

Leitsätze zu Kart W 10/09

1. Die Regulierungsbehörde muss den von der Festsetzung der Erlösobergrenzen betroffenen Netzbetreiber in der Weise anhören, dass dieser in die Lage versetzt wird, die Ermittlung seines individuellen Effizienzwertes nachvollziehen zu können. Die Veröffentlichung der Berichte zur Vorgehensweise bei der Parameterauswahl, der Modellbildung und der Ausreißeranalyse durch die Bundesnetzagentur ist hierfür nicht ausreichend. Die Netzbetreiber können auch nicht darauf verwiesen werden, dass sie aus dem Verbände-Projekt "Benchmarking Transparenz 2008" Erkenntnisse im Hinblick auf ihren Effizienzwert hätten gewinnen können (a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2011, VI-3 Kart 185/09).
2. Das Anhörungsrecht des Netzbetreibers ist durch die dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter dienenden Vorschriften beschränkt. Belangen des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutzes können durch Anonymisierung der Daten oder durch Gewährung der Einsicht in die Datengrundlage durch einen vom Netzbetreiber auf seine Kosten benannten zur Verschwiegenheit verpflichteten Gutachter Rechnung getragen werden.
3. Kann der Netzbetreiber nicht nachvollziehen, wie sich die festgesetzten Erlösobergrenzen errechnen, ist der Bescheid der Regulierungsbehörde auch wegen seiner unzureichenden Begründung rechtswidrig. Die Regulierungsbehörde muss bei der Begründung prüfen, ob Entscheidungsgrundlagen ohne Verstoß gegen die Beschränkungen im Hinblick auf geheim zu haltende Tatsachen in die Begründung aufgenommen werden können oder ob in der Begründung auf im Rahmen der Anhörung gewährte Akteneinsicht an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen verwiesen werden muss.
4. Von der Regulierungsbehörde kann die Ermittlung einer gänzlich fehlerfreien Datenbasis für den Effizienzvergleich nicht verlangt werden. Entscheidend ist, ob bei der Datengewinnung die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben eingehalten wurden, und ob alles getan wurde, um Fehler bei der Datenerhebung zu vermeiden sowie dieses Risiko so klein wie möglich zu halten.
5. Die Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber und nicht an der Gruppe durchschnittlicher Netzbetreiber entspricht den Vorgaben des Gesetz- und Verordnungsgebers und begründet auch keine Verletzung von Grundrechten.
6. Das Verhältnis von Zählpunkten zu Anschlusspunkten, der Rückgang der Netzlast, die nicht optimale Netzstruktur und die nicht bzw. mit zu geringer Leistung ausgelasteten Stationen stellen keine Besonderheiten der Versorgungsaufgabe dar, die zu einem höheren Effizienzwert führen können.
7. Kapitalkosten für Altanlagen sowie die kalkulatorische Gewerbesteuer gehören nicht zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen. Dabei handelt es sich um beeinflussbare Kostenanteile, die in die Effizienzwertberechnung einzubeziehen sind.

Angewandte Vorschriften: Artt. 12, 14 GG, §§ 21, 21a, 67, 73 EnWG, 11, 12, 13, 15, 16 ARegV

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Es ist Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt worden.¹

¹ Aktenzeichen beim BGH: EnVR 55/11

Kart W 10/09 Brandenburgisches Oberlandesgericht
34 SWFi-2/2008 AS Landesregulierungsbehörde Brandenburg bei
dem Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten

Anlage zum Protokoll
vom 20.10.2011

Verkündet am 20.10.2011

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Energiewirtschaftsverfahren

betreffend: Festsetzung der Erlösobergrenze gemäß § 4 ARegV für die erste Regulierungsperiode bezogen auf das Stromverteilnetz

Beteiligte:

1. Stadtwerke F. GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer

Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

-

2. Landesregulierungsbehörde Brandenburg,
bei dem Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten,

- Verfahrensbevollmächtigte: Partnerschaft von Rechtsanwälten,

Beschwerdegegnerin,

3. Bundesnetzagentur,

hat der Kartellsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts unter Mitwirkung der Richter
am Oberlandesgericht

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom **20. Januar 2011**

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

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird der Bescheid der Landesregulierungsbehörde Brandenburg bei dem Ministerium für Wirtschaft vom 30. Januar 2009 - 34 SWFi-2/2008 AS – in den Nummern 1 und 2 aufgehoben und die Landesregulierungsbehörde Brandenburg verpflichtet, die Erlösobergrenze der 1. Regulierungsperiode von 2009 bis 2013 für die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bestimmen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beschwerdeführerin zu 1/2 und die Landesregulierungsbehörde Brandenburg und die Bundesnetzagentur jeweils zu 1/4. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Stromverteilnetz. Die Beschwerdegegnerin ist die für das Land Brandenburg zuständige Landesregulierungsbehörde (LRB). Weiter am Beschwerdeverfahren beteiligt ist die Bundesnetzagentur.

Mit Schreiben vom 19.9.2008 leitete die LRB von Amts wegen das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV für die Beschwerdeführerin ein.

Zuvor hatte die gemäß § 12 ARegV dafür zuständige Bundesnetzagentur bundesweit einen Effizienzvergleich durchgeführt. Im Rahmen des Effizienzvergleichs erhob die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der Festlegung der Beschlusskammer vom 20.11.2007 (ABl. Bundesnetzagentur Nr. 23/2007, S. 4645 f.) bis zum 10.1.2008 verschiedene Strukturdaten bei den Netzbetreibern. Die Strukturdaten übermittelten die Netzbetreiber direkt über ein Webformular im Energiedaten-Portal an die Bundesnetzagentur. Der Netzbetreiber konnte seine Daten jederzeit - auch nach Ablauf des Stichtages - einsehen und bis zum Abschluss des Effizienzvergleiches ändern.

Parallel hierzu musste gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 ARegV die LRB der Bundesnetzagentur zur Durchführung des Effizienzvergleichs die zur Bestimmung des Ausgangsniveaus ermittelten Gesamtkosten bis zum 31.3.2008 übermitteln.

Zu den jährlichen Gesamtkosten der Beschwerdeführerin lagen der LRB die Daten aus dem vorangegangenen Genehmigungsverfahren der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor. Für die Ermittlung des Anteils der nicht beeinflussbaren Kosten an den der Netzentgeltgenehmigung zu Grunde liegenden Netzkosten waren jedoch zusätzliche Informationen notwendig. Die Bundesnetzagentur hatte einen einheitlichen Überleitungsbogen erstellt, um die Vergleichbarkeit der Daten zu gewährleisten. Dieser Überleitungsbogen war ausgehend von den der letzten Netzentgeltgenehmigung zu Grunde liegenden Kostenwerten auszufüllen.

Die LRB übermittelte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26.3.2008 diesen Überleitungsbogen bereits vorbereitet und – soweit möglich – ausgefüllt, verbunden mit der Aufforderung, die bereits anhand der Entgeltgenehmigung eingetragenen Daten zu prüfen, die ergänzend notwendigen Aufteilungen und Umbuchungen vorzunehmen und den Überleitungsbogen nebst Erläuterungen - auf CD gebrannt - an die LRB zurückzusenden. Den Netzbetreibern war es in dieser Phase möglich, im Entgeltgenehmigungsverfahren nicht richtig zugeordnete Kostenbestandteile umzubuchen und falsche Zuordnungen zu korrigieren. Des Weiteren wurde durch die Überleitungsrechnung der in den Kosten des Netzentgeltgenehmigungsverfahrens nach § 23a EnWG enthaltene Anteil der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 9 bis 11 ARegV abgefragt. Mit Schreiben vom 1.4.2008 kam die Beschwerdeführerin dieser Aufforderung nach. Die in der Überleitungsrechnung übermittelten

Daten wurden von der LRB auf ihre Konsistenz, Plausibilität und Validität überprüft und der Bundesnetzagentur verschlüsselt über das Energiedaten-Portal gemeldet.

Mit Schreiben vom 18.7.2008 forderte die LRB die Beschwerdeführerin noch einmal ausdrücklich auf, die in der Datenbank der Bundesnetzagentur enthaltenen Strukturdaten auf deren Korrektheit zu prüfen und ggf. zu korrigieren. Mit E-Mail vom 25.7.2008 informierte die Beschwerdeführerin die LRB über die an die Bundesnetzagentur übertragenen Änderungen. Die in das Vergleichsverfahren letztlich einbezogenen Daten übermittelte die LRB der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15.9.2008 zur Information.

Zur Ausgestaltung der in der Anlage 3 zu § 12 ARegV aufgeführten Methoden zur Effizienzwertermittlung führte die Bundesnetzagentur darüber hinaus am 16.6.2008 eine Konsultation und Anhörung der Wirtschafts- und Verbrauchervertreter gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 ARegV durch. Des Weiteren wurden gemäß § 13 Abs. 3 S. 10 ARegV die Parameter für die Effizienzvergleiche der Verteilernetzbetreiber Strom bzw. Gas nach §§ 12 Abs. 1 und 13 Abs. 3, 4 ARegV dargestellt und die Wirtschafts- und Verbrauchervertreter hierzu angehört. Letztere konnten auch bis zum 25.6.2008 schriftlich Stellung nehmen. Bei der Bundesnetzagentur sind 21 Stellungnahmen eingegangen.

Am 6.10.2008 legte die LRB Eigenkapitalzinssätze für Neu- und Altanlagen bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen der ersten Regulierungsperiode fest und veröffentlichte sie. Danach gilt für ab dem 1.1.2006 aktivierte Neuanlagen ein Zinssatz von 9,29 % und für Altanlagen ein Zinssatz in Höhe von 7,56 %.

Die LRB teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9.10.2008 mit, dass der für sie ermittelte individuelle Effizienzwert 84,6 % betrage. In diesem Schreiben wies die LRB auch darauf hin, dass der zur Ermittlung des individuellen Effizienzwertes von der Bundesnetzagentur durchgeführte bundesweite Effizienzvergleich bzw. die diesbezüglichen Unterlagen der LRB nicht vorliegen würden. Daher werde die Herleitung des Effizienzwertes auch erst in einem späteren Schreiben übermittelt.

