

Datum: 17.02.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 245/12 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:0217.VI3KART245.12V.00

Tenor:

Die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, ihren Beschluss vom 23.07.2012, BK 8-11/1870-81, aufzuheben und die Erlösobergrenzen der Beschwerdeführerin für die Jahre 2012 und 2013 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu festzulegen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Bundesnetzagentur auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz ...

3

Die Bundesnetzagentur hatte für die Betroffene mit Beschluss vom 06.01.2009 (BK8-08/1870-11) die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode bis einschließlich 2013 festgelegt. Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Bestimmung des Qualitätselements für die Jahre 2012 und 2013 durch Beschluss vom 23.07.2012 (BK8-11/1870-81), die für sie zu einer Absenkung der Erlösobergrenzen führt.

4

Zuvor hatte die Bundesnetzagentur die Festlegung über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach den §§ 19 und 20 ARegV vom 07.06.2011 (BK8-11/002) erlassen. In Ziffer 1 der Festlegung wurde der Beginn der

5

Anwendung des Qualitätselements auf den 01.01.2012 festgesetzt und ihr Anwendungsbereich auf die Netzzuverlässigkeit bei Elektrizitätsverteilernetzbetreibern beschränkt. In Ziffer 2 ist geregelt, dass die Daten aller Elektrizitätsverteilernetzbetreiber, die nicht am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen, zur Bestimmung des Qualitätselements Netzzuverlässigkeit heranzuziehen sind. Im Übrigen enthält die Festlegung nähere Regelungen zur standardisierten Bestimmung des Qualitätselements, wie etwa zur Ermittlung der Kennzahlen unter Heranziehung von geplanten und ungeplanten Versorgungsunterbrechungen, zur Ermittlung der Kennzahlvorgaben (Referenzwerte) und zur Berechnungsmethode sowie zur Berücksichtigung von Kappungsgrenzen. In den Ziffern 7 und 8 ist bestimmt, dass der Strukturparameter Lastdichte des Kalenderjahres 2009 in der Mittelspannungs- und in der Niederspannungsebene dann heranzuziehen ist, wenn dieser statistisch bedeutsam ist. Weist der Strukturparameter keine statistische Signifikanz auf, erfolgt die Ermittlung des Referenzwerts auf Basis einer einfachen, mit der Anzahl der Letztverbraucher gewichteten Mittelwertbildung. Nach Ziffer 9 erfolgt die Gewichtung der Durchschnittswerte anhand der angeschlossenen Letztverbraucher des Kalenderjahres 2009. Für die Niederspannungsebene sind hierfür die an das Niederspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher und die Letztverbraucher benachbarter Netzebenen zugrunde zu legen. Für die Mittelspannungsebene sind die an das Mittelspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher sowie die angeschlossenen Letztverbraucher der dem Mittelspannungsnetz nachgelagerten oder benachbarten Netz- und Umspannebenen zugrunde zu legen. Dies gilt nach Ziffer 10 auch bei der Berechnung des Bonus bzw. des Malus.

Der Festlegung liegt eine Untersuchung zugrunde, die im Auftrag der Bundesnetzagentur von der Consentec Consulting für Energiewirtschaft und -technik GmbH in Kooperation mit der Forschungsgemeinschaft für Elektrische Anlagen und Stromwirtschaft e.V. (FGH) und Frontier Economics Limited (im Folgenden: Consentec) durchgeführt und im Juni und Oktober 2009 mit der Fachöffentlichkeit diskutiert wurde. Darüber hinaus hatten die beteiligten Wirtschaftskreise im Rahmen einer Konsultation zu dem Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zur "Ausgestaltung des Qualitätselements Netzzuverlässigkeit Strom im Rahmen der Anreizregulierung" vom 15.12.2010 Gelegenheit zur Stellungnahme. Am 20.04.2011 erließ die Bundesnetzagentur die Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV (BK8-11/001); die aufgrund dieser Festlegung erhobenen Daten der Jahre 2007 bis 2009 flossen nicht in die Festlegung vom 07.06.2011 ein, sondern waren Grundlage für die Ermittlung des individuellen Qualitätselements. 6

Die Betroffene hat gegen die Festlegung vom 07.06.2011 keine Beschwerde eingelegt. 7

Durch den angefochtenen Bescheid vom 23.07.2012 legte die Bundesnetzagentur das Qualitätselement dahingehend fest, dass die Erlösobergrenzen der Betroffenen in der ersten Regulierungsperiode für die Kalenderjahre 2012 und 2013 durch einen Malus von jeweils ... Euro abgesenkt werden. Dieser ermittelt sich aus einem Malus für die Mittelspannungsebene in Höhe von ... Euro und einem Malus für die Niederspannungsebene in Höhe von ... EUR. 8

Die Betroffene hat gegen den Bescheid vom 23.07.2012 form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt sowie einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gestellt. Den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat sie in der öffentlichen Verhandlung vom 06.02.2013 zurückgenommen, nachdem die Bundesnetzagentur erklärt hat, dass sie die Vollziehung des angegriffenen Beschlusses bis zu einer Entscheidung über die Hauptsache aussetzen werde. Im Rahmen ihrer Beschwerde macht sie geltend, der 9

angegriffene Bescheid sei rechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten.

Der angegriffene Beschluss sei bereits formell rechtswidrig, da keine rechtmäßige Anhörung nach § 67 Abs. 1 EnWG stattgefunden habe. Abgesehen davon, dass sich die Bundesnetzagentur im Beschluss nicht (hinreichend) mit den Ausführungen in ihren Stellungnahmen zur Berücksichtigungsfähigkeit der von ihr im Rahmen des Anhörungsverfahrens eingebrachten Datenkorrekturen und der Unzulässigkeit der rückwirkenden Malusfestsetzung auseinandergesetzt habe, lägen in Bezug auf den übersandten Verwaltungsvorgang rechtlich unzulässige Schwärzungen vor, die eine Stellungnahme zu allen rechtlich relevanten Daten und damit eine rechtmäßige Anhörung vereitelten. Dies beinhalte insbesondere auch einen Verstoß gegen das Akteneinsichtsrecht. Zumindest habe die Bundesnetzagentur gegen das Anhörungsrecht nach § 28 Abs. 1 VwVfG verstoßen, da sie Datenkorrekturen lediglich bis zum 07.11.2011 und damit vor Einleitung der Anhörungsverfahren berücksichtigt habe. 10

Der Verwaltungsvorgang enthalte keine Begründung für die Heranziehung der Lastdichte in der Niederspannung als signifikanten Parameter bei der Referenzwertermittlung und begründe damit einen Verstoß gegen ihr Akteneinsichtsrecht sowie gegen die Pflicht zur Führung vollständiger und wahrheitsgetreuer Akten. Da auch der Beschluss keine Begründung dazu enthalte, liege auch ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG vor. Das gelte auch mit Blick auf das Fehlen jedweder Angaben zu den der Modellbildung sowie der Bildung ihres Malusbetrags zugrunde gelegten Daten. 11

Der Beschluss sei auch materiell rechtswidrig, weil es an einer Rechtsgrundlage für die rückwirkende Anpassung der Erlösobergrenze für das Jahr 2012 fehle. Aus § 4 Abs. 5 Satz 2 ARegV ergebe sich ausdrücklich, dass die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Qualitätselements höchstens einmal jährlich zum 1. Januar des folgenden Kalenderjahres erfolge. Da der Beschluss erst am 23.07.2012 ergangen sei, sei dies der 01.01.2013. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur habe sie das Verfahren auch nicht in vorwerfbarer Weise verzögert. Dass die Bundesnetzagentur das Anhörungsverfahren erst mit Schreiben vom 05.12.2011 begonnen habe, sei nicht von ihr verschuldet. 12

Zudem habe die Bundesnetzagentur ihrer Entscheidung wissentlich unrichtige Daten zugrunde gelegt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage sei der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, mithin der 23.07.2012, gewesen. Zu diesem Zeitpunkt hätten der Bundesnetzagentur die korrigierten Daten vorgelegen. Eine „Ausschlussfrist“ bis zum 07.11.2011 sei an keiner Stelle eines Gesetzes oder einer Verordnung normiert oder in einer Festlegung enthalten. Auch der Hinweis auf die Auswirkungen auf die Referenzfunktion aller Netzbetreiber und das Transparenz- und Planbarkeitsgebot verfange nicht. 13

Der streitgegenständliche Beschluss sei auch deshalb materiell rechtswidrig, da die Modellbildung unter Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV auf einer fehlerhaften und zudem unvollständigen Datengrundlage erfolgt sei. Die Modellbildung verstoße zudem gegen § 21a Abs. 5 EnWG, da die Bundesnetzagentur die Zusammenhänge zwischen den individuellen Effizienzvorgaben gemäß §§ 12 bis 15 ARegV und der gewählten Methode zur Bestimmung des Qualitätselements nicht berücksichtigt habe. 14

Indem die Bundesnetzagentur den Strukturparameter Lastdichte bei der Ermittlung des Referenzwerts für die Niederspannungsebene einbeziehe, verstoße sie gegen die Vorgaben des § 20 Abs. 2 Sätze 1 und 2 ARegV i.V.m. § 21a Abs. 5 Sätze 2-4 EnWG. Aufgrund nicht hinreichender Signifikanz dieses Parameters im Niederspannungsbereich hätten die 15

Referenzwerte allein aus dem gewichteten Durchschnitt der Kennzahlen der beteiligten Netzbetreiber oder im Rahmen einer Gruppenbildung errechnet werden müssen. Eine statistische Bedeutsamkeit des Strukturparameters Lastdichte für die Niederspannungsebene, die auch die Bundesnetzagentur in ihrer Festlegung vom 07.06.2011 für maßgeblich erachte, bestehe nicht. Die nach dem Gutachten durchzuführende Analyse habe mittels ingenieurwissenschaftlicher und statistischer Methoden zu erfolgen.

Auch habe die Bundesnetzagentur bei ihrer Untersuchung der Lastdichte die wissenschaftliche Bedeutung des Bestimmtheitsmaßes verkannt. Der von der Bundesnetzagentur im Rahmen des angefochtenen Beschlusses angegebene Wert für das Bestimmtheitsmaß R^2 von lediglich 0,08383 in der Niederspannungsebene sei zu niedrig. Des Weiteren habe die Bundesnetzagentur den Zusammenhang des Bestimmtheitsmaßes mit dem Exponenten c verkannt. Die Bundesnetzagentur habe bei der Signifikanzuntersuchung auf neuer Datengrundlage den Exponenten c mit den Werten zwischen 0,5 und 1,0 gewählt, obwohl diese statistische Prämisse durch die Consentec-Gutachter allein auf Basis der Datengrundlage der Jahre 2006 bis 2008 getroffen worden sei. Die Ausführungen zum F-Test rechtfertigten die Verwendung des Strukturparameters Lastdichte nicht. Mit dem F-Test werde überprüft, ob sich durch Hinzunahme eines weiteren Parameters zu einem Schätzmodell der Erklärungsgehalt dieses Modells statistisch messbar erhöhe. Bei der konkreten Durchführung des F-Tests habe die Bundesnetzagentur allerdings als weiteren Parameter den gewichteten Durchschnittswert der Versorgungsunterbrechung behandelt. Dieses Vorgehen erlaube bereits im Ansatz keine weiterführenden Erkenntnisse über einen etwaigen funktionalen Zusammenhang der Lastdichte mit der Netzzuverlässigkeit.

Die Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Bundesnetzagentur werde durch die vom Senat eingeholte gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr.-Ing. A. belegt. Nach dem Ergebnis der Stellungnahme sei die Berücksichtigung des Strukturparameters Lastdichte in der Niederspannungsebene nicht sachgerecht. Die Bundesnetzagentur habe im Rahmen ihrer Prüfrechnung das von den Consentec-Gutachtern gewählte methodische Vorgehen zur Identifikation belastbarer Strukturparameter, mit denen gebietsstrukturelle Unterschiede im Hinblick auf die Netzzuverlässigkeit abgebildet werden könnten, nur eingeschränkt nachvollzogen.

Sie beantragt,

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, ihren Beschluss vom 23.07.2012, BK 8-11/1870-81, aufzuheben und die Erlösobergrenzen der Beschwerdeführerin für die Jahre 2012 und 2013 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu festzulegen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Bescheid unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Der Beschluss sei formell rechtmäßig.

