet hat. Dies folgt aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG. Die gerichtliche Kontrolle eines der Behörde eingeräumten Gestaltungsspielraums ist grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu erstrecken und zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat; denn die notwendige Abwägung und ihre Darstellung im Bescheid sollen zumindest auch die nachgehende gerichtliche Kontrolle ermöglichen, die angesichts des ohnehin eingeräumten Beurteilungsspielraums sonst nicht hinreichend wirksam wäre (Senatsbeschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 29 - Stromnetz Berlin GmbH).
- 43 Aufgrund dessen muss der Begründung der Entscheidung zu entnehmen sein, dass die Regulierungsbehörde die in Betracht kommenden Maßgaben für die Festlegung von Verlustenergiekosten als volatile Kostenanteile und von Anreizen zur Gewährleistung dessen, dass solche Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden, abgewogen und geprüft hat, welche dem Ziel der Sicherung eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Be-

triebs von Energieversorgungsnetzen am ehesten gerecht werden. Sodann muss die Behörde unter Bewertung der unterschiedlichen Belange im Einzelnen darlegen, dass und warum ihrer Ansicht nach im Ergebnis Überwiegendes für die gewählte Verfahrensweise spricht.

44 bb) Nach diesen Maßgaben liegt kein Begründungsmangel vor.

45 Ohne Erfolg beanstandet die Rechtsbeschwerde, der angefochtenen Festlegung lasse sich nicht entnehmen, weshalb die Bundesnetzagentur die Daten von nur "großen" Netzbetreibern als geeignete repräsentative Grundlage für die Ermittlung der Gewichtungsanteile angesehen und sie insbesondere die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens außer Acht gelassen hat. Diese Rüge geht bereits deshalb fehl, weil sich die streitgegenständliche Festlegung nur an diejenigen Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen richtet, die nach § 54 Abs. 1 EnWG in den originären Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fallen. Dazu gehören die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens nicht. Im Übrigen hat die Bundesnetzagentur die Herleitung des Gewichtungsanteils nachvollziehbar begründet. Es lässt sich daraus hinreichend deutlich entnehmen, dass die Bundesnetzagentur die maßgeblichen Gesichtspunkte in der gebotenen Weise gewürdigt hat und das von ihr rechnerisch ermittelte Ergebnis insgesamt für angemessen hält. Dass die Datensätze nicht veröffentlicht worden sind und deshalb der Gewichtungsanteil nicht nachgerechnet werden kann, stellt keinen Begründungsmangel dar, sondern betrifft lediglich die - von der Rechtsbeschwerde nicht aufgeworfene - Frage nach der Offenlegung der Daten (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 91 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH und vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 34 ff. - Stromnetz Berlin GmbH).

46 Dagegen begegnet die Auffassung des Beschwerdegerichts, eine fehlende Begründung könne in entsprechender Anwendung des § 45 Abs. 2 VwVfG im ge-

richtlichen Beschwerdeverfahren nachgeholt werden, rechtlichen Bedenken, weil die gerichtliche Kontrolle eines der Behörde eingeräumten Gestaltungsspielraums grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu beschränken ist, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat (vgl. Senatsbeschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 29 - Stromnetz Berlin GmbH). Darauf kann sich die Rechtsbeschwerde indes nicht mit Erfolg berufen, weil das Beschwerdegericht seine Entscheidung nicht auf eine solche nachgeholte Begründung gestützt hat.

III.

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 01.10.2014 - VI-3 Kart 62/13 (V) -