Mit Schreiben vom 22.10.2008 übermittelte die LRB der Beschwerdeführerin ergänzend die Ergebnisse der vier im Rahmen des „doppelt dualen Benchmarking“ (§ 12 Abs. 4a ARegV) durchgeführten Einzeleffizienzanalysen (Best-of-four-Prinzip).

Die LRB leitete das Anhörungsverfahren gemäß § 67 EnWG zu der ab dem 1.1.2009 anzuwendenden Erlösobergrenze mit Schreiben vom 28.10.2008 ein. Mit diesem Schreiben erhielt die Beschwerdeführerin zunächst – nochmals - nur den für ihr Unternehmen festgestellten Effizienzwert und die damit verbundenen schriftlichen Erläuterungen.

Um das Verfahren zur Herleitung des Effizienzwertes für den Netzbetreiber nachvollziehbar und transparent zu gestalten, wurden zusätzlich alle Netzbetreiber, die in die Zuständigkeit der Landesregulierungsbehörden fallen und nicht am vereinfachten Verfahren teilnehmen, zu einer Informationsveranstaltung am 13.10.2008 in Bonn eingeladen. Hier hatte die Beschwerdeführerin auch die Gelegenheit, sich aus dem dortigen Vortrag oder den schriftlichen Darlegungen ergebende Fragen zur allgemeinen Methodik des Effizienzvergleichs direkt mit dem Gutachter und den Mitarbeitern der Bundesnetzagentur zu diskutieren.

Die LRB gab in einem weiteren Anhörungsschreiben vom 4.11.2008 der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu der ab dem 1.1.2009 festzusetzenden Erlösobergrenze der Höhe nach einschließlich deren detaillierter Herleitung. Darüber hinaus gab die LRB der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25.11.2008 ergänzend die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den beabsichtigten Auflagen / Nebenbestimmungen / rechtlichen Hinweisen.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Schreiben vom 26. und 28.11.2008 zur Ermittlung der Erlösobergrenze und zum Effizienzvergleich Stellung.

Die LRB hörte die Beschwerdeführerin auf deren Wunsch mündlich am 16.12.2008 zu der Erwiderung in den Schreiben vom 26. und 28.11.2008 auf die mit den Anhörungsschreiben vom 28.10.2008, 4.11.2008 und 25.11.2008 angekündigte Entscheidung an. Die Beschwerdeführerin und deren Beratungsunternehmen, die „Consulting Ulm & Schendel GmbH & Co. KG“, erläuterten ergänzend die Erwiderung zu der angekündigten Entscheidung.

Die Beschwerdeführerin hat mit Bescheid vom 30.1.2009 die Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode, die Jahre 2009 bis 2013 wie folgt festgelegt:

Kalenderjahr 2009: 3.076.250 €,

Kalenderjahr 2010: 3.065.480 €,

Kalenderjahr 2011: 3.053.752 €,
Kalenderjahr 2012: 2.969.798 €,
Kalenderjahr 2013: 2.959.136 €.

Der Bescheid enthält des Weiteren einen Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabschöpfung.

Gegen diesen Bescheid, ihr zugestellt am 3.2.2009, hat die Beschwerdeführerin durch bei Gericht am 3.3.2009 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und ihr Rechtsmittel durch am 4.8.2009 eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem die Beschwerdebegründungsfrist auf jeweils fristgerecht gestellte Anträge bis zu diesem Tag verlängert worden war.

Die Beschwerdeführerin beanstandet folgendes:

1.) Der Bescheid sei aus mehreren Gründen schon formell rechtswidrig.

a) Die LRB habe sie, die Beschwerdeführerin, nicht hinreichend nach § 67 EnWG angehört. Ihr sei nicht unternehmensindividuell mitgeteilt worden, wie ihr individueller Effizienzwert ermittelt worden sei.

Die Schreiben der LRB vom 28.10.2008 und vom 4.11.2008 zur Anhörung seien bis auf die Nennung des individuellen Effizienzwertes „formelhaft“ und „musterartig“ gewesen. Die zentrale Frage des Anhörungsverfahrens, die Bestimmung des individuellen Effizienzwertes, sei nicht nachvollziehbar dargelegt worden und könne deshalb nicht geprüft werden. Die LRB verweise dazu auf das Gutachten „Ergebnisdokumentation zur Bestimmung der Effizienzwerte Verteilernetzbetreiber Strom“ des Unternehmens Sumicsid AB. Die auf den 14.11.2008 datierte Endfassung des Gutachtens sei jedoch erst Mitte November 2008 veröffentlicht worden. Auch in der Endfassung des Gutachtens werde der genaue Ablauf zur Ermittlung der Grundlagen des Benchmarks nicht erläutert. So blieben wesentliche Bestandteile der Methodik zur Berechnung der Effizienzwerte ungeklärt. Beispielsweise fehle es bei der sogenannten Stochastic Frontier Analysis-Methode (SFA) an Informationen über die getroffenen Verteilungsannahmen und die gewählte Ausreißeranalyse. Ferner fehle jeder Hinweis darauf, aus welchen Gründen das letztendlich favorisierte Modell aus zahlreichen anderen untersuchten Modellen gewählt worden sei. Die tatsächlich in den Effizienzvergleich eingeflossene Datengrundlage sei unklar, da auch nach Erteilung von Datenquittungen durch die LRB Datenbe-

richtigungen jeweils bilateral zwischen einigen Netzbetreibern und der Bundesnetzagentur stattgefunden hätten, deren Inhalt zwar in den Effizienzvergleich eingegangen, der aber für ein sogenanntes Vergleichsbenchmarking nicht zur Verfügung gestellt worden sei. Außerdem seien während des Anhörungsverfahrens Effizienzwerte einzelner Netzbetreiber geändert worden, während die Effizienzwerte der übrigen Netzbetreiber nicht neu berechnet worden seien.

b) Die Genehmigung leide an schwerwiegenden Begründungsmängeln und verstoße deshalb gegen § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG; der der Beschwerdeführerin zugewiesene Effizienzwert von 84,6 % sei trotz der umfangreichen Erläuterungen nicht ansatzweise nachvollziehbar. Die Unsicherheiten betreffen schon die Grundlagen der Ermittlungen, nämlich

- die verwendete Datenbasis,
- die Ermittlung des letztlich von SUMICSID angewandten Modells sowie
- die konkrete Berechnung der vier Effizienzwerte.

Ihr, der Beschwerdeführerin seien lediglich die eigenen Strukturparameter und das Endergebnis des Effizienzvergleichs mitgeteilt worden. Die konkrete Herleitung des Effizienzwertes bleibe im Dunkeln. Es sei ihr, der Beschwerdeführerin nicht möglich, die Richtigkeit zu überprüfen. Sie könne weder prüfen, ob der Effizienzwert auch nur rechnerisch richtig ermittelt worden sei, noch ob die Datenbasis, Modelle und Berechnungsschritte mathematisch korrekt festgelegt und lege artis ausgeführt worden seien.

c) Die Verfahrensfehler könnten nicht rechtlich zulässig im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Zwar sei eine Heilung durch Nachholung der Anhörung grundsätzlich denkbar gemäß § 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG, auch noch im gerichtlichen Verfahren gemäß § 45 Abs. 2 VwVfG. Da jedoch nach dem EnWG kein Widerspruchsverfahren vorgesehen sei, verschlechtere sich die Verfahrensstellung der Beschwerdeführerin, wenn die unzureichende Anhörung erst im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden könnte. Denn die zu Unrecht festgesetzten Erlösobergrenzen müssten von der Beschwerdeführerin trotz Einlegung der Beschwerde wegen § 76 Abs. 1 EnWG sofort umgesetzt werden. Der Ausgleich rechtswidrig zu niedrig festgesetzter Erlösobergrenzen über das Regulierungskonto gemäß § 5 ARegV erfolge erst mit entsprechender Verzögerung quotiert in der nächsten Regulierungsperiode. Wenn dieser Ausgleich scheitere, könnten in der Zwischenzeit entstandene Mindereinnahmen niemals wieder ausgeglichen werden.

d) Die Verfahrensfehler seien schließlich nicht nach § 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 46 VwVfG unbeachtlich. Es sei nicht offensichtlich, dass die LRB auch ohne Verletzung des zwingenden Verfahrensrechts zur gleichen Entscheidung gekommen wäre.

2.) Der Bescheid sei auch materiell rechtswidrig.

a) Der Effizienzvergleich, den die LRB gemäß § 12 Abs. 6 S. 1 ARegV von der Bundesnetzagentur habe durchführen lassen, sei rechtsfehlerhaft durchgeführt worden. Er entspreche nicht den Vorgaben der ARegV. Die Datenbasis sei fehlerhaft; es gebe individuelle und systematische Dateninkonsistenzen, die die Datenqualität nicht nur unerheblich einschränkten. Die im Effizienzvergleich verwendeten Stromparameter seien mindestens in drei Punkten problematisch:

- Summe dezentraler Erzeugungsleistung,
- Zeitgleiche Jahreshöchstlast Hochspannung / Mittelspannung und
- Anzahl der Anschlusspunkte.

Die systematischen Datenfehler führten zu verfälschten Berechnungen und verzerrten deshalb den Effizienzvergleich. Die Benchmarkingberechnungen seien intransparent; die Beschwerdeführerin habe keinen Einblick in Details der Benchmarkingberechnungen, sie könne die Richtigkeit der Berechnung deshalb nicht nachvollziehen oder prüfen. Angesichts der Ergebnisse des Abschlussgutachtens BMT 2008 habe die Beschwerdeführerin insoweit aber berechtigte Bedenken gegen die Richtigkeit der Ermittlung ihres Effizienzwertes, und zwar betreffend

- die Methodenrobustheit,
- die Ausreißeranalyse und
- die Heteroskedastizitätskorrektur.

Die Beschwerdeführerin hat auf entsprechende Ausführungen und Auskünfte der LRB und der Bundesnetzagentur hin weiter geltend gemacht, das Vorgehen bei der Analyse der Modellrobustheit in der Second-Stage-Analyse, die Ausreißeranalyse und die Heteroskedastizitätskorrektur entspreche nicht dem Stand der Wissenschaft.