Ein Verstoß gegen das Akteneinsichtsrecht liege nicht vor. Aus der Veröffentlichungspflicht der ermittelten Kennzahlvorgaben sowie der Abweichungen der Netzbetreiber nach § 31 Abs. 1 S. 2 ARegV ergebe sich keine Ermächtigung, Zwischenstände mitzuteilen. Dies betreffe die im Consentec-Gutachten verwendeten Inputdaten, die ohnehin größtenteils Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten, als auch die Bekanntgabe der nach

- Abschluss des Verwaltungsverfahrens ermittelten endgültigen Kennzahlvorgaben einzelner Netzbetreiber. 25
- Auch liege kein Begründungsmangel vor. Aus dem angefochtenen Beschluss ließen sich die Berechnungen hinsichtlich des Parameters Lastdichte für die Niederspannungsebene entnehmen. 26
- Der Beschluss sei auch materiell rechtmäßig. 27
- Soweit die Betroffene die Anpassung der Erlösobergrenze bereits für das Jahr 2012 rüge, verkenne sie die rechtlichen Vorgaben. Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 ARegV entscheide die Regulierungsbehörde über den Beginn der Anwendung des Qualitätselements. Diesen habe sie in der Festlegung vom 07.06.2011 auf den 01.01.2012 festgelegt. 28
- Auch rüge die Betroffene zu Unrecht, die Bundesnetzagentur habe auf nicht belastbare Daten zurückgegriffen. So basiere das von den Consentec-Gutachtern entwickelte und von der Bundesnetzagentur angewandte Qualitätsregulierungsmodell auf einer hinreichend belastbaren Datenbasis. Die zur Ermittlung des individuellen Qualitätselements erhobenen Daten seien ebenfalls grundsätzlich geeignet und ausreichend, da sich auf Basis des Gutachtens der Strukturparameter Lastdichte als der am besten geeignete Parameter herausgestellt habe. Die aufgrund der Festlegung vom 20.04.2011 erhobenen Daten der Jahre 2007 bis 2009 seien zudem einer umfangreichen Datenplausibilisierung unterzogen worden. 29
- Die Betroffene habe keinen Anspruch auf Berücksichtigung nachträglich vorgelegter Daten. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Verfahrensgegenstandes sei derjenige der Behördenentscheidung. Bei der Festlegung der für das Qualitätselement maßgeblichen Datenbasis gehe es aber allein um die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes, die chronologisch weit vor der Beurteilung des Verfahrensgegenstandes liege. Das von ihr praktizierte Verfahren der Datenermittlung und –plausibilisierung bringe alle Netzbetreiber einheitlich auf den gleichen Stand. Zudem habe die Betroffene ihre Mitwirkungspflicht verletzt. 30
- Ebenfalls zu Unrecht rüge die Betroffene, dass im angefochtenen Bescheid der Strukturparameter Lastdichte in der Niederspannungsebene berücksichtigt werde. Sie habe den Empfehlungen der Consentec-Gutachter folgend die Signifikanz des Parameters Lastdichte erneut – mittels der aktuelleren Datenbasis der Jahre 2007 bis 2009 - überprüft. Es sei lediglich eine Überprüfung des Parameters Lastdichte angezeigt gewesen, da die Consentec-Gutachter im Rahmen der ingenieurwissenschaftlichen Modellnetzanalyse festgestellt hätten, dass die Lastdichte sowohl für die Niederspannungs- als auch für die Mittelspannungsebene am besten geeignet sei, um gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 ARegV gebietsstrukturelle Unterschiede zu berücksichtigen. Eine Gruppenbildung sei vom Verordnungsgeber nur als eine Möglichkeit zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede vorgesehen worden. In Übereinstimmung mit den diesbezüglichen Ausführungen im Consentec-Gutachten zu den Nachteilen einer Gruppenbildung habe sie hiervon jedoch abgesehen. 31
- Da die erneute Überprüfung gezeigt habe, dass sich die Lastdichte in beiden Netzebenen als statistisch bedeutsam erweise, sei der Strukturparameter Lastdichte in der Mittelspannungs- und auch in der Niederspannungsebene herangezogen worden. Im Rahmen der erneuten Überprüfung sei zunächst eine Signifikanzprüfung anhand des t-Tests durchgeführt worden und eine Signifikanz des Parameters Lastdichte sowohl für die Niederspannungsebene als

auch für die Mittelspannungsebene festgestellt worden. Um zwischen den signifikanten Modellen das „beste“ Modell auszuwählen, sei von ihr das Bestimmtheitsmaß R^2 verwendet worden. Das Bestimmtheitsmaß R^2 werde auch von den Consentec-Gutachtern nicht dazu genutzt, um einen Parameter zu bestätigen oder zu verwerfen. Stattdessen werde das Bestimmtheitsmaß R^2 nur genutzt, um Vergleiche zwischen unterschiedlichen Varianten zu ermöglichen. Aufgrund eines geringen Bestimmtheitsmaßes R^2 lehnten die Gutachter jedoch keinen Parameter ab. Entscheidend sei die Signifikanz des Parameters.

Der Senat hat das in dem Verfahren VI-3 Kart 133/12 (V) eingeholte schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. A. verwertet sowie ergänzend durch den Beweisbeschluss vom 18.03.2015 Beweis erhoben. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird verwiesen auf das Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. A. vom 16. April 2014, die ergänzende gutachterliche Stellungnahme vom 30.06.2015 und das Protokoll der Senatssitzung vom 17.02.2016. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen, die beigezogenen Verwaltungsvorgänge und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 33

B. 34

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde gem. § 75 Abs. 3 EnWG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. 35

Zu Recht wendet die Betroffene sich gegen den durch den angegriffenen Bescheid für die Kalenderjahre 2012 und 2013 ermittelten Malus von jeweils 36

I. Nach § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG werden die Effizienzvorgaben für eine Regulierungsperiode durch Bestimmung unternehmensindividueller oder gruppenspezifischer Effizienzziele auf Grundlage eines Effizienzvergleichs unter Berücksichtigung der Versorgungsqualität und auf diese bezogener Qualitätsvorgaben bestimmt. Diese Vorgabe wird durch §§ 19, 20 ARegV ausgestaltet. So sind gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 ARegV aus den Kennzahlenwerten der Netzbetreiber Kennzahlvorgaben als gewichtete Durchschnittswerte – Referenzwerte - zu ermitteln. Satz 2 bestimmt weiter, dass bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben gebietsstrukturelle Unterschiede berücksichtigt werden müssen. Die Bundesnetzagentur hat mit Festlegung vom 07.06.2011 für alle Stromnetzbetreiber geltende Regelungen über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren zur Bestimmung des Qualitätselements getroffen. Diese Festlegung hat der Bundesgerichtshof (Beschlüsse vom 22.07.2014, EnVR 58/12 und EnVR 59/12 - Stromnetz Berlin) für rechtmäßig erachtet. 37

In seiner Entscheidung (Beschluss vom 22.07.2014, EnVR 59/12 - Stromnetz Berlin, Rn. 13 ff.) hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Ausgestaltung des nach §§ 19, 20 ARegV zu bestimmenden Qualitätselements nicht in allen Details punktgenau vorgegeben ist. Obwohl das Energiewirtschaftsgesetz und die Anreizregulierungsverordnung hinsichtlich der zu berücksichtigenden Kennzahlen, hinsichtlich der Ermittlung der Kennzahlenwerte und der Kennzahlvorgaben und hinsichtlich der anzuwendenden Methode maßgebliche Weichenstellungen vorgeben, verbleiben bei der näheren Ausgestaltung und dem Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements notwendigerweise erhebliche Spielräume (BGH, a.a.O., Rn. 19). Der mit der Bestimmung des Qualitätselements betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten 38

einem Regulierungsermessen gleichkommt (BGH, a.a.O., Rn. 22). Die Ausübung dieses Beurteilungsspielraum ist darauf zu überprüfen, 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 (Abwägungsfehlschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (BGH, a.a.O., Rn. 25).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die angefochtene Bestimmung der individuellen Qualitätsvorgabe der Betroffenen darauf zu überprüfen, ob die Bundesnetzagentur bei Erlass des angefochtenen Bescheids über die Festlegung des individuellen Qualitätselements der Betroffenen die gesetzlichen Vorgaben in § 21a Abs. 5 EnWG, die verordnungsrechtlichen Vorgaben an Kennzahlen und Kennzahlenwerte in §§ 19, 20 ARegV und ihre eigenen methodischen Vorgaben in der Festlegung vom 07.06.2011 eingehalten hat sowie ihr Regulierungsermessen fehlerfrei ausgeübt hat. 39

II. Der angefochtene Beschluss ist nicht bereits wegen eines formellen Mangels rechtswidrig. 40

1. Insbesondere liegt kein zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses führender Begründungsmangel vor. 41

a) Das in § 73 Abs. 1 EnWG normierte Erfordernis, wonach die Regulierungsperiode (Anm. d. Verf.: richtigerweise müsste es heißen: 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, a.a.O., Rn. 38). Zu berücksichtigen sind dabei auch die den Beteiligten schon bekannten Umstände, die nicht noch einmal in der Begründung wiederholt zu werden brauchen (vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Auflage, § 39 Rn. 44). Sinn des Begründungserfordernisses ist es, den Betroffenen eine Überprüfung des Verwaltungsakts zu ermöglichen. 42

b) Danach hat die Bundesnetzagentur den Vorgang der Datenplausibilisierung sowie die Prüfung der statistischen Signifikanz des Parameters Lastdichte mit den Daten aus den Jahren 2007 bis 2009 zumindest im Laufe des Beschwerdeverfahrens hinreichend dargelegt. 43

aa) Nach eigenen Angaben hat die Bundesnetzagentur hinsichtlich der für die Jahre 2007 bis 2009 gemeldeten Daten zunächst eine umfangreiche Datenplausibilisierung durchgeführt. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem angefochtenen Bescheid. Der angefochtene Bescheid verweist auf Seite 2 jedoch ausdrücklich auf die Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV vom 20.04.2011 sowie auf die Festlegung über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach den 44

§§ 19 und 20 ARegV vom 07.06.2011. Diese stellen die Grundlage für die Ermittlung der individuellen Qualitätsvorgabe dar und sind der Betroffenen bekannt. Bereits die Festlegung vom 20.04.2011 verweist unter Ziffer 6.4 ihrer Begründung darauf, dass die Erstellung einer einheitlichen Datengrundlage erforderlich sei, um eine zügige und einheitliche Datenplausibilitätsprüfung, Kennzahlenbildung und Referenzwertbildung zu ermöglichen. Des Weiteren heißt es unter Ziffer II.6.1 der Gründe der Festlegung vom 07.06.2011, dass die Netzbetreiber die Gelegenheit erhalten sollen, ihre in der Vergangenheit nach § 52 EnWG gemeldeten Daten zunächst erneut zu überprüfen und Korrekturen im Rahmen der Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements vorzunehmen. Dabei darf die Bundesnetzagentur grundsätzlich davon ausgehen, dass Betreiber von Energieversorgungsnetzen ihren gesetzlichen Meldepflichten gewissenhaft nachkommen und grundsätzlich richtige Daten an die Bundesnetzagentur liefern (BGH, a.a.O., Rn. 47). Aus der Festlegung vom 07.06.2011 (dort S. 14, 19 und 22) ergibt sich weiter, dass die Bundesnetzagentur beabsichtigte, die Datenmeldungen zur Bestimmung des Qualitätselements einer Prüfung zu unterziehen und diese mithilfe der bereits erfolgten Datenmeldungen nach § 52 Satz 5 EnWG zu plausibilisieren. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bundesnetzagentur diese beabsichtigte Vorgehensweise nicht eingehalten hat. Die Betroffene hatte danach auch ohne ausdrückliche Erwähnung des Datenplausibilisierungsprozesses im angefochtenen Bescheid davon auszugehen, dass die Bundesnetzagentur ihre geplante Vorgehensweise einhalten würde.

Zudem hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Vorgehensweise bei der Datenplausibilisierung einschließlich der Herausnahme unplausibler Daten noch einmal ausführlich dargestellt. Ein etwaiger Begründungsmangel wäre damit auch entsprechend § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG geheilt. 45

bb) Die Ermittlung der konkreten Referenzwerte ist unter Ziffer 3.2 der angefochtenen Entscheidung erläutert. Hier legt die Bundesnetzagentur dar, dass analytische Untersuchungen der Consentec-Gutachter einen funktionalen Zusammenhang zwischen der Lastdichte und der Netzzuverlässigkeit erkannt und zur Darstellung dieses Zusammenhangs eine Regression empfohlen hätten. Im Folgenden erläutert die Bundesnetzagentur, welche Netzbetreiber in die Berechnung einbezogen wurden sowie das Verfahren zur Bestimmung der Regressionskonstanten a, b und c. Des Weiteren führt sie aus, dass die statistische Signifikanz der Regressionskoeffizienten überprüft worden sei. Als Maß für die Güte der unterschiedlichen Funktionen seien das Bestimmtheitsmaß R^2 sowie die F-Statistik angewendet worden. 46

Soweit die Bundesnetzagentur die Anwendung des Strukturparameters Lastdichte in dem angegriffenen Bescheid lediglich mit dem Hinweis erläutert, eine erneute Überprüfung der statistischen Signifikanz durchgeführt zu haben, ohne die sich daraus ergebende Abweichung von der Empfehlung der Consentec-Gutachter konkret und nachvollziehbar zu belegen, ist ein hierin liegender etwaiger Begründungsmangel im Beschwerdeverfahren geheilt. Die Bundesnetzagentur hat ihr Verständnis des Gutachtens, nach dem es wesentlich auf die durch den t-Test und den F-Test belegte statistische Signifikanz ankommt, im Laufe des Beschwerdeverfahrens ausführlich erläutert. 47

2. Nicht zu beanstanden ist, dass die einzelnen verwendeten Datensätze sowie die vorgegebene Referenzkurve nicht veröffentlicht wurden und auch keine Akteneinsicht in diese Datensätze gewährt wurde. Eine Offenlegung der konkreten Datengrundlage ist weder nach § 84 Abs. 1 EnWG noch nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten. 48

Der Bundesgerichtshof (a.a.O., Rn. 40) hat zur Festlegung vom 07.06.2011 ausgeführt, es stehe außer Zweifel, dass die Auswahl und Gewichtung der zur Ermittlung der Referenzkurve herangezogenen Parameter vom Inhalt der zugrunde liegenden Datensätze abhängen. Eine detaillierte Überprüfung der von jedem beteiligten Unternehmen übermittelten Daten stünde aber mit dem Regelungskonzept der Anreizregulierungsverordnung nicht in Einklang. § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 ARegV sehe vor, dass die Regulierungsbehörde die zur Bestimmung des Qualitätselements erforderlichen Daten durch Einholung von Auskünften bei den Netzbetreibern erhebe. Hieraus könne gefolgert werden, dass die Netzbetreiber zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Angaben verpflichtet seien. Durch die von der Bundesnetzagentur durchzuführende Datenplausibilisierung bestehe eine hinreichende Sicherung, dass nur belastbare Daten verwendet würden.

Eine Pflicht der Bundesnetzagentur zur Mitteilung der einzelnen Datensätze besteht nicht. 50

Die Informationen über Versorgungsstörungen sind Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen, die sie der Bundesnetzagentur mitgeteilt haben. Die in Rede stehenden Daten enthalten Angaben zu Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und Ursache der Versorgungsunterbrechungen und zu den ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Versorgungsstörungen, also die Umstände, anhand derer die Tätigkeit der Netzbetreiber im Rahmen der Netzzuverlässigkeit als Qualitätselement bewertet wird. Diese Daten sind nicht offenkundig. An ihrer Nichtverbreitung besteht ein berechtigtes Interesse. Die Verpflichtung der Regulierungsbehörden zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ergibt sich aus § 30 VwVfG, auf den § 71 Satz 1 EnWG ausdrücklich Bezug nimmt, und aus § 84 Abs. 2 Satz 2 EnWG, wonach die Einsicht in Unterlagen insbesondere dann zu versagen ist, wenn dies zur Wahrung solcher Geheimnisse geboten ist. Dass das Interesse der Betroffenen an einer Offenlegung der Datenreihen höher zu bewerten ist, ist nicht dargelegt. Aus Art. 19 Abs. 4 GG können sich grundsätzlich keine weitergehenden Aufklärungspflichten ergeben. Diese vom Bundesgerichtshof in der bereits zitierten Entscheidung aufgestellten Grundsätze (BGH, a.a.O., Rn. 44 ff.) gelten auch im Rahmen der konkreten Festlegung. 51

III. Der angefochtene Beschluss ist jedoch materiell rechtswidrig, soweit im Rahmen der Berechnung der individuellen Qualitätsvorgabe der Betroffenen entgegen den Vorgaben der Festlegung vom 07.06.2011 Letztverbraucher in vorgelagerten und benachbarten Netzen nicht berücksichtigt wurden. Des Weiteren ist die Ermittlung des Referenzwerts der Betroffenen mittels der von der Bundesnetzagentur vorgegebenen Regressionsfunktion in der Niederspannungsebene rechtswidrig, weil über den Parameter Lastdichte gebietsstrukturelle Unterschiede nicht angemessen abgebildet werden. 52

1. Allerdings stützt die Bundesnetzagentur die Anpassung der Erlösobergrenzen der Jahre 2012 und 2013 zu Recht auf die ihrerseits wirksame Ermächtigungsgrundlage des § 4 Abs. 5 ARegV. Nach dieser Vorschrift hat die Regulierungsperiode höchstens einmal jährlich zum 1. Januar von Amts wegen die Erlösobergrenze anzupassen, falls eine Bestimmung des Qualitätselements erfolgt. Insbesondere ist die Vorschrift nicht wegen eines Verstoßes gegen § 21a Abs. 3 Satz 3 EnWG rechtswidrig. 53

Zwar geht § 21a Abs. 3 Satz 3 EnWG grundsätzlich davon aus, dass die Vorgaben über die Erlösobergrenzen über eine Regulierungsperiode unverändert bleiben. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG ermächtigt jedoch die Bundesregierung, die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung nach den Absätzen 1 bis 5 und ihrer Durchführung zu regeln. Diese Ermächtigung, die nähere Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung zu regeln, enthält auch die Befugnis, aus sachlichem Grund einzelne Elemente der Anreizregulierung zeitlich gestaffelt hinzutreten zu lassen. Dies gilt insbesondere für das Qualitätselement, da in 54

der Anfangszeit der Anreizregulierung noch keine wesentlichen Gefahren für die Versorgungsqualität zu befürchten waren. Denn ein möglicher negativer Einfluss von Effizienzvorgaben auf die Versorgungsqualität ist nicht unmittelbar, sondern erst nach einer gewissen Zeit zu erwarten.

Die nachträgliche Einführung des Qualitätselements ist sachlich gerechtfertigt. Der in der amtlichen Begründung zur Anreizregulierungsverordnung angesprochene Umstand, dass zu Beginn der Anreizregulierung die Datenlage voraussichtlich noch zu lückenhaft für die Einführung eines Qualitätselements sein werde, stellt einen sachlichen Grund für die verzögerte Einführung dar (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 62, so auch Danner/Theobald/Hummel, Energierecht, 85.EL, § 19 ARegV Rn. 30). Andererseits erscheint eine möglichst frühzeitige Einführung einer Qualitätsregulierung notwendig, um ein Auseinanderfallen von Effizienzvorgaben und ausreichender Versorgungsqualität zu verhindern. Eine Anreizregulierung, die Qualitätsvorgaben zu berücksichtigen hat, muss dies zeitnah tun, da ansonsten die lediglich effizienzbasierten Erlösobergrenzen dem vom Gesetz vorgegebenen Anspruch nicht gerecht werden und insoweit nicht sachgerecht sind (Herrmann/Westermann in Holznagel/Schütz, ARegV, § 19 Rn. 20). Dies rechtfertigt auch ein Abweichen vom Grundsatz des § 23 Abs. 3 Satz 3 ARegV dahingehend, dass unabhängig vom Beginn einer neuen Regulierungsvorgaben Qualitätsvorgaben eingeführt werden, sobald hinreichend belastbare Daten dies erlauben. 55

Dem hat der Verordnungsgeber durch Erlass der Anreizregulierungsverordnung entsprochen und in § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV Vorgaben für den Beginn der Anwendung des Qualitätselements gemacht. Danach soll die Einführung des Qualitätselements bereits zur oder im Laufe der ersten Regulierungsperiode erfolgen, soweit der Regulierungsbehörde hinreichend belastbare Datenreihen vorliegen. Zwingend notwendige Folge der Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV ist, dass eine Anpassung der Erlösobergrenze wegen eines Qualitätselements jeweils zum 1. Januar eines Jahres auch innerhalb einer Regulierungsperiode erfolgen darf. 56

2. Die Anordnung der Erlösobergrenzen durch den angefochtenen Bescheid zum 01.01.2012 beinhaltet keine unzulässige Rückwirkung. Der Umstand, dass die Bundesnetzagentur die Bestimmung der individuellen Qualitätsvorgabe im Laufe des Jahres 2012 und damit für das Kalenderjahr 2012 teilweise rückwirkend vorgenommen hat, stellt keinen Verstoß gegen § 4 Abs. 5 Satz 2 ARegV dar. 57

a) Wie bereits ausgeführt verpflichtet § 4 Abs. 5 Satz 1 ARegV die Regulierungsbehörde für den Fall, dass eine Bestimmung des Qualitätselements nach Maßgabe des § 19 ARegV erfolgt, die Erlösobergrenze von Amts wegen entsprechend anzupassen. Nach § 4 Abs. 5 Satz 2 ARegV erfolgt die Anpassung höchstens einmal jährlich zum 1. Januar des folgenden Kalenderjahres. Damit gibt § 4 Abs. 5 ARegV verbindlich vor, wann die Implementierung des Qualitätselements in die Erlösobergrenzen zu erfolgen hat. Korrespondierend zu dem Anpassungsmechanismus der Erlösobergrenzen enthält § 17 Abs. 2 ARegV einen Anpassungsmodus für die Entgelte. Danach sind die Netzbetreiber verpflichtet, im Falle einer Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 und Abs. 5 ARegV die Netzentgelte anzupassen, soweit sich daraus eine Absenkung ergibt. Im Falle einer Erhöhung der Erlösobergrenze infolge einer Anpassung obliegt eine Entgeltanpassung der Entscheidung des Netzbetreibers. Die Entgeltanpassung hat jeweils zum 1. Januar eines Kalenderjahres zu erfolgen, § 17 Abs. 3 Satz 1 ARegV. 58

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hätte die Anpassung der Erlösobergrenzen durch die für die Betroffene bestimmte Qualitätsvorgabe allerdings noch im Jahr 2011 im Wege der 59

Festlegung entsprechend § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV erfolgen müssen, um eine Entgeltanpassung zum 01.01.2012 zu ermöglichen. Indessen sieht Art. 37 Abs.10 der RL 2009/72/EG vor, dass die Regulierungsbehörden befugt sind, vorläufig geltende Übertragungs- und Verteilungstarife festzulegen oder zu genehmigen und über geeignete Ausgleichsmaßnahmen zu entscheiden, falls sich die Festlegung der Tarife verzögert. Entsprechend ist in der Neuregelung des § 20 Abs. 1 Satz 2 EnWG, durch die die Richtlinie umgesetzt worden ist, geregelt, dass Netzbetreiber verpflichtet sind, zum 15. Oktober eines jeden Jahres für das Folgejahr vorläufige Entgelte zu veröffentlichen, wenn die Entgelte für den Netzzugang bis zum 15. Oktober nicht ermittelt worden sind. Wenn aber vorläufige Regelungen im Zusammenhang mit der Festlegung der Erlösobergrenze für ein Kalenderjahr zulässig sind, kann der Regelung des § 4 Abs. 5 Satz 2 ARegV nicht die Bedeutung zukommen, dass die endgültige Festlegung vorab für das folgende Kalenderjahr erfolgen muss.