Die Parameter seien fehlerhaft, nicht den Anforderungen der ARegV entsprechend ausgewählt und das Modell fehlerhaft gebildet worden; städtische Netzbetreiber seien systematisch

benachteiligt worden. Die angewendeten Methoden entsprächen teilweise nicht dem Stand der Wissenschaft. Insbesondere sei fehlerhaft der Vergleichsparameter Kundendichte als Verhältnis zwischen Zählpunkten (Messstellen) zu Anschlusspunkten nicht berücksichtigt worden, sondern nur Anschlusspunkte unter Außerachtlassung der Zählpunkte.

Die Orientierung der Effizienzgrenze gemäß §§ 12-14 ARegV i.V.m. Nr. 2 der Anlage 3 zu § 12 ARegV am besten Netzbetreiber sei nicht von den Vorgaben des EnWG gedeckt und verstoße darüber hinaus gegen den höherrangigen § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG. Die Orientierung am Besten führe zudem zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 GG und der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG und sei deshalb rechtswidrig. Die Regelung des § 16 Abs. 2 ARegV heile die Rechtswidrigkeit der Verordnung nicht. Die Effizienzgrenze müsse nach dem durchschnittlichen Netzbetreiber bestimmt werden.

b) Die LRB habe ihr, der Beschwerdeführerin, nicht zurechenbare strukturelle Besonderheiten der Versorgungsaufgabe gemäß § 21a EnWG i.V.m. § 15 ARegV fehlerhaft nicht berücksichtigt.

Eine Besonderheit in der Versorgungsaufgabe sei bei einer Abweichung vom Normalzustand anzunehmen, nicht erst bei außergewöhnlichen strukturellen oder sonstigen Umständen. Unbedeutende Fälle würden durch die „wirtschaftliche“ Aufgriffsgrenze von 3 % ausgegrenzt. § 15 ARegV sei danach regelmäßig anzuwenden.

Nicht berücksichtigt seien bei ihr

- das Verhältnis von Zählpunkten zu Anschlusspunkten (Kundendichte),
- die Überdimensionierung des Netzes durch Rückgang der Netzlast und der Anzahl der Abnahmestellen, eine nicht optimale Netzstruktur und nicht ausgelastete Stationen durch den Wegfall von Industriekunden und den Wegzug von Bürgern aus dem Netzgebiet.

c) Die LRB habe schließlich Vorgaben der ARegV rechtswidrig angewendet, so dass die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen zu niedrig festgelegt worden seien.

aa) Die LRB habe für die Verzinsung des Eigenkapitals, soweit es die zugelassene Eigenkapitalquote von 40 % nicht übersteige (EK I), Eigenkapitalzinssätze gemäß den Festlegungen der LRB vom 6.10.2008 zugrunde gelegt. Den in der ersten Netzentgeltgenehmigung angesetzten Zinssatz von für das die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigende Eigenkapital (EK II), berechnet aus dem Durchschnitt der in den letzten zehn Kalenderjahren erzielten Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten, habe sie dagegen unverändert gelassen. Dies sei im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 14.8.2008, KVR 34/07 zu diesem Zinssatz rechtswidrig. Die Kostenprüfung für die erste Regulierungsperiode sei insoweit an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen.

bb) Rechtswidrig sei auch die unterbliebene Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer, schon weil die LRB die Verzinsung des EK I angehoben habe.

cc) Rechtswidrig habe die LRB bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Vermögens die Anlagen im Bau nicht berücksichtigt. Anlagen im Bau seien Bestandteil des von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StromNEV genannten betriebsnotwendigen Sachanlagevermögens. Sie seien deshalb auch bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung zu berücksichtigen.

dd) Rechtswidrig habe die LRB die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie des Jahres 2008 nicht als Plankosten angesetzt. Sie könnten nach § 3 Abs. 1 S. 5, 2. Hs. StromNEV angesetzt werden, wenn gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr vorlägen.

ee) Gegen § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG verstoßend, behandle die LRB rechtswidrig Kapitalkosten für Altinvestitionen als beeinflussbare Kosten und zähle sie damit nicht zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 1 ARegV. Außerdem verstoße die Zuordnung der Gewerbesteuer zu den beeinflussbaren Kosten gegen § 11 Abs. 2 Nr. 3 ARegV und sei rechtswidrig. Die Gewerbesteuer als Betriebssteuer sei zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ARegV zu zählen. Das folge aus dem Wortlaut der Norm sowie ihrer Auslegung nach Systematik, gesetzgeberischem Willen und ihrem Sinn und Zweck.

ff) Wenn man hinsichtlich der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie nicht eine Anpassung der Erlösobergrenze auf Grund der Rechtsprechung des BGH vom 14.8.2008 vor-

nehme, habe dies auf den Antrag nach § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV, als den das Vorbringen dann zu verstehen sei, zu geschehen.

gg) Außerdem sei der generelle sektorale Produktivitätsfaktor gemäß § 9 ARegV mit den Vorgaben des § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG unvereinbar. Es fehle deshalb an einer ausreichenden Verordnungsermächtigung. § 9 ARegV lasse sich nicht unter die in § 21a Abs. 6 Satz 1 und 2 formulierten Verordnungsermächtigungen subsumieren. So habe der Gesetzgeber den gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt ausdrücklich aufgeführt, den wesentlich gravierender wirkenden sektoralen Produktivitätsfaktor dagegen nicht. Eine derart weit reichende Regelung hätte der Gesetzgeber in den Katalog der Verordnungsermächtigungen aufnehmen müssen.

Selbst wenn eine ausdrückliche Verordnungsermächtigung für § 9 ARegV entbehrlich wäre, wäre die Einführung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht mit den in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG enthaltenen materiellen Vorgaben vereinbar. Danach könnten Effizienzvorgaben allein unter Berücksichtigung der inflationsbereinigten gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung erfolgen. Im Übrigen entspreche die pauschale betragsmäßige Bestimmung eines sektoralen Produktivitätsfaktors nicht dem in § 21a Abs. 5 Satz 5 EnWG festgelegten Erfordernis der Methodenrobustheit.

Schließlich wirke der generelle sektorale Produktivitätsfaktor nicht nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil, sondern auch auf den vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteil. Darin liege ein Verstoß gegen § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG.

Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin ihren Beschwerdeangriff gegen den Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabführung zurückgenommen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Bescheid der LRB vom 30.1.2009 - 34 SWFi-2/2008 AS - aufzuheben und die LRB zu verpflichten, die Erlösobergrenze der 1. Regulierungsperiode von Jahre 2009 bis 2013 für die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bestimmen,

Die LRB und die Bundesnetzagentur beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die LRB hält den angefochtenen Bescheid für rechtmäßig.

1. Der Bescheid sei formell rechtmäßig.

Die Beschwerdeführerin sei vor dessen Erlass entsprechend den gesetzlichen Vorgaben umfassend mündlich und schriftlich bezüglich aller entscheidungserheblichen Aspekte angehört worden. Der Beschwerdeführerin seien alle entscheidungserheblichen Tatsachen und Rechtsgrundlagen zur Kenntnis gebracht worden. Die zur Herleitung des individuellen Effizienzwertes erforderlichen Daten der anderen Netzbetreiber hätten als deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus rechtlichen Gründen (§ 30 VwVfG, § 71 EnWG) nicht zur Verfügung gestellt werden dürfen. Die hinreichende Transparenz des Verfahrens sowie die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Entscheidung für die Betroffenen beweise das Projekt „Benchmarking-Transparenz 2008“. Die ermittelten Werte seien plausibel, wie sich aus den geringen Abweichungen der Effizienzwerte ergebe.

Auch die Begründung des angefochtenen Bescheides entspreche den gesetzlichen Vorgaben und sei deshalb rechtmäßig i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG. Der Sachverhalt sei vollständig dargestellt und die die Entscheidung tragenden Gründe seien hinreichend dargelegt. Namentlich die Ausführungen zur „Datenbasis“ genügten den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Begründung. Nicht erforderlich sei, dass die Beschwerdeführerin anhand der Begründung ihren Effizienzwert nachrechnen könne. Dem stehe schon entgegen, dass geheim zu haltende Tatsachen nicht offenbart werden dürften. Die Ausführungen zur Methodik erfüllten ebenfalls die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Begründung.

Unabhängig davon rechtfertigten etwaige formelle Mängel nicht die Aufhebung des Bescheids (§ 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. §§ 45, 46 VwVfG). Eine Heilung von Mängeln im Wege der Nachholung einer Anhörung (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG) oder einer nachträglichen Begründung (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG) bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens sei ausdrücklich zugelassen.

2. Der Bescheid sei auch materiell rechtmäßig.

a) Die Durchführung des Effizienzvergleiches stehe im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben und verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten.

Bei dem Begriff „des bundesweiten Effizienzvergleichs für Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen und Gasverteilernetzen“ i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 1 ARegV handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung einer Vielzahl von juristischen und ökonomischen Bewertungen auszufüllen und auszulegen gewesen sei.

Die in der ARegV vorgegebenen Methoden und Bewertungen gäben die Durchführung und Ausgestaltung des Effizienzvergleichs nicht im Detail wieder, sondern steckten lediglich den zu berücksichtigenden und von der Behörde einzuhaltenden rechtlichen und wirtschaftsrechtlichen Rahmen ab. Dementsprechend habe der Verordnungsgeber der Verwaltung hinsichtlich der Durchführung und Ausgestaltung insoweit in den Grenzen des vorbeschriebenen Rahmens einen weitgehenden Beurteilungsspielraum eingeräumt, denn der zu treffenden Entscheidung - Ermittlung der individuellen Effizienzwerte auf der Grundlage eines bundesweiten Effizienzvergleichs - hafteten in hohem Maße wertende Elemente an. Das EnWG eröffne dabei eine nur beschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative und die ARegV lediglich beschränkt überprüfbare Beurteilungsspielräume.

Die Qualität der Datenbasis reiche hin; die ARegV verlange keine - nahezu ausgeschlossene - fehlerfreie Datenbasis. Entscheidend sei, dass die Bundesnetzagentur alle rechtlichen Vorgaben in den Grenzen des tatsächlich Möglichen eingehalten habe. Die den einzelnen Parametern zugrunde liegenden Definitionen seien hinreichend präzise formuliert, so dass die Netzbetreiber auf der Grundlage dieser Definitionen auch die von der Bundesnetzagentur begehrten Daten hätten liefern können und auch geliefert hätten. Die Bundesnetzagentur habe darüber hinaus im Rahmen des tatsächlich Möglichen bei der Datengewinnung alles getan, um zu korrekten Daten zu gelangen. Danach weise die Datenbasis auch keine „systemischen Datenfehler“ auf. Die der Ermittlung des individuellen Effizienzwertes zugrunde liegenden „Berechnungen“ entsprächen den rechtlichen Vorgaben auch im Hinblick auf Methodenrobustheit, Ausreißeranalyse und Heteroskedastizität. Der Bescheid sei nicht materiell rechtswidrig wegen - ohnehin nicht vorliegender - Intransparenz. Die Parameter seien rechtmäßig ausge-

wählt worden. Der Parameter „Verhältnis Zählpunkte/Anschlusspunkte“ sei nicht signifikant gewesen und sei deshalb zu Recht nicht verwendet worden. Selbst wenn die Annahmen der Bundesnetzagentur insoweit unzutreffend sein sollten, wäre auf Grund der zwingenden Vorgaben des § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ARegV i. V. m. dem bezüglich der weiteren Auswahl von Parametern eingeräumten Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur keine Rechtswidrigkeit des Effizienzvergleichs begründet.

Auch die Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber sei rechtmäßig und vom Wortsinn des Begriffs „Effizienz“ nicht nur gedeckt, sondern diesem immanent. Dies werde durch § 21a EnWG bestätigt. Das stehe nicht in systematischem Widerspruch zu § 21 Abs. 3 und 4 EnWG oder zu § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG. Zumutbarkeit, Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit würden durch die Gestaltung des Regulierungssystems gewährleistet. Die Historie widerspreche nicht der Orientierung am Besten. Dadurch werde auch weder Art. 14 GG noch Art. 12 GG verletzt.

b) § 15 Abs. 1 ARegV sei eine restriktiv auszulegende Ausnahmeregelung, die nur bei außergewöhnlichen strukturellen oder sonstigen Umständen greife. Das sei nur dann der Fall, wenn kein anderes oder nur eine äußerst geringe Anzahl der im Effizienzvergleich betrachteten Unternehmen dieselben oder ähnliche Umstände aufweise und diese Umstände ein die Vergleichsgruppe trennendes Merkmal darstellten. Das Verhältnis von Zähl- zu Anschlusspunkten sei bereits keine strukturelle Besonderheit in diesem Sinne, weil eine Vielzahl von Netzbetreibern ein ähnliches Verhältnis von Zähl- zu Anschlusspunkten aufweise. Zudem habe der Verordnungsgeber die Berücksichtigung des Parameters „Anzahl der Anschlusspunkte“ zwingend vorgegeben. Der Parameter „Verhältnis von Zähl- zu Anschlusspunkten“ würde diesen insoweit wiederholen/überlappen und sei deshalb ungeeignet. Zudem handele es sich auch tatsächlich nicht um eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Zahl der Zählpunkte von 14.168 sei unzutreffend. Die Mehrkosten habe die Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen, auch nicht mittels pauschaler Bewertung von Zählerstellen und die behaupteten „Mehr“-Zähler habe sie falsch ermittelt.

Die weiter als Besonderheiten geltend gemachten Sachverhalte (Rückgang der Netzlast und der Abnahmestellen, überdimensionierte Netzstruktur, Tiefbauvorgaben durch Baulastträger) rechtfertigten bereits insofern keinen Aufschlag, als die geltend gemachten Mehrkosten auch nach Addition die „Aufgreifschwelle“ des § 15 Abs. 1 ARegV von 3 % nicht überschritten.

Diese Sachverhalte rechtfertigten auch inhaltlich keinen Aufschlag. Zudem sei weder dargelegt, noch nachgewiesen, dass die als Besonderheit geltend gemachten Sachverhalte im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV nicht hinreichend berücksichtigt worden wären. Im Gegenteil seien diese Sachverhalte bereits durch andere Parameter abgebildet worden. Die Mehrkosten seien nicht nachgewiesen worden.

c) Die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze sei rechtmäßig.

§ 6 Abs. 2 ARegV sei eine Sonderregelung bei der erstmaligen Durchführung der Anreizregulierung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen, nach der Kosten gerade nicht geprüft oder sonst neue Entscheidungen über die Höhe der zur Ermittlung der Ausgangsbasis herangezogenen Einzelpositionen getroffen würden. Anpassungen des Ausgangsniveaus seien daher nur ausnahmsweise rechtlich zulässig, wenn dies vom Verordnungsgeber wie im Falle des EK-Zinssatzes oder des Inflationsausgleiches nach § 34 Abs. 3 S. 3 und 4 ARegV ausdrücklich vorgegeben worden sei. Berücksichtigungsfähig seien gegebenenfalls auch Korrekturen bei nicht bestandskräftig gewordenen Netzentgeltgenehmigungen durch eine erfolgreiche Beschwerde oder bei bestandskräftigen Netzentgeltgenehmigungen unter den Voraussetzungen der §§ 51 und 48 VwVfGBbg.

aa) Die Rechtsprechung des BGH zur Höhe der Verzinsung des die zulässige Eigenkapitalquote von 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteils berühre die Bestandskraft des Grundlagenbescheids zum Ausgangsniveau nicht. Den neuen EK I-Zinssatz habe die LRB auf die Beschwerdeführerin angewandt. Der Verordnungsgeber habe in § 7 Abs. 6 StromNEV eine Anpassung der Eigenkapitalverzinsung vorgesehen. Eine Rechtsgrundlage für eine Anpassung des Fremdkapitalzinssatzes im Zusammenhang mit der Bestimmung der Erlösobergrenzen gebe es jedoch nicht.

bb) Die Beibehaltung der im Rahmen der letzten Entgeltgenehmigung ermittelten kalkulatorischen Gewerbesteuer zur Ermittlung der Erlösobergrenze für die erste Regulierungsperiode stehe mangels Rechtsgrundlage für eine Anpassung in Form einer Ausnahmeregelung im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben.

cc) Die Anlagen im Bau seien bei der Neuberechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung wegen der Bestandskraft des Genehmigungsbescheides gemäß § 23a EnWG und

mangels einer Rechtsgrundlage für eine Anpassung nicht zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin habe zwar in ihrem Antrag auf Genehmigung der Netznutzungsentgelte Strom gemäß § 23a EnWG vom 30.8.2007 zunächst die Berücksichtigung von Anlagen im Bau in Höhe von 44.527 € geltend gemacht, die sich gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 StromNEV aus dem Mittelwert aus Jahresanfangsbestand in Höhe von 35.019 € und Jahresendbestand in Höhe von 54.035 € ergäben. Mit Blick auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 9.5.2007, VI-3 Kart 289/06 (V)) habe die Beschwerdeführerin im weiteren Verfahren jedoch auf die Berücksichtigung der Anlagen im Bau bei der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung verzichtet.

dd) Die im Rahmen der letzten Entgeltgenehmigung zugrunde gelegten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie seien ebenfalls wegen der Bestandskraft des Genehmigungsbescheides gemäß § 23a EnWG und mangels einer Rechtsgrundlage für eine Anpassung beizubehalten.

ee) Zutreffend habe die LRB auch die Kostenpositionen „Kapitalkosten für Altanlagen“ sowie „Gewerbsteuer“ jeweils den beeinflussbaren Kostenanteilen i.S.d. § 11 Abs. 4 ARegV zugeordnet.

Die Kapitalkosten für Altanlagen seien nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten des § 11 Abs. 2 ARegV aufgezählt. Die Zuordnung zu den beeinflussbaren Kostenanteilen sei von der Ermächtigung nach § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 7 EnWG gedeckt und entspreche den Vorgaben des § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG. „Kapitalkosten für Altanlagen“ seien gegenwärtig und zukünftig beeinflussbar. § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG sei unabhängig davon nicht auf gegenwärtig oder zukünftig beeinflussbare Kostenanteile beschränkt. Die Zuordnung der „Kapitalkosten für Altanlagen“ zu den nicht beeinflussbaren Kosten sei auch nicht unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG geboten, in dessen Zusammenhang auf § 16 Abs. 2 ARegV hinzuweisen sei.

Die kalkulatorische Gewerbesteuer sei zutreffend nicht als Betriebssteuer i.S.d. § 11 Abs. 2 Nr. 3 ARegV und damit auch nicht als dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteil behandelt worden, weil es sich um eine kalkulatorische Kostenposition handele, die auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage - die kalkulatorisch ermittelte EK-Verzinsung nach § 7 StromNEV - abstelle. Die kalkulatorische Gewerbesteuer sei daher lediglich Teil der kalkulatorischen Kos-

tenrechnung, die die Netzentgeltordnung unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen simulieren solle. Ein Rückgriff auf handels- oder gewerbesteuerliche Vorgaben sei daher - mit Ausnahme der ausdrücklich angeordneten Abzugsfähigkeit bei sich selbst - nicht erlaubt. Die kalkulatorische Gewerbesteuer sei zudem keine Betriebssteuer i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ARegV und enthalte schließlich auch beeinflussbare Kostenanteile.

ff) Die gestiegenen Kosten für Verlustenergie begründeten auch keinen Härtefall i.S.d. § 4 S. 1 Nr. 2 ARegV. Die Beschwerdeführerin habe bereits nicht den hierfür erforderlichen Antrag gestellt. Unabhängig davon stelle eine Kostensteigerung im Bereich der Beschaffungskosten für Verlustenergie in den Jahren 2006-2008 weder ein unvorhersehbares Ereignis dar noch resultiere hieraus eine unzumutbare Härte.

gg) Weiterhin sei die Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors rechtmäßig. § 9 Abs. 2 ARegV sei gemessen an verfassungsrechtlichen Grundsätzen von der Verordnungsermächtigung des § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG gedeckt. Die Regelbeispiele des § 21a Abs. 6 EnWG hätten nur beispielhaften Charakter. Sie seien offen für die Berücksichtigung mit den Regelbeispielen vergleichbarer Sachverhalte und Rechnungsfaktoren. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor falle in den Anwendungsbereich des § 21a Abs. 4 EnWG, nicht in denjenigen des § 21a Abs. 5 EnWG. Das Erfordernis der Methodenrobustheit finde deshalb auf den Produktivitätsfaktor keine Anwendung.

Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor sei rechtmäßig berechnet. Er stelle die Veränderung der Produktivität im Vergleich zum jeweiligen Vorjahr dar und drücke damit eine Wachstumsrate aus. Der Verordnungsgeber habe den Produktivitätsfaktor gemäß § 9 Abs. 2 ARegV für die erste Regulierungsperiode konstant auf 1,25 % festgelegt. Die von der LRB angewandte Berechnungsmethode entspreche diesen Prinzipien.

Die Bundesnetzagentur schließt sich dem Vortrag der LRB an und macht vertiefende Ausführungen zum Effizienzvergleich und den dagegen erhobenen Rügen der Beschwerdeführerin.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides in den Nummern 1 und 2 und der Verpflichtung, die Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts erneut zu bescheiden.

I. Die Beschwerde ist gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG statthaft und auch sonst zulässig. Sie wurde form- und fristgerecht gemäß den §§ 78 Abs. 1, 3 und 5, 80 EnWG eingelegt und begründet.

Das Rechtsmittel ist - wie sich aus der auf Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Neubescheidung der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts gerichteten Fassung des Hauptantrages ergibt - als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde erhoben und als solche zulässig, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1 und 3, 83 Abs. 4 EnWG.

Auf Seiten der Beschwerdeführerin besteht auch hinsichtlich aller von ihr geltend gemachter Mängel des angefochtenen Beschlusses die erforderliche Beschwer. Hierfür genügt es, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, die beanstandeten Mängel führten dazu, dass die Erlösobergrenze zu niedrig festgesetzt worden sein könnte.

Über den Angriff der Beschwerdeführerin gegen den Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabführung brauchte nach Rücknahme der Beschwerde insoweit nicht mehr entschieden werden.

II. Die Beschwerde ist mit einem Teil der Beschwerdeangriffe begründet, denn der angefochtene Bescheid beruht auf einem fehlerhaften Verfahren und ist auch in materieller Hinsicht jedenfalls teilweise rechtswidrig.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides

Die sofortige Beschwerde ist begründet, weil der angefochtene Bescheid bereits formell nicht rechtmäßig ergangen ist.

a) Die Beschwerdeführerin ist bei der Ermittlung des Effizienzwertes nicht hinreichend gemäß § 67 Abs. 1 EnWG angehört worden.

Gemäß § 67 Abs. 1 EnWG hat die Regulierungsbehörde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Anforderungen an die als Ausfluss des rechtsstaatlichen Grundsatzes eines fairen Verfahrens durchzuführende Anhörung ergeben sich aus deren Zweck. Die Beteiligten sollen sich vor einer Entscheidung zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen äußern und so Verfahren und Ergebnis beeinflussen können (BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, Rn. 29 - zitiert nach juris). Deshalb müssen den Beteiligten sowohl die entscheidungserheblichen Tatsachen mitgeteilt als auch die beabsichtigte Entscheidung so konkret umschrieben werden, dass die Beteiligten erkennen können, zu welchen Fragen eine Äußerung zweckmäßig ist. Nur dann ist es dem betroffenen Unternehmen auch tatsächlich möglich, Verfahren und Entscheidung zu beeinflussen. Zu unterrichten sind die Beteiligten daneben über die rechtlichen Grundlagen der beabsichtigten Entscheidung sowie über wesentliche rechtliche Wertungen, die in Erwägung gezogen werden (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rn. 5 zu § 67).

Nach diesen Grundsätzen muss die Beschwerdeführerin durch die Anhörung in die Lage versetzt werden, die Ermittlung ihres individuellen Effizienzwertes nachvollziehen zu können. Dies ist ihr nicht möglich.

Zwar ist auf der Internetseite der Bundesnetzagentur der Bericht der Firma Sumiscid AB veröffentlicht, aus dem die Vorgehensweise bei der Parameterauswahl, der Modellbildung und der Ausreißeranalyse erkennbar ist. Daneben hat die Bundesnetzagentur ihre Vorgehensweise in verschiedenen Informationsveranstaltungen für die betroffenen Netzbetreiber erläutert. Dies ist jedoch nicht ausreichend, denn allein mit diesen Informationen ist für den jeweiligen Netzbetreiber sein individueller Effizienzwert nicht ermittelbar.

Die Beschwerdeführerin - und alle anderen Netzbetreiber - können auch nicht darauf verwiesen werden, dass sie aus dem Verbände-Projekt "Benchmarking Transparenz 2008" (BMT 2008) Erkenntnisse im Hinblick auf ihren Effizienzwert hätten gewinnen können. Es ist nicht die Aufgabe des Unternehmens, das durch die Festlegung der Erlösbergrenzen in seiner unternehmerischen Freiheit beschränkt wird, den Umfang der Beschränkung durch eigene Er-

mittlungen nachvollziehbar zu machen (a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2011, VI-3 Kart 185/09 (V), Rn. 118 - zitiert nach juris).

Nach rechtsstaatlichen Grundsätzen muss die Beschwerdeführerin nachvollziehen können, wie das angewendete Effizienzvergleichsmodell von der Bundesnetzagentur entwickelt worden ist. Das ergibt sich daraus, dass Gesetz- und Verordnungsgeber den Regulierungsbehörden kein vollständig entwickeltes Effizienzvergleichsmodell vorgegeben haben. Vielmehr hatten dies die Regulierungsbehörden in Umsetzung der Vorgaben des EnWG und insbesondere der ARegV selbst aufzustellen. Die Entwicklung des Effizienzvergleichsmodells, anhand dessen die individuellen Effizienzwerte der Netzbetreiber festgesetzt wurden, ist damit eine Vorstufe der Ermittlung der durch den angefochtenen Bescheid festgesetzten Erlösobergrenzen. Da sich die Entwicklung des Effizienzvergleichsmodells unmittelbar auf den die Beschwerdeführerin wirtschaftlich belastenden oder begünstigenden individuellen Effizienzwert auswirkt, muss diese für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar sein. Nur so ist gewährleistet, dass die Beschwerdeführerin die Ermittlung ihres individuellen Effizienzwertes von Beginn an, d.h. von der Entwicklung des Effizienzvergleichsmodells an, daraufhin überprüfen kann, ob der Regulierungsbehörde Rechtsfehler – oder aber auch nur Rechenfehler - zu Lasten der Beschwerdeführerin unterlaufen sind. Auch die Entwicklung des Effizienzvergleichsmodells gehört zu den entscheidungserheblichen Tatsachen. Denn dessen Ausgestaltung hat unmittelbare Auswirkungen auf die Höhe des individuellen Effizienzwertes der Netzbetreiber - hier der Beschwerdeführerin. Aus dem Effizienzwert wiederum ergibt sich, ob der Netzbetreiber Ineffizienzen über den Regulierungszeitraum verteilt abzubauen hat und wenn ja, in welchem Umfang, was sich in der entsprechenden Absenkung der Erlösobergrenzen während des Regulierungszeitraumes bemerkbar macht. Da die Entwicklung des Effizienzmodells wiederum auf der gesamten von der Bundesnetzagentur verwendeten Datengrundlage und den während des Ablaufs zur Ermittlung des Benchmarks getroffenen Verteilungsannahmen sowie der Ausgestaltung der Ausreißeranalysen etc. beruht, ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich auch dazu und mithin zu den Modellspezifikationen anzuhören. Dabei werden die entscheidungserheblichen Tatsachen den Beteiligten im Regelfall im Rahmen der zu gewährenden Akteneinsicht bekannt.

Da die Beschwerdeführerin die Datengrundlage für den Effizienzwert auf inhaltliche Richtigkeit nicht überprüfen kann, ist ihr insoweit ein Anhörungsrecht zuzubilligen. Von der Datengrundlage hängt ab, wie die Bundesnetzagentur den individuellen Effizienzwert der Beschwerdeführerin ermittelt hat.

Allerdings gilt das Anhörungsrecht nicht schrankenlos. Begrenzt ist es durch die dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter dienenden Bestimmungen wie § 31 Abs. 3 ARegV und der auch im Regulierungsverfahren anwendbaren §§ 29, 30 VwVfG sowie des § 71 EnWG.

Die Beachtung dieser Bestimmungen gewährleistet die Wahrung des Grundrechts der Netzbetreiber aus Art. 12 Abs. 1 GG. Denn eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen eingreifen, weil der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG die Erwerbstätigkeit der Netzbetreiber als deutscher juristischer Personen des Privatrechts umfasst (BVerfG, Beschluss vom 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, Rn. 76, 78 ff. - zitiert nach juris). Dies kann mit den Interessen der Netzbetreiber wie hier der Beschwerdeführerin an effektivem Rechtsschutz kollidieren. Im Zuge der Erlösobergrenzenfestsetzung ist daher - wie bei der Entgeltgenehmigung (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 94) - eine Konfliktsituation in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen an dem beteiligt sind der Staat in Gestalt der Regulierungsbehörde, die am Effizienzvergleich beteiligten Netzbetreiber als Träger der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie die Beschwerdeführerin als von der Erlösobergrenzenfestsetzung Betroffene mit einem Interesse an effektivem Rechtsschutz. Die zu findende Lösung muss sowohl dem Interesse der Beschwerdeführerin an einem effektivem Rechtsschutz gerecht werden, darf aber auch die mit einer Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verbundene Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit nicht außer Ansatz lassen und muss deshalb zugleich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berücksichtigen. Dabei muss sie verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und im Ergebnis zur Herstellung praktischer Konkordanz führen (BVerfG, a.a.O., Rn. 96, 98).

Sofern Belange des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutzes eine Rolle spielen, bleibt es deshalb der LRB bzw. der Bundesnetzagentur überlassen, dem durch geeignete und erforderliche Maßnahmen Rechnung zu tragen. Das könnte durch Anonymisierung der Daten geschehen oder - wenn die Anonymisierung der Daten zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht ausreicht - auch durch Gewährung der Einsicht in die Datengrundlage durch einen von der Beschwerdeführerin auf ihre Kosten benannten zur Verschwiegenheit verpflichteten Gutachter, der dann die auf den geheim gehaltenen Tatsachen beruhenden Angaben und Schlüsse der Bundesnetzagentur gegenüber der Beschwerdeführerin nachvollziehen kann.

b) Der angefochtene Bescheid ist auch wegen einer nicht den Anforderungen des § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG entsprechenden Begründung formell rechtswidrig.