Vor diesem Hintergrund war es ausreichend, dass die Bundesnetzagentur der Betroffenen noch im Jahr 2011 den von ihr berechneten vorläufigen Abschlag auf die Erlösobergrenzen unter Hinweis auf die Festlegung vom 07.06.2011 mitgeteilt hat, in der sie den Beginn der Anwendung des Qualitätselements – trotz der Formulierung „soll“- auf den 01.01.2011 bestimmt hat. Auf Basis der mitgeteilten Daten konnte die Betroffene ihr Netzentgelt für das Jahr 2012, das sie nach der Neuregelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG zum 15.10.2011 zu veröffentlichen hatte, entsprechend § 17 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 ARegV mit Blick auf die vorläufige Bestimmung des Qualitätselements zum 01.01.2012 anpassen. Im weiteren Verlauf hat die Bundesnetzagentur der Betroffenen auch noch im Jahr 2011 den Entwurf des Beschlusses der Festlegung zur Bestimmung des Qualitätselements übermittelt. 60

3. Einwände gegen den Regelungsgehalt der Festlegung vom 07.06.2011, sind unbeachtlich. Die gegenüber der Betroffenen eingetretene Bestandskraft der Festlegung steht einer inhaltlichen Überprüfung der dort enthaltenen Vorgaben zum Qualitätselement entgegen. 61

a) Die Rechtsverbindlichkeit und Bindungswirkung der Festlegung folgt daraus, dass die Festlegung auf der Rechtsgrundlage des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 6 ARegV beruht. Die Festlegung ist als Allgemeinverfügung mit Regelungswirkung im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG ergangen. Der Geltungsbereich der Festlegung ergibt sich bereits aus ihrer Bezeichnung. Danach beinhalten ihre Regelungen Vorgaben für den Beginn der Anwendung des Qualitätselements sowie über die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements für Elektrizitätsverteilernetze nach den §§ 19 und 20 ARegV. Als wirksamer Verwaltungsakt entfaltet die Festlegung Tatbestandswirkung und führt damit zu einer Bindung an die getroffene Regelung (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.04.1989, 8 C 82/79, Rn. 25 bei juris, OVG NW, Urteil vom 20.08.2002, 15 A 1031/01, Rn. 22 bei juris; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Auflage, § 43 Rn. 41). 62

b) Dies gilt für mögliche Einwendungen gegen den in der allgemeinen Festlegung bestimmten Zeitpunkt des Beginns der Anwendung, die allgemeine Methodik bei der Ermittlung des Qualitätselements und die Belastbarkeit der für die Methodikfestlegung verwendeten Datengrundlage. 63

Auch sind die in der allgemeinen Festlegung, die in Tenorziffer 13 auf die Definitionen der Anlage 1 zur Festlegung über die Datenerhebung vom 20.04.2011 verweist, enthaltenen Datendefinitionen einer Überprüfung entzogen. Dies betrifft den Einwand, im Rahmen der Ermittlung der Lastdichte, die sich ausweislich der Festlegung zur Datenerhebung aus der Division der Jahreshöchstlast der betrachteten Netzebene durch die entsprechende Bezugsfläche ergebe, würden die Weiterverteiler zu Unrecht nur bei der Jahreshöchstlast, 64

nicht aber bei der Bezugsfläche berücksichtigt.

Des Weiteren sind die Vorgaben zu der Nichtberücksichtigung der Daten von Netzbetreibern im vereinfachten Verfahren und der Daten aus dem Effizienzvergleich verbindlich. 65

Die Betroffene kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Bundesnetzagentur habe neben der Lastdichte auch andere Strukturparameter auf ihre Geeignetheit hin überprüfen müssen. Dies gilt insbesondere für die teilweise geforderte Berücksichtigung der im Consentec-Gutachten als statistisch signifikant identifizierten Parameter dezentrale Einspeiseleistung und Jahreshöchstlast pro Letztverbraucher sowie für Versorgungsunterbrechungen durch Einwirkungen Dritter. Dabei kann im Hinblick auf Versorgungsunterbrechungen durch Einwirkungen Dritter offen bleiben, ob solche Einwirkungen überhaupt als gebietsstrukturelle Unterschiede im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 ARegV einzuordnen sind. Die alleinige Berücksichtigung des Parameters Lastdichte als gebietsstruktureller Unterschied ergibt sich bereits aus Tenorziffer 8 der Festlegung. Diese gibt vor, dass im Falle der Ablehnung der statistischen Bedeutsamkeit der Lastdichte auf Basis der Daten der Jahre 2007 bis 2009 die Ermittlung des Referenzwerts mittels einer einfachen mit der Anzahl der Letztverbraucher gewichteten Mittelwertbildung erfolgt. 66

Ebenso wenig hatte die Bundesnetzagentur die Möglichkeit einer Gruppenbildung erneut zu überprüfen. Sie hat sich im Rahmen der allgemeinen Festlegung entsprechend den Empfehlungen der Consentec-Gutachter dafür entschieden, die gebietsstrukturellen Unterschiede bei der Bestimmung der Kennzahlvorgaben in Form einer kontinuierlichen Funktion abzubilden und von einer Gruppenbildung abzusehen. 67

Schließlich ist der Einwand unbeachtlich, die Bundesnetzagentur habe im Rahmen der Ermittlung der individuellen Qualitätsvorgabe die Datenbasis über die Jahre 2007 bis 2009 hinaus vergrößern müssen. Auch insoweit gibt die Festlegung vor, dass ihre Umsetzung für die erste Regulierungsperiode auf der Datengrundlage der Kalenderjahre 2007 bis 2009 zu erfolgen hat. 68

4. Der angefochtene Beschluss ist aber rechtswidrig, soweit er unter Ziffer II.3 Abs. 3 seiner Gründe vorgibt, dass Letztverbraucher, welche an die jeweilige Netz- oder Umspannebene des dem eigenen Netz nachgelagerten oder benachbarten Netzbetreibers angeschlossen sind, nicht zur Bestimmung des Qualitätselements herangezogen werden. Diese Vorgabe widerspricht der allgemeinen Festlegung. 69

a) Nach Tenorziffer 9 i.V.m. Ziffer II.7.2 der Begründung der Festlegung vom 07.06.2011 erfolgt bei der Ermittlung des Referenzwerts die Gewichtung der Durchschnittswerte mit der Anzahl der potenziell von der Versorgungsunterbrechung betroffenen Letztverbraucher. Für die Niederspannungsebene sind die direkt an das Niederspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher und die an die benachbarte Netzebene angeschlossenen Letztverbraucher zugrunde zu legen. Für die Mittelspannungsebene sind über die an das Mittelspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher hinaus auch die angeschlossenen Letztverbraucher der dem Mittelspannungsnetz nachgelagerten und benachbarten Netz- und Umspannebenen zu berücksichtigen. Entsprechend dem Vorgehen bei der Ermittlung des Referenzwerts sollen nach der allgemeinen Festlegung (Tenorziffer 10)) auch bei der Berechnung des Bonus bzw. des Malus für die Niederspannungsebene die angeschlossenen Letztverbraucher und die Letztverbraucher benachbarter Netzebenen und für die Mittelspannungsebene die an das Mittelspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher sowie die angeschlossenen Letztverbraucher der dem Mittelspannungsnetz nachgelagerten und benachbarten Netz- und Umspannebenen zugrunde gelegt werden. 70

Dagegen heißt es in dem angefochtenen Beschluss, dass abweichend von der allgemeinen Festlegung Letztverbraucher, welche an die jeweilige Netz- oder Umspannebene des dem eigenen Netz nachgelagerten oder benachbarten Netzbetreibers angeschlossen sind, nicht zur Bestimmung des Qualitätselements herangezogen werden. Diese Letztverbraucher fließen also weder bei der Gewichtung im Rahmen der Ermittlung des Referenzwerts noch im Rahmen der Monetarisierung in die Bestimmung der individuellen Qualitätselementsvorgabe ein. 71

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss stellt eine Abweichung von den Vorgaben der Festlegung vom 07.06.2011 dar. Dies ergibt sich bereits aus dem angefochtenen Beschluss, in dem ausgeführt wird, dass „abweichend“ von der allgemeinen Festlegung Letztverbraucher, die an benachbarte oder nachgelagerte Netzebenen angeschlossen sind, nicht zur Bestimmung des Qualitätselements herangezogen werden. Soweit die Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erstmals vorträgt, sie habe die Anzahl der Letztverbraucher benachbarter und nachgelagerter Netzebenen gemäß §§ 30, 4 Abs. 1, 19 ARegV geschätzt, im Rahmen des konkreten Schätzvorgangs sei es jedoch nicht möglich gewesen, sich konkreten Letztverbraucherzahlen zu nähern, weshalb im Ergebnis für alle Netzbetreiber eine Null geschätzt worden sei, überzeugt dies angesichts des Wortlauts des angefochtenen Bescheids nicht. Denn dieser enthält keine Ausführungen zu dem behaupteten Schätzvorgang. 72

b) Die Bundesnetzagentur war nicht befugt, im Rahmen des angefochtenen Bescheids von der allgemeinen Festlegung abweichende Regelungen zu treffen. Denn die Bindungswirkung eines Verwaltungsakts besteht nicht nur gegenüber dem Adressaten, sondern insbesondere auch gegenüber der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.04.1989, 8 C 82/79, Rn. 25 bei juris, OVG NW, Urteil vom 20.08.2002, 15 A 1031/01, Rn. 22 bei juris; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 43 Rn. 41). Das bedeutet, dass sich nicht nur der Adressat, sondern auch die Behörde an die bekanntgegebene Regelung halten muss, auch wenn sie diese sachlich für unberechtigt hält. Für die Behörde gilt zudem, dass sie, solange der Verwaltungsakt wirksam ist, keine abweichenden Entscheidungen erlassen darf. Sofern die Behörde dennoch eine abweichende Entscheidung trifft, führt der Widerspruch zwischen den Bescheiden zur Rechtswidrigkeit des späteren Verwaltungsakts (BVerwG, Urteil vom 09.05.2012, 6 C 3/12, Rn. 16 bei juris; OVG NW, Urteil vom 20.08.2002, 15 A 1031/01, Rn. 2 bei juris; Sachs, a.a.O., § 43 Rn. 135 ff.). 73

c) Die allgemeine Festlegung ist auch derzeit wirksam, insbesondere hat die Bundesnetzagentur sie durch den angefochtenen individuellen Bescheid weder ausdrücklich noch konkludent teilweise aufgehoben. 74

Nach § 43 Abs. 2 VwVfG bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. 75

Unerheblich ist, ob aus dem angefochtenen Beschluss hinreichend deutlich hervorgeht, dass die Regelungen der allgemeinen Festlegung bezüglich der Behandlung der an nachgelagerte und benachbarte Netze angeschlossenen Letztverbraucher aufgehoben werden sollen. Denn eine solche Aufhebung ist bereits unzulässig, weil die erforderliche Form nicht eingehalten ist. Es steht der Bundesnetzagentur nicht zu, mittels eines individuellen, nur an die Betroffene gerichteten Bescheids eine gegenüber einem größeren Adressatenkreis geltende Allgemeinverfügung abzuändern. 76

Die (Teil-) Aufhebung stellt einen actus contrarius zur Vornahme des aufzuhebenden Verwaltungsakts dar. Nach der Lehre vom actus contrarius teilt die Aufhebung einer Maßnahme deren Rechtsnatur. So kann beispielsweise ein Gesetz nur durch ein anderes Gesetz und ein Verwaltungsakt nur durch einen anderen Verwaltungsakt aufgehoben werden. Da die allgemeine Festlegung eine Allgemeinverfügung ist, die sich an eine Vielzahl von Adressaten richtet, hätte die Bundesnetzagentur diese wirksam nur mittels einer weiteren Allgemeinverfügung aufheben können. Dies ergibt sich auch daraus, dass es den übrigen Netzbetreibern nicht möglich ist, von der Änderung der allgemeinen Festlegung überhaupt Kenntnis zu nehmen, wenn diese nur individuell erfolgt.