Die Preisregulierung im Energiebereich in Form der Anreizregulierung durch Festlegung von Obergrenzen für die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten gemäß § 21a Abs. 1 und 2 EnWG stellt einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigung der Energieversorgungsunternehmen dar. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, dass derjenige, in dessen Rechte eingegriffen wird, die Gründe hierfür erfährt, weil er nur dann seine Rechte sachgemäß verteidigen kann. Dem trägt § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG Rechnung. In verfassungskonformer Auslegung ist diese gesetzliche Regelung dahingehend zu verstehen, dass das jeweilige Energieversorgungsunternehmen nachvollziehen können muss, wie sich die festgesetzten Erlösobergrenzen errechnen. Dies ist anhand der Gründe des angefochtenen Bescheids nicht möglich.

Die LRB wird bei Erlass eines neuen Bescheides unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Begründung des Anhörungsmangels zu prüfen haben, inwieweit dieser weitergehend zu begründen ist. Grundsätzlich hat aber die LRB wie bei der Anhörung auch bei der Begründung des Bescheides die wesentlichen entscheidungserheblichen Umstände und tragenden Gründe darzulegen. Dazu gehören grundsätzlich auch die Grundlagen der Ermittlung des Effizienzwertes. Allerdings greifen auch hier die sich aus §§ 30 VwVfG, 71 EnWG ergebenden Beschränkungen im Hinblick auf geheim zu haltende Tatsachen. Die LRB wird deshalb unter Berücksichtigung dieser Belange zu prüfen haben, ob und inwieweit sie die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen ohne Verstoß gegen diese Bestimmungen in die Begründung des Bescheides aufnehmen kann oder ob insoweit in der Begründung auf im Rahmen der Anhörung gewährte Akteneinsicht an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen verwiesen werden muss.

Im Ergebnis der Begründung, gegebenenfalls im Zusammenhang mit aus der Anhörung gewonnenen Erkenntnissen, muss die Beschwerdeführerin jedenfalls in die Lage versetzt sein, die Ermittlung ihres individuellen Effizienzwertes nachzuvollziehen bzw. nachvollziehen zu lassen.

c) Die Verfahrensmängel sind nicht gemäß § 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. §§ 45, 46 VwVfG unbeachtlich.

Die Verfahrensmängel sind nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung behoben worden, indem die erforderliche Begründung nachträglich gegeben und die erforderliche Anhörung der Beschwerdeführerin nachgeholt worden ist (§ 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 2 und 3 VwVfG).

Der Senat hatte auch nicht der LRB gemäß § 67 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 45 Abs. 2 VwVfG die Gelegenheit zu geben, bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens die erforderliche Begründung nachträglich zu geben und die erforderliche Anhörung nachzuholen. Die Regelungen der §§ 45, 46 VwVfG haben das Ziel, eine Aufhebung solcher Verwaltungsakte zu vermeiden, die zwar unter Verstoß gegen Form- und Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind, aber keine sachlichen Mängel aufweisen (Meyer in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. A., Rn. 9 zu § 45). Wie sich aus den weiteren Ausführungen ergibt, weist die angefochtene Entscheidung jedoch auch sachliche Mängel auf, die zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides in den Nummern 1 und 2 und zu einer Verpflichtung der LRB zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senates führen. In diesem Rahmen hat die LRB die Gelegenheit, auch die festgestellten formellen Fehler zu beheben.

2. Der angefochtene Bescheid ist jedenfalls teilweise materiell rechtswidrig.

Der Senat entscheidet über die Beanstandungen der Beschwerdeführerin, soweit dies aus Rechtsgründen bereits möglich ist. Hinsichtlich der Angriffe der Beschwerdeführerin gegen die Ermittlung des Effizienzwertes und den Effizienzvergleich ist das nicht der Fall.

a) Ermittlung des Effizienzwertes bzw. Durchführung des Effizienzvergleichs

Ob sich tatsächlich ein für die Beschwerdeführerin höherer Effizienzwert nach der von ihr für richtig gehaltenen Art und Weise der Durchführung des Effizienzvergleichs ergibt, kann erst dann festgestellt werden, wenn der Effizienzvergleich vollständig von der Beschwerdeführerin nachvollzogen und der ermittelte Effizienzwert rechnerisch geprüft werden kann. Erst dann kann über die Rügen entschieden werden. Das betrifft die Rügen der rechtsfehlerhaften Durchführung des Effizienzvergleiches wegen einer fehlerhaften den Effizienzvergleich verzerrenden Datenbasis, der unrichtigen Ermittlung ihres Effizienzwertes, weil der Effizienzvergleich dem Erfordernis der Methodenrobustheit nicht gerecht werde, die Ausreißeranalyse

sowie die Heteroskedastizitätskorrektur nicht oder nicht ordnungsgemäß vorgenommen worden sei.

Bei der Ermittlung des Effizienzwertes bzw. der Durchführung des Effizienzverfahrens werden folgende Gesichtspunkte zu beachten sein:

Die Auswahl des „richtigen“ Effizienzvergleichsmodells ist ein komplexer Prozess, der aus der Natur der Sache heraus für die Regulierungsbehörde mit Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum verbunden sein muss. Nach der gesetzgeberischen Entscheidung soll mit einem Benchmarking-Verfahren als Grundlage der Effizienzwertermittlung, d.h. einem systematischen Unternehmensvergleich, die unternehmensindividuelle Kosteneffizienz ermittelt werden. Es handelt sich um mathematische Modelle, die Outputgrößen in Form von erbrachten Leistungen mit Inputmengen – üblicherweise den Kosten – einzelner Unternehmen in Beziehung setzen und mit den daraus resultierenden Produktivitätskennzahlen die Effizienz einzelner Unternehmen im Vergleich zu anderen einschätzen. Das Verfahren erlaubt nur die Bestimmung der relativen Effizienz, d.h. der Effizienz der Unternehmen relativ zu den entsprechenden Referenzunternehmen und kann auch generell die Realität nur bestmöglich widerspiegeln. Entscheidend für die Güte eines solchen Modells ist, ob es in der Lage ist, wesentliche Kostentreiber auf der Outputseite, aber auch regional unterschiedliche Kosten auf der Inputseite im Rahmen der Effizienzberechnung adäquat zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2011, VI-3 Kart 185/09 (V), Rn. 109 – zitiert nach juris). Wegen des komplexen Prozesses der Entwicklung eines Effizienzvergleichsmodells hat der Gesetzgeber in § 21a Abs. 5 S. 1, S. 4 und S. 5 EnWG (nur) die Forderung aufgestellt, dass die angewandten Methoden robust und damit so ausgestaltet sein müssen, dass eine veränderte Parameterauswahl nicht zu grundlegend anderen Ergebnissen führt, sie insbesondere strukturelle Unterschiede zu berücksichtigen haben und die auf diese Weise ermittelten unternehmensindividuellen Effizienzvorgaben erreichbar und übertreffbar sein müssen. Der in § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG ermächtigte Verordnungsgeber hat der Regulierungsbehörde für die Durchführung des Effizienzvergleichs Methoden und Rahmenbedingungen an die Hand gegeben, die die Vereinfachung und Verallgemeinerung der komplexen Realität nach wissenschaftlichen Erkenntnissen ermöglichen und die Effizienz eines Netzbetreibers auf diese Weise darstellbar und messbar machen soll. Konkrete Vorgaben dazu enthalten die entscheidend maßgeblichen §§ 12-14 ARegV sowie Anlage 3 zu § 12 ARegV. Im Übrigen sind der Regulierungsbehörde aber Freiräume belassen (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 110).

aa) Datenbasis Effizienzvergleich

(1) Hierbei ist davon auszugehen, dass von der LRB die Ermittlung einer gänzlich fehlerfreien Datenbasis rechtlich nicht verlangt werden kann. Mit der LRB und der Bundesnetzagentur geht der Senat davon aus, dass ein solches Verlangen die Durchführung eines Effizienzvergleiches objektiv unmöglich machen würde, weil es mit Blick auf die Komplexität der Materie sowie der Vielzahl der zu berücksichtigenden und zu erhebenden Daten es nahezu ausgeschlossen ist, dass die gewonnene Datenbasis völlig frei von Fehlern ist. Dementsprechend hat der Verordnungsgeber gesehen, dass Fehler bei der Datenerhebung unterlaufen können und solche auch in Kauf zu nehmen sind, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen der ARegV ergibt. Verwiesen sei dazu auf § 30 S. 2 ARegV, wonach dann, wenn keine oder offenkundig unzutreffende Daten vorliegen, die Regulierungsbehörde fehlende Daten schätzen oder durch eine Referenzanalyse unter Verwendung von bei der Regulierungsbehörde vorhandenen oder ihr bekannten Daten bestimmen kann. Weiter ergibt sich aus § 12 Abs. 4 S. 1 ARegV, dass der Effizienzwert mit 60 % anzusetzen ist, „wenn für einzelne Netzbetreiber keine Effizienzwerte ermittelt werden konnten, weil diese ihrer Mitwirkungspflicht zur Mitteilung von Daten nicht nachgekommen sind“. Der Verordnungsgeber gibt außerdem die Verwendung nicht nur der DEA-Methode für die Ermittlung des Effizienzwertes vor, sondern auch der SFA-Methode, die Zufallseinflüsse und Fehler von vornherein durch den „Störterm“ erfasst. Die „Ausreißeranalyse“ und das sog. „Best-of-four-Prinzip“ sollen zur Kompensation von Datenfehlern beitragen.