Dieser Verstoß gegen die Festlegung führt zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids, soweit Letztverbraucher in nachgelagerten und benachbarten Netzen bei der Ermittlung des Referenzwerts sowie der Berechnung des Zu- oder Abschlages nicht berücksichtigt werden. 78

d) Im Übrigen wäre die getroffene Regelung auch dann rechtswidrig, wenn man – dem Vorbringen der Bundesnetzagentur folgend - von einer Schätzung der Anzahl der an benachbarte und nachgelagerte Netze angeschlossenen Letztverbraucher ausginge. Denn in diesem Fall hätte die Bundesnetzagentur die Grundlagen der Schätzung nicht hinreichend dargelegt. 79

Durch § 30 Satz 2 ARegV wird die Regulierungsbehörde ermächtigt, die für die Bestimmung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 1 ARegV notwendigen Daten zu schätzen, soweit keine oder offenkundig unrichtige Daten vorliegen. Allerdings hat die Regulierungsbehörde bei der Entscheidung, ob sie auf eine Schätzung oder Referenznetzanalyse zurückgreift und wie sie diese ausgestaltet, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Dies entspricht den allgemeinen Anforderungen der § 40 VwVfG, § 114 VwGO an den Erlass von Verwaltungsakten, die im Ermessen der Behörde stehen. Bei der Ermittlung der Daten nach Satz 2 ist dabei u.a. zu berücksichtigen, dass ein möglichst wirklichkeitsgetreues Ergebnis erzielt wird, um eine übermäßige Belastung der Netzbetreiber und auch der Netzkunden zu vermeiden (vgl. auch Karalus/Schreiber in Holznapel/Schütz, ARegV, § 30 Rn. 22). Die Regulierungsbehörde hat ihr Ermessen nach § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen einzuhalten. Eine Schätzung ohne Rückgriff auf verfügbare Anhaltspunkte (andere vorhandene oder bekannte Daten) wäre unverhältnismäßig (Karus/Schreiber, a.a.O., § 30 Rn. 20). 80

Die Bundesnetzagentur hat auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht hinreichend konkret vorgetragen, warum im Rahmen einer Schätzung auf der Grundlage der vorhandenen Daten noch nicht einmal Näherungswerte zu bestimmen gewesen sein sollen. Näherungswerte hätten etwa im Rahmen einer Bildung von Netzbetreibergruppen anhand der Kriterien Größe oder Netzstruktur bestimmt werden können. Dass die Ermittlung von Näherungswerten unmöglich gewesen wäre oder einen unzumutbaren Aufwand bedeutet hätte, hat die Bundesnetzagentur nicht konkret dargelegt. 81

Insbesondere ist entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur die Beschränkung auf Letztverbraucher des betroffenen Netzbetreibers nicht bereits deshalb tragfähig, weil das System zur Qualitätsregulierung im Wesentlichen lediglich dahingehend beeinflusst wird, dass die Anreizwirkung des Qualitätselements insgesamt sinkt. 82

Die Änderung bei der Behandlung von Letztverbrauchern benachbarter und nachgelagerter Netzebenen hat erhebliche Auswirkungen auf die Letztverbraucher. Nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ing. A. (ergänzende 83

gutachterliche Stellungnahme vom 30.06.2015, S. 11 ff.) ist zwar eine absolute Quantifizierung dieser Effekte mangels hinreichender Datenbasis nicht möglich. Der Sachverständige verweist jedoch auf eine vom Forum Netztechnik/Netzbetrieb im VDE erstellte Verfügbarkeitsstatistik für das Jahr 2013, in der erstmals auf Basis einer getrennten Erfassung der installierten und unterbrochenen Weiterverteilingleistungen dieser Effekt quantifiziert worden sei. Dabei habe sich ergeben, dass der Anteil der Weiterverteilingleistungen an der gesamten installierten Bemessungsscheinleistung auf der Mittelspannungsebene etwa 10 % betrage. Ohne Berücksichtigung der Weiterverteilingleistungen errechneten sich für die Mittelspannungsebene um etwa 7 % höhere deutschlandweite ASIDI-Werte für ungeplante Versorgungsunterbrechungen, während bei den geplanten Versorgungsunterbrechungen die relative Erhöhung ca. 10 % betrage. Die netzbetreiberspezifischen ASIDI auf der Mittelspannungsebene könnten ohne Berücksichtigung von Weiterverteilingleistungen um bis zu 40 % höher als bei Berücksichtigung sein. Allerdings seien auch geringere ASIDI-Werte um bis zu 4 % aufgetreten. Die netzbetreiberspezifischen ASIDI auf der Niederspannungsseite ohne Berücksichtigung von Weiterverteilingleistungen könnten um bis zu 13 % höher sein als bei Berücksichtigung.

Die abweichende Behandlung von Letztverbrauchern benachbarter und nachgelagerter Netze 84 führt auch zu Verschiebungen zwischen den Netzbetreibern führt. Nach den Ausführungen des Sachverständigen (ergänzende gutachterliche Stellungnahme vom 30.06.2015, S. 8) finden sich Schnittstellen zu Weiterverteilern auf gleicher Netzebene nicht ausschließlich, aber überwiegend bei Mittelspannungsnetzen außerhalb von Bereichen großer Lastdichten, da Niederspannungsnetze aufgrund ihrer geringeren Ausdehnung meistens vom gleichen Netzbetreiber betrieben werden und durch Konzessionsübergänge wenig neue Schnittstellen zu Weiterverteilern entstehen. In rein städtischen Netzen liegt nach den Ausführungen des Sachverständigen ein einheitliches und oftmals größeres Konzessionsgebiet vor, so dass zum einen vollständige galvanisch getrennte Mittelspannungsnetze existieren und zum anderen durch Konzessionsübergänge wenig neue Schnittstellen zu Weiterverteilern entstehen. Demnach weisen die Netzbetreiber je nach Netzstruktur eine sehr unterschiedliche Anzahl von Weiterverteilern auf und sind von einer einheitlichen Schätzung auf Null in unterschiedlichem Maße betroffen.

Eine einheitliche Schätzung auf Null lässt sich deshalb nicht mit dem Argument rechtfertigen, 85 dass hierdurch lediglich die Anreizwirkung des Qualitätselements insgesamt sinke und keine verzerrenden Effekte aufträten.

5. Die Bundesnetzagentur hat auch das ihr zustehende Regulierungsermessen bei der von 86 Gesetz- und Verordnungsgeber vorgegebenen Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede in der Niederspannungsebene nicht sachgerecht ausgeübt. Ein hinreichend belastbarer Zusammenhang zwischen der Versorgungszuverlässigkeit und dem von der Bundesnetzagentur zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede herangezogenen Strukturparameter Lastdichte liegt nach dem Ergebnis der von dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme in dieser Netzebene nicht vor.

a) § 21a Abs. 5 Satz 2 EnWG bestimmt, dass bei der Ermittlung von Qualitätsvorgaben 87 Strukturunterschiede zu berücksichtigen sind. Diese Vorgabe des Gesetzgebers hat der Verordnungsgeber in § 20 Abs. 2 Satz 2 und 3 ARegV dahingehend präzisiert, dass bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben gebietsstrukturelle Unterschiede zu berücksichtigen sind, wobei dies durch Gruppenbildung erfolgen kann. Dabei hat der Verordnungsgeber eine Unterscheidung nach Stadt und Land oder nach neuen und alten Bundesländern zwar für

möglich gehalten (BR-Drucks. 417/07, S. 64), dies oder auch die in § 20 Abs. 2 Satz 3 ARegV angesprochene Gruppenbildung aber nicht zwingend vorgeschrieben, so dass der Regulierungsbehörde bei der Festlegung der anzuwendenden Parameter ein Entscheidungsspielraum zusteht. Allerdings lässt sich den gesetzlichen Vorgaben der Auftrag an die Regulierungsbehörde entnehmen, bei der Bestimmung des Qualitätselements dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Versorgungsstruktur eine starke, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbare Wirkung auf die Netzzuverlässigkeit hat und das Qualitätsniveau im Hinblick auf die Kosten-Nutzen-Relation etwa in ländlichen Gebieten geringer sein kann als in städtischen Gebieten (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 55).

In der Festlegung vom 07.06.2011 hat die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des Consentec-Gutachtens bestimmt, dass bei der Heranziehung des Strukturparameters Lastdichte zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede die Ermittlung des Referenzwerts mittels einer Regressionsanalyse erfolgen soll und die Referenzwerte in Form eines hyperbolischen funktionalen Zusammenhangs berechnet werden sollen. Bei der angegebenen Formel handelt es sich um die Grundvariante einer hyperbolischen Funktion, bei der die Referenzwerte in Abhängigkeit von der Lastdichte berechnet werden. Der hyperbelähnliche Funktionsverlauf hat sich aus analytischen Überlegungen der Consentec-Gutachter ergeben und ist von ihnen durch analytische Modellrechnungen bestätigt worden. Die Untersuchungen der Consentec-Gutachter auf der Basis der Kalenderjahre 2006 bis 2008 haben gezeigt, dass die gebietsstrukturellen Unterschiede in der Mittelspannungsebene durch den Parameter Lastdichte am besten abgebildet werden. In der Niederspannungsebene konnten die Gutachter indessen auf Basis der empirischen Untersuchungen mit der verfügbaren Datenbasis keinen klaren empirischen Zusammenhang zwischen der Lastdichte und der Versorgungszuverlässigkeit feststellen. Die Gutachter hatten empfohlen, für diese Netzebene auf die Einbeziehung gebietsstruktureller Unterschiede zu verzichten und lediglich einen einheitlichen gewichteten Durchschnittswert als Referenzwert für alle Netze zu bestimmen (Abschnitt 3.3.3., S. 72 ff., 92, 98 des Consentec-Gutachtens). Sie hatten allerdings nicht ausgeschlossen, dass bei einer Vergrößerung der Datenbasis und der damit verbundenen Möglichkeit einer Reduzierung der stochastischen Einflüsse sich in den nächsten Jahren aus den empirischen Analysen belastbare Strukturparameter ableiten lassen würden.

88

Die Bundesnetzagentur hat in der Festlegung vom 07.06.2011 dennoch vorgesehen, den Strukturparameter Lastdichte auch in der Niederspannungsebene heranzuziehen, dies jedoch unter den Vorbehalt gestellt, dass sich dieser nach Auswertung der aufgrund der Festlegung zur Datenerhebung vom 20.04.2011 erhobenen Daten für die Kalenderjahre 2007 bis 2009 als statistisch bedeutsam erweist. Weist der Strukturparameter Lastdichte keine statistische Signifikanz auf, erfolgt die Ermittlung der Referenzwerte nach der Festlegung auf Basis einer einfachen, mit der Anzahl der Letztverbraucher gewichteten Mittelwertbildung. Diese bindenden Vorgaben der Bundesnetzagentur entsprechen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Anforderungen, die sich aus § 21a EnWG und §§ 19, 20 ARegV ergeben (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 57 f.).

89

b) Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur liegt eine statistische Bedeutsamkeit des Strukturparameters Lastdichte auf Basis der Daten der Kalenderjahre 2007 bis 2009 im Sinne der Festlegung vom 07.06.2011 nicht vor.

90

aa) Der Vorbehalt der statistischen Bedeutsamkeit ist dahingehend zu verstehen, dass der Parameter Lastdichte gebietsstrukturelle Unterschiede, die Einfluss auf die Versorgungszuverlässigkeit haben, unter Berücksichtigung der im Consentec-Gutachten

91

aufgestellten Grundsätze belastbar abbilden muss.