(2) Danach ist entscheidend, ob die Bundesnetzagentur bei der Datengewinnung die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben eingehalten sowie im Rahmen des rechtlich Gebotenen und tatsächlich Möglichen alles getan hat, Fehler bei der Datenerhebung zu vermeiden sowie dieses Risiko so klein wie möglich zu halten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur alle Datendefinitionen im Jahr 2007 ausführlich über mehrere Monate mit den beteiligten Kreisen erörtert hat. Alle Datendefinitionen standen mit Beginn der Datenabfrage auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur den Netzbetreibern zur Verfügung. Die Netzbetreiber konnten sich dann jederzeit bei individuellen Unklarheiten an die Bundesnetzagentur oder die LRB wenden, wozu sie im Ergebnis ihrer Mitwirkungspflicht nach § 12 Abs. 4 S. 2 ARegV auch verpflichtet waren. Die Bundesnetzagentur hat außerdem im Zuge des gesamten Verfahrens die übermittelten Daten mehrfach Plausibilitätsprüfungen unterzogen

und Netzbetreiber in der Folge aufgefordert, ihre Daten zu prüfen und zu korrigieren. Unsicherheiten bezüglich der Datendefinitionen hat sie in zahlreichen Gesprächen aufgeklärt.

Rechtsfehler der Bundesnetzagentur, welche die Daten als Grundlage für die Festlegung der Erlösobergrenzen unbrauchbar machen würden, sind weder ihren umfangreichen Darlegungen dazu, wie sie die Daten erhoben und diese kontrolliert sowie auf Plausibilität geprüft hat, zu entnehmen, noch werden solche von der Beschwerdeführerin aufgezeigt.

Die den einzelnen Parametern zugrunde liegenden Definitionen sind hinreichend präzise formuliert. Anderes ergibt sich nicht aus den Untersuchungen des Verbände-Projekts „BMT 2008“. Selbst wenn danach ca. $\frac{1}{4}$ der Netzbetreiber auf Grund von Missverständnissen fehlerhafte Angaben zum Parameter „Installierte dezentrale Erzeugerleistung“ gemacht haben sollten, hätte jedenfalls die überwiegende Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Netzbetreiber zutreffende Angaben gemacht. Ein systematischer Datenfehler kann danach bisher nicht festgestellt werden. Erst recht gilt dies hinsichtlich des Parameters „zeitgleiche Jahreshöchstlast Hochspannung/Mittelspannung“, zu dem nach dem Ergebnis des BMT 2008 nur ein Netzbetreiber fehlerhafte Angaben gemacht habe sowie hinsichtlich des Parameters „Anzahl der Anschlusspunkte“, zu dem mehrere Netzbetreiber von einer anderen Definition ausgegangen seien als die Bundesnetzagentur.

Zudem kann davon ausgegangen werden, dass die durch das Projekt BMT 2008 auf fehlerhafte Angaben aufmerksam gemachten Netzbetreiber ihre Daten gegenüber der Bundesnetzagentur noch korrigiert haben, wie dies die Beschwerdeführerin durch E-Mail vom 25.8.2008 tat.

bb) Ermittlung des Effizienzwertes

(1) Methodenrobustheit

Mit Blick auf den der Bundesnetzagentur zustehenden weiten Beurteilungsspielraum und die gesetzlichen sowie verordnungsrechtlichen Anforderungen an den Effizienzvergleich kann die Beschwerdeführerin von der LRB bzw. der Bundesnetzagentur nicht verlangen, dass alternative Berechnungsmodelle durchgespielt und dargestellt werden. Die Methoden der Durchführung des Effizienzvergleichs sind nicht schon dann rechtswidrig, wenn tatsächlich alternative

Modellparametrierungen zu anderen Ergebnissen kämen. Entscheidend ist allein, dass das entwickelte Modell den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben entspricht sowie die Bundesnetzagentur bei der Entwicklung des Modells den ihr zustehenden prärogativen Entscheidungsspielraum nicht überschritten hat.

(2) Intransparenz

Die von der Beschwerdeführerin angeführte Intransparenz der Benchmarkingberechnungen macht allerdings den angefochtenen Bescheid nicht materiell rechtswidrig, sondern ist eine Frage der - bereits behandelten - formellen Rechtmäßigkeit des Bescheides.

(3) Parameterauswahl

Schon aus Rechtsgründen ist nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur zwar den Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“ gemäß der Vorgabe in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ARegV berücksichtigt hat, dagegen nicht den Parameter „Kundendichte“ als Zusammenhang zwischen der Zahl der Anschlusspunkte und der Zahl der nachgelagerten Zählpunkte. Der Berücksichtigung der Zählpunkte steht bereits die Vorschrift des § 13 Abs. 3 S. 2 und 3 ARegV entgegen. Danach sind Parameter nur dann geeignet, die Belastbarkeit des Effizienzvergleichs zu stützen, wenn sie nicht „in ihrer Wirkung ganz oder teilweise wiederholend sind und insbesondere nicht bereits durch andere Parameter abgebildet werden“. Die Zahl der einem Anschlusspunkt zugehörigen Zählpunkte wird im Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“ ersichtlich zumindest teilweise abgebildet und würde bei einer zusätzlichen Berücksichtigung den Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“ in seiner Wirkung zumindest teilweise wiederholen. Es kann daher dahinstehen, ob ein Vergleichsparameter „Zahl der Zählpunkte“ gegebenenfalls zu „besseren“ Ergebnissen geführt hätte als der Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“. Diese Überlegung verbietet sich schon deshalb, weil der Vergleichsparameter „Anschlusspunkte“ durch den Ordnungsgeber verbindlich vorgegeben worden ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.7.2010, VI-3 Kart 184/09, Rn. 121 - zitiert nach juris).

(4) Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber

Zutreffend hat die Bundesnetzagentur die Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber orientiert, nicht an einer Gruppe durchschnittlicher Netzbetreiber.

Die Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber entspricht den Vorgaben des Gesetz- und Verordnungsgebers. Sie ergibt sich ausdrücklich aus Nr. 2 der Anlage 3 zu § 12 ARegV, wonach die Effizienzgrenze von den Netzbetreibern mit dem besten Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand gebildet wird.

Die Vorgabe in Nr. 2 der Anlage 3 zu § 12 ARegV ist auch materiell rechtmäßig und verletzt die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten. Sie ist bereits vom Wortsinn des Begriffes „Effizienz“ nicht nur gedeckt, sondern diesem immanent. Effizienz beschreibt das Verhältnis vom Nutzen zum Aufwand, mit dem der Nutzen erzielt wird. Mit einem effizienten Verhalten kann ein größtmöglicher Nutzen mit einem geringstmöglichen Aufwand erzielt werden. Die Vorgabe in Nr. 2 der Anlage 3 zu § 12 ARegV entspricht diesem Verständnis. § 21a EnWG, der Regulierungsvorgaben für Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zum Ziel hat, bestätigt dieses Verständnis. Sollen die Regulierungsvorgaben Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzen, d.h. eine Leistungserbringung bei dem der größtmögliche Nutzen mit einem geringstmöglichen Aufwand erzielt wird, kann der Maßstab für die Vorgaben nur der effiziente Netzbetreiber mit dem besten Verhältnis von Aufwand und Nutzen sein.

Auch § 21a Abs. 4 S. 2 EnWG i.V.m. § 21 Abs. 2 EnWG stützt dieses Ergebnis. Denn im Bereich der kostenbasierten Entgeltregulierung waren die Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen mussten, unter Berücksichtigung von u.a. Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung zu bilden. § 21a Abs. 4 S. 2 EnWG verweist wiederum auf § 21 Abs. 2 EnWG. Maßstab für die zu berücksichtigenden Kosten sind danach nicht die Kosten eines durchschnittlichen, sondern die eines effizienten Unternehmens. Damit wird, wie sich auch aus der Gesetzesbegründung ergibt, auf das Vergleichsmarktprinzip Bezug genommen, dessen Maßstab das effiziente Unternehmen ist.

Aus § 21 Abs. 3 und 4 EnWG ergibt sich nichts anderes. § 21 Abs. 4 S. 2 EnWG begründet lediglich eine Vermutung, dass die Betriebsführung eines Netzbetreibers nicht der nach § 21 Abs. 2 EnWG entspricht, wenn dessen Entgelte, Erlöse oder Kosten die durchschnittlichen Entgelte, Erlöse oder Kosten vergleichbarer Netzbetreiber überschreiten. Das Übersteigen des Durchschnitts begründet danach lediglich eine Vermutung der Ineffizienz. Daraus ergibt sich

jedoch nicht, dass der Durchschnitt der Entgelte, Erlöse oder Kosten der Referenzwert für den Effizienzvergleich ist.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht die Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber auch nicht in systematischem Widerspruch zu § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG. Auszugehen ist zunächst davon, dass auch der effiziente Netzbetreiber Ineffizienzen aufweist, d.h., auch dieser seine Effizienz noch steigern kann. Die Effizienz des mit 100 % bewerteten Netzbetreibers beschreibt nämlich lediglich seine relative Effizienz im Verhältnis zu seiner Vergleichsgruppe und kann sich im Weiteren auch verändern. Zudem werden Zumutbarkeit, Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben durch eine entsprechende Gestaltung des Regulierungssystems erreicht. Dazu gehört, dass die Effizienzvorgaben innerhalb eines angemessenen Zeitraumes von mehreren Jahren, nämlich der Regulierungsperiode erreicht werden müssen, die der ersten Regulierungsperiode gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 ARegV sogar erst nach zwei Regulierungsperioden. Dazu gehört auch, dass bei der Ermittlung des individuellen Effizienzwertes das „best-of-four“-Prinzip anzuwenden ist (§ 12 Abs. 3, 4a ARegV), nachdem der beste der nach vier Vergleichsmethoden ermittelte Effizienzwert maßgeblich ist. Zudem sind durch die ökonometrische Ausreißeranalyse außergewöhnliche Datensätze zu ermitteln, die der weiteren Effizienzwertermittlung nicht zugrunde gelegt werden. Durch die Supereffizienzanalyse werden zudem Unternehmen mit sehr hohen Effizienzwerten aus dem Effizienzvergleich ausgeschieden. Schließlich können gemäß § 15 Abs. 1 ARegV strukturelle Besonderheiten der Netzbetreiber gesondert berücksichtigt werden.

Die Orientierung der Effizienzgrenze an der Gruppe der effizientesten Netzbetreiber begründet auch keine Verletzung der Art. 14 oder 12 GG.