Dies entspricht den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben in § 21 Abs. 5 Satz 2 EnWG und § 20 Abs. 2 Satz 2 und 3 ARegV. Diese setzen voraus, dass ein berücksichtigungsfähiger gebietsstruktureller Unterschied tatsächlich gegeben ist. Ein solches auf das Netzgebiet und nicht auf rein unternehmensbezogene Umstände bezogenes besonderes Strukturmerkmal liegt dann vor, wenn dessen Maßgeblichkeit für die Netzzuverlässigkeit der Netzbetreiber im Allgemeinen und nicht nur einzelner Unternehmen nachzuweisen ist. Nicht ausreichend ist es insbesondere, wenn ein Strukturmerkmal lediglich für eine sehr geringe Anzahl der betroffenen Unternehmen einen zudem nur äußerst geringen statistischen Zusammenhang mit der Versorgungsqualität aufweist. Ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben liegt nicht nur dann vor, wenn gebietsstrukturelle Unterschiede nicht berücksichtigt werden, sondern ist auch gegeben, wenn Strukturparameter in der Weise berücksichtigt werden, dass gebietsstrukturelle Unterschiede nicht belastbar und schlüssig abgebildet werden. 92

Dem hat die Bundesnetzagentur entsprochen, indem sie die Verwendung des Parameters Lastdichte unter den Vorbehalt der statistischen Bedeutsamkeit gestellt hat. Dabei ist aufgrund der Verweisungen in der Begründung der Festlegung zur Methodik der Begriff der „statistischen Bedeutsamkeit“ nicht im Sinne eines bloß positiven Signifikanztests zu verstehen, der für den Zusammenhang zwischen Lastdichte und Versorgungszuverlässigkeit auf der Basis der Jahre 2007 bis 2009 unstreitig positiv ausfällt. Vielmehr folgt die Bundesnetzagentur, wenngleich sie es sich in der Festlegung offen hält, den Strukturparameter Lastdichte auch in der Niederspannungsebene heranzuziehen, in den Gründen der Festlegung den Empfehlungen der Consentec-Gutachter (vgl. Ziffer II.7.1 der Festlegung, S. 17 f.). So hat die Bundesnetzagentur zum Beispiel in der Festlegung nicht den Parameter „Dezentrale Einspeiseleistung“ als potenziellen gebietsstrukturellen Unterschied nach § 20 Abs. 2 ARegV vorgesehen. Dieser von den Gutachtern in der Niederspannungsebene als statistisch signifikant (t-Test) geprüfte Parameter wurde im Consentec-Gutachten aus ingenieurwissenschaftlichen Erwägungen (Mangel an belastbaren Vergleichsdaten) als ungeeignet qualifiziert. Auch wurde der durch die Gutachter als (schwach) statistisch signifikant erkannte Parameter „Jahreshöchstleistung pro Letztverbraucher“ aus ingenieurwissenschaftlichen Gründen verworfen. Die Bundesnetzagentur hat sich insofern die Bewertung der Gutachter zu Eigen gemacht und beide Parameter für die Festlegung des individuellen Qualitätselements nicht mehr überprüft. Des Weiteren beruft sich die Bundesnetzagentur bei der zur Bestimmung der individuellen Festlegung erfolgten Untersuchung des Parameters Lastdichte nicht nur auf statistische Analysemethoden, sondern greift auch auf ingenieurwissenschaftliche Bewertungen zurück, indem sie den Exponenten c auf den Wertebereich zwischen 0,5 und 1 beschränkt. Dieser Wertebereich hat sich aus der Modellnetzanalyse des Consentec-Gutachtens ergeben. Dies belegt, dass die Festlegung mit statistischer Bedeutsamkeit die Berücksichtigungsfähigkeit der Lastdichte entsprechend der im Consentec-Gutachten aufgestellten Grundsätze meint. 93

bb) Eine in diesem Sinne zu verstehende statistische Bedeutsamkeit des Strukturparameters Lastdichte ist für die Niederspannungsebene nicht gegeben. 94

(1) Die statistische Bedeutsamkeit des Strukturparameters Lastdichte für die Versorgungszuverlässigkeit ist anhand eines ingenieurwissenschaftlichen Untersuchungsansatzes zu beurteilen. 95

Die Bundesnetzagentur hat im Beschwerdeverfahren ihr Vorgehen dahingehend erläutert, bei den durch das Beraterkonsortium Consentec durchgeführten Modellnetzanalysen habe sich 96

die Lastdichte als der am besten geeignete Parameter erwiesen, um gebietsstrukturelle Einflüsse auf die Versorgungszuverlässigkeit abzubilden. Da es im Ausgangsgutachten für möglich erachtet werde, dass sich bei veränderter und vergrößerter Datenbasis statistische Signifikanzen zwischen Strukturparametern und erreichter Nichtverfügbarkeit ergeben könnten, habe sie den Zusammenhang zwischen der Lastdichte und der Netzzuverlässigkeit auf der Basis der Daten der Jahre 2007 bis 2009 einer erneuten Prüfung unterzogen. Die erneute Überprüfung anhand des t-Tests habe gezeigt, dass sich die Lastdichte auch in der Niederspannungsebene – anders als im Rahmen des Consentec-Gutachtens - als statistisch signifikant erweise. Dieses Ergebnis sei durch den F-Test bestätigt worden. Dagegen sei das Bestimmtheitsmaß R^2 nicht geeignet, um einen Parameter zu bestätigen oder zu verwerfen, sondern werde nur genutzt, um verschiedene Parameter zu vergleichen und das beste Modell auszuwählen.

Diese Argumentation wird jedoch durch die Angaben des vom Gericht zur Beurteilung der Sachgerechtigkeit der Heranziehung des Strukturparameters Lastdichte in der Niederspannungsebene herangezogenen Sachverständigen Dr.-Ing. A. widerlegt. Der Sachverständige, dessen besondere Sachkunde sich bereits daraus ergibt, dass er an der Erstellung des Ausgangsgutachtens beteiligt war, hat in seinen schriftlichen Stellungnahmen vom 16.04.2014 und vom 30.06.2015 überzeugend ausgeführt, die Beurteilung, ob ein Strukturparameter zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede geeignet sei, habe aufgrund einer ingenieurwissenschaftlichen Betrachtung zu erfolgen. Diese Ansicht hat er in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2016 bestätigt. 97

Der Sachverständige hat auf Seite 4 f. seiner Stellungnahme vom 16.04.2014 zunächst die Vorgehensweise bei der Erstellung des Consentec-Gutachtens erläutert. Er hat ausgeführt, dem Gutachten liege grundsätzlich ein ingenieurwissenschaftlicher Untersuchungsansatz zugrunde, der neben einem rein statistischen Nachweis einer möglichen Signifikanz auch eine nachvollziehbare Deutung der Ergebnisse erfordere. 98

Zwar sei der rein statistische Ansatz der Bundesnetzagentur im Grundsatz nachvollziehbar und hinsichtlich der statistischen Methode nicht prinzipiell zu bemängeln. Seiner Ansicht nach sei aber gerade auf der Niederspannungsebene der dem Ausgangsgutachten zugrunde liegende ingenieurwissenschaftliche Ansatz geboten. So sei, wie im Ausgangsgutachten auf Seite 83 bereits ausgeführt, zu erwarten, dass in der Niederspannungsebene aufgrund der geringeren absoluten Nichtverfügbarkeiten systematische Unterschiede durch trotz Mittelwertbildung über drei Jahre verbleibende Stochastik überdeckt oder abgeschwächt würden. Ebenso könnten aufgrund der geringeren absoluten Nichtverfügbarkeiten durch Strukturmerkmale nicht erfassbare Einflussparameter wie historische Entwicklungen oder individuelle Besonderheiten größeren Einfluss aufweisen als systematische Zusammenhänge mit als Kenngrößen formulierbaren Strukturparametern. Daher sei die belastbare analytische Erklärbarkeit von Zusammenhängen zu fordern. In diesem Zusammenhang sei auch das Bestimmtheitsmaß bedeutsam, das die Güte eines Regressionsmodells oder auch den Erklärungsbeitrag einer Regressionsfunktion bemesse. Das Bestimmtheitsmaß könne aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht durchaus dazu dienen, Zweifel an der hinreichenden Belastbarkeit eines Einflusses eines Parameters auf eine zu untersuchende Größe aufzuwerfen, auch wenn dieser Parameter selbst den Signifikanztest bestanden habe. 99

(2) Bei der gebotenen Anwendung eines ingenieurwissenschaftlichen Maßstabs ist die Anwendung des Strukturparameters Lastdichte nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nicht sachgerecht. 100

Der Sachverständige hat, wie auf Seite 8 f. seiner Stellungnahme vom 16.04.2014 dargestellt, die von der Bundesnetzagentur bereitgestellte Datenbasis der Jahre 2007 bis 2009 für die Ermittlung der Referenzfunktion auf der Niederspannungsebene zunächst dem identischen Bewertungsprozess wie auch die Bundesnetzagentur unterworfen. Er hat dabei unter Anwendung anderer Werkzeuge den signifikanten Einfluss des Parameters Lastdichte auf die Nichtverfügbarkeit in der Niederspannungsebene sowie den Verlauf der Regressionsfunktion für den von der Bundesnetzagentur verwendeten Exponenten $c = 1$ einschließlich des von der Bundesnetzagentur ermittelten Bestimmtheitsmaßes von $R^2 = 0,08383$ bestätigt. Er hat auch bestätigt, dass innerhalb des beschränkten Wertebereichs für den Exponenten c zwischen 0,5 und 1 die von der Bundesnetzagentur verwendete Regressionsfunktion das größte Bestimmtheitsmaß liefere.

Allerdings zieht der Sachverständige aus diesem Ergebnis andere Schlussfolgerungen als die Bundesnetzagentur. Er geht aufgrund der durch die Überprüfung anhand der Daten der Jahre 2007 bis 2009 gewonnenen Erkenntnisse davon aus, dass die Bundesnetzagentur auf die Verwendung des Strukturparameters Lastdichte in der Niederspannungsebene verzichten sollte. Dies begründet er unter Verweis auf die im Consentec-Gutachten dargestellten Grundsätze damit, dass das geringe Bestimmtheitsmaß zu einem großen Unsicherheitsbereich der Regressionsfunktion der Bundesnetzagentur führe. Zudem liefere die von der Bundesnetzagentur ausgewählte Regressionsfunktion zwar innerhalb eines beschränkten Wertebereichs für den Exponenten c zwischen 0,5 und 1 das größte Bestimmtheitsmaß. Würden allerdings bei der Anpassung der Zielfunktion nicht die Koeffizienten a und b , sondern auch der Exponent c freigegeben und darüber optimiert, ergebe sich eine abweichende Regressionsfunktion mit einem Exponenten $c = 2,1$ (gerundet). Dabei erhöhe sich das Bestimmtheitsmaß auf $\text{adj. } R^2 = 0,095$. Würden analytische Überlegungen zur Plausibilisierung des sich ergebenden Exponenten herangezogen, so sei zwar durchaus eine optimale Wahl für eine Regression außerhalb des Wertebereichs 0,5 bis 1 möglich, doch liege der ermittelte Wert erheblich über der Plausibilitätsgrenze und seien aus den Modellnetzanalysen eher kleinere Werte für den Exponenten zu erwarten. Zudem sei das Optimum der Regressionsfunktion sehr flach, da sich mit deutlich geänderten Exponenten das erzielte Bestimmtheitsmaß nur geringfügig erhöhe. Auch lasse die rein visuelle Bewertung der Punktwolke, die allerdings aufgrund der nicht dargestellten Gewichtung der einzelnen Punkte mit den Letztverbraucher kennzahlen nur bedingt aussagekräftig sei, nicht zwangsläufig einen starken Zusammenhang zwischen Lastdichte und Nichtverfügbarkeit auf der Niederspannungsebene erwarten. Die Gesamtbewertung des Zusammenhangs aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht ergebe somit kein schlüssiges Bild und damit keine belastbare Begründung für die Anwendung der Lastdichte als Strukturmerkmal für die Qualitätsregulierung in der Niederspannungsebene.

Diese nachvollziehbaren schriftlichen Ausführungen hat der Sachverständige in seiner mündlichen Anhörung durch den Senat noch einmal bestätigt. Der Sachverständige hat ausgeführt, auch im Rahmen des Consentec-Gutachtens habe man stets angestrebt, eine Kongruenz zwischen dem empirischen Befund und den Modellüberlegungen zu erzielen. Daher habe er im Rahmen der Erstellung der gutachterlichen Stellungnahme für das Gericht entsprechend der Vorgehensweise im Ausgangsgutachten den Exponenten c freigegeben, um die aus der Modellnetzanalyse gewonnenen statistischen Werte auf ihre Plausibilität zu überprüfen. Die durchgeführten Modellnetzanalysen hätten sogar eher für einen Wert unter 0,5 gesprochen. Deshalb sei der errechnete Wert von $c = 2,1$, bei dem sich das größte Bestimmtheitsmaß ergebe, aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht nicht zu erklären.

103

104

Der Sachverständige hat auch die von der Bundesnetzagentur gegen seine Einschätzung erhobenen Einwände in überzeugender Weise zurückgewiesen.

Soweit die Bundesnetzagentur auf die nach ihrer Ansicht durch die Ergebnisse des t-Tests und des F-Tests belegte statistische Signifikanz verweist, hat der Sachverständige auf Seite 9 seiner Stellungnahme vom 16.04.2014 ausgeführt, dass der statistische Signifikanztest zwar eine positive Aussage über einen vorhandenen Zusammenhang gebe. Allerdings liefere dieser zusammen mit einer Regressionsfunktion nur ein geringes Bestimmtheitsmaß und damit einen geringen Erklärungsbeitrag, also einen großen Unsicherheitsbereich der Regressionsfunktion. Dies führe dazu, dass die Verwendung des Strukturparameters Lastdichte abzulehnen sei. 105

Der von der Bundesnetzagentur erhobene Einwand, das Ausgangsgutachten gebe einen Wertebereich von 0,5 bis 1 für den Exponenten c vor, eine Überprüfung von Werten außerhalb dieses Bereichs sei daher nicht geboten, überzeugt ebenfalls nicht. Im Ausgangsgutachten wurde für den Exponenten c lediglich ein plausibler analytisch erklärbarer Wertebereich angegeben. Gerade dies ist auch Ausgangspunkt der Überlegungen des Sachverständigen, der bemängelt, der plausible Wertebereich beinhalte nicht den Wert, bei dem die Regressionsfunktion das optimale Bestimmtheitsmaß erreiche. Der Sachverständige hat unter Verwendung der aktualisierten und bereinigten Daten aus den Jahren 2007 bis 2009 den Verlauf der herangezogenen Regressionsfunktion optimiert, um mit den nun zugrunde liegenden Daten einen größtmöglichen Erklärungsbeitrag des Strukturparameters Lastdichte zu erreichen. Das dabei gefundene Ergebnis lässt sich nach der gutachterlichen Stellungnahme unter analytischen Erwägungen aber nicht plausibel erklären. Lässt man dagegen – wie die Bundesnetzagentur – den Verlauf der Regressionsfunktion unverändert und innerhalb bestimmter Wertgrenzen (Exponent c zwischen 0,5 und 1), führt dies zu einem geringen Bestimmtheitsmaß und einem großen Unsicherheitsbereich der zugrunde gelegten Regressionsfunktion. 106

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur weicht der Sachverständige bei der von ihm zur Überprüfung der Ergebnisse der Bundesnetzagentur gewählten Vorgehensweise auch nicht von der Vorgehensweise im Ausgangsgutachten ab. Vielmehr hat der Sachverständige in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 30.06.2015, dort Seite 2 f., unter Verweis auf die entsprechenden Ausführungen im Ausgangsgutachten überzeugend ausgeführt, dass die Freigabe des Exponenten c auch im Ausgangsgutachten zum wissenschaftlichen Prüfungsprogramm gehört habe. Regressionsuntersuchungen zum Parameter Lastdichte auf der Niederspannungsebene fänden sich dort nicht, da dieser Parameter auf dem damaligen Datenbestand keinen statistisch signifikanten Einfluss auf die regulierungsrelevante Nichtverfügbarkeit dieser Ebene aufgewiesen habe. Die grundsätzliche Vorgehensweise könne aber den Ausführungen zur Lastdichte als gebietsstrukturelles Merkmal in der Mittelspannungsebene entnommen werden. Zum einen werde dort der für den Exponenten c der Regressionsfunktion prognostizierte Wertebereich von $[0,5;1]$ erwähnt, zum anderen seien die Regressionsuntersuchungen jedoch sowohl für die Grenzen dieses Wertebereichs als auch unter völliger Freigabe der Funktionsparameter erfolgt. Es habe sich bei letztgenannter Berechnung für die Abhängigkeit der Nichtverfügbarkeit in der Mittelspannungsebene von der Lastdichte ein Exponent $c = 0,8$ ergeben, bei dem sich das höchste Bestimmtheitsmaß gezeigt habe. Dieser Wert für den Exponenten liege innerhalb des aus den Modellüberlegungen abgeleiteten plausiblen Bereichs, so dass sich in der Gesamtwürdigung ein schlüssiges Bild ergebe. 107

Soweit die Bundesnetzagentur geltend macht, die beschriebene Vorgehensweise sei aus dem Consentec-Gutachten, insbesondere aus der vom Sachverständigen herangezogenen Seite 90 des Gutachtens, nicht ersichtlich, ist dies nicht zutreffend. Zwar erwähnt das Gutachten nicht ausdrücklich eine Freigabe des Exponenten c , allerdings wird ohne Einschränkung auf einen bestimmten (plausiblen) Wertebereich ausgeführt, das größte Bestimmtheitsmaß werde bei $c = 0,8$ erreicht. Wird aber ein optimales Bestimmtheitsmaß ermittelt, setzt dies die Freigabe des betrachteten Exponenten voraus. Im Übrigen sieht der Senat auch keinen Anlass, an den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen zu zweifeln. Dieser hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung durch den Senat noch einmal bestätigt, dass die Freigabe des Exponenten c der Vorgehensweise bei der Erstellung des Consentec-Gutachtens entsprochen habe.

Die Kritik der Bundesnetzagentur an der Aussagekraft der von dem Sachverständigen gebildeten Konfidenzintervalle ist bereits deshalb unbeachtlich, weil der Sachverständige diese nur ergänzend herangezogen hat, um den großen Unsicherheitsbereich für die Lage der von der Bundesnetzagentur gewählten Regressionsfunktion darzustellen. Wie sich aus seinem Fazit auf S. 12 seiner Stellungnahme vom 16.04.2014 ergibt, ist dies aber nicht maßgeblich für seine Ablehnung der Heranziehung der Lastdichte in der Niederspannungsebene. Vielmehr stützt der Sachverständige seine Empfehlung, die Lastdichte in der Niederspannungsebene nicht zu berücksichtigen, maßgeblich darauf, dass sich ein größtmöglicher Erklärungsbeitrag der Lastdichte für einen Funktionsverlauf mit einem Exponenten $c > 2$ einer hyperbelförmigen Regressionsfunktion ergebe, der sich aus analytischen Erwägungen nicht belastbar begründen lasse sowie darauf, dass das geringe Bestimmtheitsmaß zu einem großen Unsicherheitsbereich der Regressionsfunktion führe. Dies hat der Sachverständige in seiner mündlichen Anhörung bestätigt und ausgeführt, das von ihm gebildete Konfidenzintervall sei nur eine Möglichkeit der Darstellung des großen Unsicherheitsbereichs, der sich auch in dem geringen Bestimmtheitsmaß ausdrücke.

109

Soweit die Bundesnetzagentur darauf verweist, dass die Summe der kumulierten quadratischen Abweichungen der tatsächlichen Nichtverfügbarkeitszahlen von einer mittels eines Koeffizienten $c = 1$ gebildeten Referenzfunktion um 8,83 % niedriger ist als von einer mittels einem gewichteten Durchschnittswert gebildeten Referenzfunktion, stellt dies ebenfalls die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens nicht in Frage. Nach den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Anhörung liefert die Methode der kleinsten quadratischen Abweichungen keine zusätzlichen Erkenntnisse. Vielmehr hat der Sachverständige hierzu in seiner mündlichen Anhörung durch den Senat ausgeführt, durch die Regressionsfunktion werde gerade der Wert der kleinsten quadratischen Abweichung gesucht. Diesen habe er im Rahmen seiner gutachterlichen Überprüfung unter Anwendung des Wertes $c = 2,1$ gefunden. Er habe also mit seiner Methodik nichts anderes untersucht als die Bundesnetzagentur.

110

Die Ausführungen des Sachverständigen belegen, dass die Einwendungen der Bundesnetzagentur darauf ausgerichtet sind, durch die Ergebnisse statistischer Tests die Vorzugswürdigkeit der Berücksichtigung der Lastdichte gegenüber der Mittelwertbildung zu begründen. Die Bundesnetzagentur lässt jedoch außer Betracht, dass nach dem Ansatz des Consentec-Gutachtens eine ingenieurwissenschaftliche Betrachtung vorzunehmen ist, die das Ergebnis der statistischen Tests einer Plausibilitätsprüfung unterzieht. Diese Plausibilitätsprüfung führt im Streitfall zur Ablehnung des Parameters Lastdichte. Der Sachverständige hat hierzu in seiner mündlichen Anhörung noch einmal ausgeführt, die Anwendung des Mittelwerts lasse sich eindeutig plausibler erklären als die Anwendung des Parameters Lastdichte, bei dem sich der höchste Erklärungswert der Regressionsfunktion bei

111

c = 2,1 erbebe.

c) Das Fehlen eines belastbaren Zusammenhangs zwischen Lastdichte und Versorgungszuverlässigkeit führt zur Aufhebung des angefochtenen Bescheids. Bei der vorzunehmenden Neubescheidung hat die Bundesnetzagentur Tenorziffer 8 der Festlegung vom 07.06.2011 zu beachten. Danach ist der Referenzwert als gewichteter Mittelwert zu bestimmen, falls die statistische Bedeutsamkeit der Lastdichte anhand der Datenbasis der Jahre 2007 bis 2009 nicht festgestellt werden kann. Dies ist der Fall. Die Vorgaben der Festlegung vom 07.06.2011 binden auch insoweit die Bundesnetzagentur bei ihrer weiteren Vorgehensweise. 112

6. Dagegen ist die Berücksichtigung des Strukturparameters Lastdichte in der Mittelspannungsebene rechtmäßig. 113

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur, im Rahmen des angefochtenen Bescheids den Parameter Lastdichte in der Mittelspannungsebene zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede zu verwenden, entspricht den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben sowie den Vorgaben der allgemeinen Festlegung. Im Gegensatz zur Niederspannungsebene hat die konkrete Untersuchung der Bundesnetzagentur für die Mittelspannungsebene auf der Grundlage der Daten der Jahre 2007 bis 2009 eine statistische Bedeutsamkeit im Sinne der Festlegung ergeben. Es wurde ein signifikanter Einfluss des Parameters Lastdichte auf die Nichtverfügbarkeit festgestellt. Das Bestimmtheitsmaß der von der Bundesnetzagentur mit einem Exponenten $c = 1$ gebildeten Regressionsfunktion betrug $R^2 = 0,71932$, so dass ein nach den Maßstäben des Consentec-Gutachtens hinreichender Erklärungsbeitrag der Regressionsfunktion für die Abhängigkeit der Versorgungsunterbrechungen von der Lastdichte anzunehmen ist. Es liegt daher auch bei einer Gesamtbetrachtung aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht ein plausibles Gesamtbild vor. 114

7. Der angefochtene Beschluss ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die von der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss genutzte Datengrundlage nicht hinreichend belastbar ist. 115

a) Soweit geltend gemacht wird, es seien bereits nicht alle erforderlichen Daten erhoben worden, zielt dieser Einwand auf die Überprüfung, ob es weitere geeignete Parameter zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede gibt. Dem steht jedoch, wie bereits dargelegt, zumindest für die hier streitgegenständlichen Jahre 2012 und 2013 die Bestandskraft der allgemeinen Festlegung in Verbindung mit der Festlegung zur Datenerhebung entgegen. Die Daten, die nach der in der allgemeinen Festlegung bestimmten Methodik erforderlich sind, sind erhoben worden. 116

b) Auch der Einwand, die verwendete Datengrundlage sei fehlerhaft, greift nicht durch. Die Bundesnetzagentur hat die Daten hinreichend plausibilisiert. 117

Sie hat hierzu nachvollziehbar vorgetragen, zunächst sei kontrolliert worden, ob alle im Regelverfahren befindlichen Netzbetreiber einen Erhebungsbogen übermittelt hätten. Zusätzlich sei überprüft worden, ob Netzbetreiber den Erhebungsbogen der Bundesnetzagentur verändert hätten und ob alle zur Berechnung des Qualitätselements notwendigen Daten übermittelt worden seien. In einem zweiten Schritt sei eine netzbetreiberindividuelle Prüfung der Daten durch den zuständigen Prüfer einer eingerichteten Qualitäts-Arbeitsgruppe erfolgt. Ziel sei es gewesen, die Konsistenz der bislang vom Netzbetreiber zu Regulierungszwecken an die Bundesnetzagentur bzw. 118

Landesregulierungsbehörde übermittelten Daten zu prüfen, um ggf. unplausible Datenmeldungen im Rahmen der Qualitätsregulierung zu identifizieren. Hierzu sei ein von der Bundesnetzagentur entwickeltes Excel-Plausibilisierungstool verwendet worden, um die übermittelten Werte verschiedenen Vergleichswerten gegenüberzustellen. In einem dritten Schritt seien weitere im Rahmen des Plausibilitätsprozesses aufgetretene Unplausibilitäten qualitativer Art (z.B. hinsichtlich der Zuordnung von Unterbrechungen zum Störungsanlass „Höhere Gewalt“, der Meldung von Kunden der Umspannebene oder des Umgangs mit Weiterverteilern auf gleicher Netzebene) geprüft worden.

Dabei durfte die Bundesnetzagentur davon ausgehen, dass ein beteiligtes Unternehmen im Regelfall nicht vorsätzlich unzutreffende Auskünfte erteilen wird und dass sich versehentlich unzutreffende Einzelangaben angesichts der Breite der Datengrundlage auf das Ergebnis nicht in nennenswertem Umfang auswirken (vgl. BGH, a.a.O., Rn 41). Anlass zu einer näheren Überprüfung bestünde nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Richtigkeit der übermittelten Daten begründen. 119

Solche Anhaltspunkte zeigt die Beschwerde nicht auf, sie lassen sich insbesondere nicht daraus herleiten, dass die ursprünglich auf Basis der Allgemeinverfügung vom 22.02.2006 nach § 52 EnWG gemeldeten Daten vielfach korrigiert wurden. Der Einwand, dass aufgrund der früheren Schätzungs- und Schlüsselungsverfahren sowie ungenauer Definitionen möglicherweise einige Versorgungsunterbrechungen nicht gemeldet wurden, ist zu pauschal und lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass im Rahmen der Datenerhebung für das Qualitätselement aufgrund der Festlegung zur Datenerhebung vom 20.04.2011 in nennenswertem Umfang Versorgungsunterbrechungen nicht gemeldet wurden. Auch hat die Bundesnetzagentur nachvollziehbar dargelegt, dass ein Schwerpunkt der Plausibilisierung auf der Überprüfung der angezeigten Netzübergänge und der sachgerechten Berücksichtigung der Kennzahlen für übernommene bzw. abgegebene (Teil-) Netze gelegen habe. Hierzu sind entsprechende Informationen von den Landesregulierungsbehörden bzw. den zuständigen Fachreferaten eingeholt worden. Des Weiteren wurde ab August 2011 noch einmal explizit durch jeden Prüfer geprüft, ob alle Netzübergänge von den Netzbetreibern tatsächlich berücksichtigt wurden. Dies wird durch die Verwaltungsvorgänge belegt (Protokoll vom 08.08.2011 zur Sitzung vom 26.07.2011, Bl. 3226 bis 3227 sowie Bl. 3486 bis 3488 des Verwaltungsvorgangs BK8-11-002). 120

Schließlich kann offen bleiben, ob die Mangelhaftigkeit der Datengrundlage sich daraus ableiten ließe, dass die Daten von Verbrauchern benachbarter und nachgelagerter Netzebenen pauschal gestrichen wurden. Der von dem Senat auch zu dieser Frage angehörte Sachverständige Dr.-Ing. A. hat angegeben, dass er aufgrund der geringen Datenmenge keine Aussage zur Belastbarkeit der Datengrundlage unter dem Aspekt der Nichtberücksichtigung von Weiterverteilingleistungen abgeben könne. Allerdings ist eine abschließende Entscheidung dieser Frage entbehrlich, da die Nichtberücksichtigung der Letztverbraucher nachgelagerter und benachbarter Netzebenen wegen des Verstoßes gegen die Vorgaben der allgemeinen Festlegung rechtswidrig ist und die Bundesnetzagentur dies bei einer Neuentscheidung über die individuellen Qualitätsvorgabe der Betroffenen zu korrigieren haben wird. 121

8. Keinen Erfolg hat die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur hätte ihre Datenkorrekturen, die sie mit Schriftsatz vom 20.01.2012 in das Anhörungsverfahren eingebracht hat, bei der endgültigen Bestimmung des Qualitätselements berücksichtigen müssen. Einer Berücksichtigung bedurfte es nicht, weil die Betroffene ihre Mitwirkungspflicht verletzt hat, indem sie die an die Bundesnetzagentur zu übermittelnden Daten erst nach 122

Erhalt des Festlegungsentwurfs einer Überprüfung unterzogen hat.

a) Gemäß § 27 Abs. 1 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde die zur Bestimmung der Erlösobergrenzen notwendigen Tatsachen. Die Norm weist damit deklaratorisch auf den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG, § 68 Abs. 1 EnWG) hin. In Satz 2 hat der Verordnungsgeber die Befugnisse der Regulierungsbehörde festgelegt, zur Erfüllung des Amtsermittlungsgrundsatzes die notwendigen bzw. erforderlichen Daten zu erheben. Dazu gehören auch die Daten zur Bestimmung des Qualitätselements. Die Netzbetreiber sind insoweit zur Auskunft verpflichtet, es handelt sich folglich nicht nur um eine reine Obliegenheit. Die sich daraus ergebende Mitwirkungslast begrenzt die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde. Diese braucht entscheidungserhebliche Tatsachen nicht zu ermitteln, die der betroffene Netzbetreiber ihr zu unterbreiten hat (BGH, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10, Rn. 86 – EnBW Regional; Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07, Rn. 21- SWU Netze). 123

b) Nach diesen Maßgaben hat die Bundesnetzagentur ihre Amtsaufklärungspflicht nicht verletzt. 124

aa) Durch Festlegung vom 20.04.2011 hatte die Bundesnetzagentur entsprechend ihrer Ermächtigung in § 32 Abs.1 Nr. 11 ARegV zunächst Umfang, Zeitpunkt und Form der zu erhebenden und mitzuteilenden Daten bestimmt; als Zeitpunkt für die Datenübermittlung hatte sie den 31.05.2011 festgelegt. Auf diese Weise hat sie die Pflicht der Netzbetreiber zur Mitwirkung und Nachweiserbringung konkretisiert. Dabei hat sie in den Gründen der Festlegung unter Ziffer 4 „Zeitpunkt der Datenübermittlung“ ausgeführt, dass die Fristbestimmung „erforderlich ist, um zu dem vorgegebenen Zeitpunkt die Daten aller Elektrizitätsverteilernetzbetreiber zur Verfügung zu haben und anhand dieser Daten die Bestimmung des Qualitätselements operativ umsetzen zu können.“. In Ziffer 6.2 hat sie ferner darauf hingewiesen, dass eine einheitliche belastbare Datengrundlage unabdingbare Voraussetzung für die Kennzahlenbildung und Referenzwertbildung ist. 125

Im Anschluss an die Datenübermittlung hat die Bundesnetzagentur diese Daten plausibilisiert, indem sie Ergänzungen angefordert, Unklarheiten hinterfragt und geklärt hat. Insoweit hat sie Korrekturen der ihr übermittelten und damit der von ihr ermittelten Daten veranlasst. Daneben mag sie vor dem Hintergrund, dass es sich um die erstmalige Bestimmung des Qualitätselements und Datenabfrage handelte und eine einheitliche Datengrundlage erst durch Abschluss des Plausibilisierungsprozesses geschaffen wurde, auch solche Datenkorrekturen zugelassen haben, die die Netzbetreiber nachträglich – ungefragt – angebracht haben, weil die Datenbasis noch nicht finalisiert war. 126

Nach Abschluss der Plausibilisierung wurde allen Netzbetreibern eine Übersicht der plausibilisierten Daten mit dem Hinweis übersandt, dass die Bundesnetzagentur die Plausibilisierung der von ihr übermittelten Daten abgeschlossen habe und die aus der Übersicht ersichtlichen Daten zur Bestimmung des Q-Elements heranziehen werde. Sodann wurde der Betroffenen der vorläufige Ab- oder Zuschlag mitgeteilt. Erstmals im Anhörungsschreiben zum Entwurf der Festlegung zur Bestimmung des Qualitätselements und zur Anpassung der Erlösobergrenzen hat die Betroffene sodann Datenkorrekturen geltend gemacht. 127

bb) Die mehrere Monate nach Ablauf der Datenübermittlungsfrist korrigierten Daten hat die Bundesnetzagentur zu Recht nicht berücksichtigt. Die Betroffene war im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gehalten, bereits innerhalb der durch die Festlegung vom 20.04.2011 gesetzten sechswöchigen Frist zur Übermittlung der notwendigen Daten, die Erfassung und 128

Zuordnung der Daten zu überprüfen, bevor sie diese der Bundesnetzagentur übermittelte. Das hat die Betroffene unterlassen.

Die Bundesnetzagentur hätte die im Rahmen des Anhörungsschreiben korrigierten Daten nur berücksichtigen müssen, wenn sie entsprechend § 31 Abs. 7 Satz 1 VwVfG verpflichtet gewesen wäre, die von ihr ursprünglich gesetzte Frist – rückwirkend – zu verlängern. Eine rückwirkende Fristverlängerung ist gemäß § 31 Abs. 7 Satz 2 VwVfG auch nach Ablauf der Frist noch möglich, insbesondere wenn es unbillig wäre, die durch den Fristablauf eingetretenen Rechtsfolgen bestehen zu lassen; die Verlängerung steht im Ermessen der Regulierungsbehörde (Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Auflage, § 31 Rn. 49). Da die Ermessensentscheidung an Stelle der bei gesetzlichen Fristen möglichen Wiedereinsetzung tritt, dürfen ihre Voraussetzungen nicht strenger sein. Für eine Fristverlängerung können daher gewichtige geltend gemachte Gründe sprechen, die bei gesetzlichen Fristen eine Wiedereinsetzung rechtfertigen würden; in einem solchen Fall ist das Ermessen der Regulierungsbehörde auf Null reduziert. Entsprechendes gilt, wenn die Nichtverlängerung unbillig wäre (Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 31 Rn. 51).

Solche Umstände sind nicht vorgetragen und lassen sich auch nicht feststellen. Die Betroffene räumt ein, die zunächst übermittelten Daten nicht überprüft, sondern dem „alten“ Erfassungssystem vertraut zu haben. Damit hat sie die nach den Umständen gebotene und auch zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen, die Frist zur Einreichung korrekter und damit plausibilisierungsfähiger Daten mithin nicht unverschuldet versäumt. Der Netzbetreiber ist gehalten, die von ihm zu übermittelnden Daten zuvor auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und etwaige Fehlerquellen etwa durch stichprobenartige manuelle Überprüfung zu eliminieren. Dies gilt umso mehr, als in Folge der Übermittlung ein Plausibilisierungsprozess in Gang gesetzt wird, an den sich wiederum ein Benchmarking anschließt, in das die Daten aller Netzbetreiber einfließen. Als dessen Ergebnis wird die Kennzahlvorgabe - der Referenzwert - festgelegt, aus der Abweichung wird das individuelle Qualitätselement des Netzbetreibers errechnet. Jeder Fehler bei der Datenerhebung wirkt sich mithin auf alle am Benchmarking zu beteiligenden Netzbetreiber aus. Auf die Bedeutung der Daten und der damit verbundenen Kennzahlenermittlung auch für die nachfolgenden Prozessschritte hat die Bundesnetzagentur in ihrer Festlegung vom 20.04.2011 an verschiedenen Stellen hingewiesen.

Dass eine vorab manuell durchgeführte Überprüfung die Fehlerquellen nicht zutage gebracht hätte, ist dem Schreiben vom 20.01.2012 nicht zu entnehmen. Darin heißt es u.a. auf Seite 2: „Es erfolgte in den Jahren 2007 bis 2010 keine manuelle Auswertung der Störungen bzw. Versorgungsunterbrechungen. Eine Überprüfung dieser automatisierten Störungsdaten wurde zunächst nicht durchgeführt, da wir davon ausgingen, dass diese zutreffend sind und insbesondere die statistische Auswertung der Disqual-Größen in der Mittelspannung seitens Ihrer Behörde keine auffälligen Abweichungen bzw. Werte erkennen ließ. Eine solche Überprüfung wurde nunmehr aufgrund des erheblichen Malus manuell nachgeholt ...“.

Der Umstand, dass der Betroffenen mit Übersendung des Beschlussentwurfs vom 05.12.2011 eine – in der Folge mehrfach verlängerte - Frist zur Stellungnahme gesetzt worden ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Durch die Anhörung sollte dem Netzbetreiber rechtliches Gehör (nur) zu der Bestimmung des individuellen Qualitätselements erhalten, das auf der Grundlage der vorab unter seiner Mitwirkung ermittelten Daten bestimmt worden ist. Die Datengrundlage sollte in diesem Rahmen nicht durch den Netzbetreiber verändert und damit erneut zur Plausibilisierung gestellt werden können. Ein Verstoß gegen das Anhörungsrecht nach § 67 Abs. 1 EnWG liegt mithin nicht vor.

<u>C.</u>	133
I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, der Bundesnetzagentur die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der den Beteiligten entstandenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen.	134
II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat auf ... Euro festgesetzt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). Dies entspricht dem von der Bundesnetzagentur ermittelten Malusbetrag für die Jahre 2012 und 2013.	135
<u>D.</u>	136
Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.	137
<u>Rechtsmittelbelehrung:</u>	138
Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).	139 140