Die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG ist schon deshalb nicht berührt, weil die Anreizregulierung lediglich zukünftige wirtschaftliche Chancen sowie Verdienstmöglichkeiten betrifft, nicht jedoch bereits gegenwärtig den Netzbetreibern zustehende Rechtspositionen oder Erworbenes als Ergebnis einer wirtschaftlichen Betätigung. Zudem prägt die Anreizregulierung einfachgesetzlich das Eigentum der Netzbetreiber, indem sie diesen erst ermöglicht, Netzentgelte zu vereinnahmen.

Auch die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG wird nicht verfassungswidrig eingeschränkt. Die sich als Regelungen zur Berufsausübung darstellenden Bestimmungen zur Anreizregulierung beruhen auf hinreichenden Gründen des Gemeinwohls wie dem Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas (§ 1 Abs. 1 EnWG). Durch die Anreizregulierung wird den Netzbetreibern im Vergleich zur kostenbasierten Regulierung in den gesetzten Grenzen unternehmerische Freiheit gewährt. Die Regelungen zur Anreizregulierung sind unter Beachtung des erheblichen Gestaltungsspielraumes des Gesetz- und Verordnungsgebers zur Erreichung dieses Zieles auch geeignet, erforderlich und angemessen. Der Senat kann auch weder erkennen, mit welchen weniger belastenden Regelungen die Zwecke der Anreizregulierung erreicht werden könnten, noch werden solche von der Beschwerdeführerin aufgezeigt.

b) Berücksichtigung struktureller Besonderheiten (bereinigter Effizienzwert gemäß § 15 Abs. 1 ARegV)

Ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, ihre Versorgungsaufgabe weise Besonderheiten auf, die nach Maßgabe des § 15 ARegV zu einem höheren Effizienzwert führen müssten.

Der die Berücksichtigung von Besonderheiten regelnde § 15 ARegV ist im System der Effizienzwertermittlung eine Ausnahmenvorschrift, die zu einer Durchbrechung des in den vorstehenden Bestimmungen vorgegebenen Verfahrens führt. Besonderheit im Sinne des § 15 ARegV ist nicht jeder den Betrieb eines Netzbetreibers prägende Umstand, welcher sich bei der Mehrzahl der anderen Netzbetreiber nicht findet. Vielmehr hat der Begriff der Besonderheit nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Bedeutung, dass der so bezeichnete Umstand nach Art oder Umfang nur bei wenigen Unternehmen der Vergleichsgruppe gegeben ist; Einzigartigkeit ist hingegen nicht erforderlich. Denn als „besonders“ wird etwas bezeichnet, was sich von dem sonst Üblichen abhebt im Sinne von „auffallend, außergewöhnlich, außerordentlich, speziell oder ungewöhnlich“. Der Begriff Besonderheit hat folglich sowohl ein qualitatives als auch ein quantitatives Element, dem ein Verständnis als (lediglich) Unterschied nicht gerecht wird.

Dieses Verständnis wird auch der Bedeutung der Bestimmung des § 15 ARegV im Normgefüge gerecht. Denn jedes Unternehmen weist Charakteristika auf, die im Wettbewerb teils zu seinem Vorteil ausschlagen, teils zu seinem Nachteil. Beide Effekte gleichen sich tendenziell aus, so dass eine Berücksichtigung bei der Effizienzwertermittlung nur geboten erscheint, wo ein Charakteristikum im Randbereich der Marktbetrachtung liegt (OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.3.2010, 202 EnWG 20/09, Rn. 205 zitiert nach juris). Auch aus der Begründung zur Änderung des § 15 Abs. 1 ARegV ergibt sich, dass § 15 ARegV eine restriktiv auszulegende Vorschrift ist, wenn nämlich darauf abgestellt wird, dass § 15 ARegV (nur) den Ausnahmefall regeln soll, d.h. wenn Besonderheiten bestehen, die deutlich höhere Kosten zur Folge haben. Dass der Verordnungsgeber nach dem Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 417/07, vom 21.9.2007 davon ausgeht, dass nicht jede Besonderheit der Versorgungsaufgabe als Detail beim Effizienzvergleich berücksichtigt werden kann, bedeutet nicht im Umkehrschluss, dass er bereits jedes Detail als Besonderheit ansieht. Im Gegenteil ergibt sich daraus, dass Besonderheiten bestehen müssen, die (zusätzlich) deutlich höhere Kosten zur Folge haben müssen, um als Ausnahmefall nach § 15 ARegV berücksichtigt werden zu können. Bestätigt wird diese Auslegung durch § 21a Abs. 5 S. 1 EnWG. Denn sind gemäß dieser Vorschrift bei der Bestimmung der Effizienzvorgaben und Durchführung des Effizienzvergleiches grundsätzlich objektive strukturelle Unterschiede zu berücksichtigen, ergibt sich daraus im Umkehrschluss, dass nur darüber hinausgehende Besonderheiten nicht vom Effizienzvergleich umfasst werden. Das spiegelt sich in § 13 Abs. 3 ARegV wieder, wenn bei der Bestimmung von Vergleichsparametern u.a. strukturelle Besonderheiten der Versorgungsaufgabe zu berücksichtigen sind. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber die Ergebnisse des mit erheblichem Aufwand durchgeführten Effizienzvergleiches dadurch relativieren wollte, dass im Anschluss über § 15 ARegV regelmäßig nur bei Vorliegen eines „Unterschiedes“ in der Versorgungsaufgabe ein Aufschlag auf den ermittelten Effizienzwert geprüft und bei Erreichen der Aufgreifschwelle von 3 % gewährt werden muss. Der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift ist zudem durch das Anheben der Aufgreifschwelle von einem auf drei Prozent betont worden. Die Ausnahmegvorschrift des § 16 Abs. 2 ARegV steht der Annahme des Ausnahmecharakters des § 15 Abs. 1 ARegV nicht entgegen, und zwar schon deshalb, weil sie an die subjektive Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers anknüpft, § 15 Abs. 1 ARegV dagegen an objektive vom Netzbetreiber nicht beeinflussbare Anforderungen wegen seiner Versorgungsaufgabe, die zudem der Netzbetreiber nachzuweisen hat.

Die Beschwerdeführerin hat nicht dargelegt, dass strukturelle Besonderheiten rechtswidrig unberücksichtigt geblieben seien und deshalb ihr Effizienzwert zu niedrig ermittelt worden sei. Das gilt für das geltend gemachte Verhältnis von Zählpunkten zu Anschlusspunkten, weil dieses aus vorgenannten Gründen keine strukturelle Besonderheit im Sinne des § 15 Abs. 1 ARegV ist und zudem schon deshalb, weil dieses Verhältnis wegen seiner teilweise wiederholenden Wirkung hinsichtlich des im Effizienzvergleich zwingend gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 1 ARegV zu berücksichtigenden Parameters der Anzahl der Anschlusspunkte nicht zu berücksichtigen war.

Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin auch die aus den von ihr ins Feld geführten Umständen erwachsenden Kosten nicht nachvollziehbar beziffert. Eine pauschale kostenmäßige Bewertung von Zählerstellen reicht dafür nicht, weil wegen der in den Mess- und Abrechnungsentgelten enthaltenen Gemeinkosten nicht jeder wegfallende Zähler gleichzeitig Einsparungen oder jeder hinzukommende Zähler Mehrkosten in entsprechender Höhe verursacht.

Die weiter als Besonderheiten der Versorgungsaufgabe geltend gemachten Umstände wie der Rückgang der Netzlast, die nicht optimale Netzstruktur und die nicht bzw. mit zu geringer Leistung ausgelasteten Stationen erreichen danach auch nach Addition bereits nicht die Aufgreifschwelle von 3 % gemäß § 15 Abs. 1 ARegV. Überdies stellen auch diese Umstände nach den vorstehenden Ausführungen keine Besonderheiten der Versorgungsaufgabe dar und werden bereits hinreichend durch Vergleichsparameter im Effizienzvergleich berücksichtigt, wie bereits im angefochtenen Bescheid, auf den insoweit verwiesen wird, zutreffend näher ausgeführt worden ist.

c) Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze (§ 6 ARegV i.V.m. § 34 Abs. 3 ARegV)

Mit Erfolg wendet sich die Beschwerde gegen die unterlassene Anpassung der Zinssätze für die zulässige Grenze von 40 % übersteigendes Eigenkapital (EK II), gegen die unterlassene Neuberechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie gegen die Nichtberücksichtigung der Anlagen im Bau und der Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie in Ansehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur kostenbasierten Regulierung (BGH, Beschlüsse vom 14.8.2008, KVR 34/07, KVR 35/07, KVR 36/07, KVR 42/07 - zitiert nach juris).

aa) Der BGH hat zur Anreizregulierung entschieden, dass bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenze nach § 6 Abs. 2 ARegV die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung zu berücksichtigen ist (BGH, Beschluss vom 28.6.2011, EnVR 48/10, LS 1a, Rn. 7 - zitiert nach juris). Dieser Entscheidung schließt sich der Senat unter Aufgabe seiner bisherigen anderslautenden Rechtsprechung (Beschluss des Senates vom 12.1.2010, Kart W 7/09 - zitiert nach juris) an.

Wie der BGH ausgeführt hat (BGH, a.a.O., Rn. 8 ff.) wird die Frage, ob das Ergebnis der letzten Kostenprüfung auch dann unverändert zu übernehmen ist, wenn es mit der hierzu in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht, durch den Wortlaut des § 6 Abs. 2 ARegV nicht eindeutig beantwortet. Nach dieser Vorschrift ist als Ausgangsniveau für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten vor Beginn der Anreizregulierung erfolgten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG, die auf der Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 oder eines früheren Geschäftsjahres basiert, heranzuziehen. Unter den Begriff „heranzuziehen“ könnte durchaus eine strikte, auch durch entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zu durchbrechende Bindung an das Ergebnis der letzten Kostenprüfung subsumiert werden. Er umfasst aber auch einen abweichenden Bedeutungsgehalt, etwa im Sinne von „berücksichtigen“, „nutzen“ oder „zur Grundlage machen“. Ein eindeutiger Hinweis auf einen bestimmten Bedeutungsgehalt ergibt sich aus dem Wortlaut selbst nicht.

Die Berücksichtigung von Korrekturen, die nach der Rechtsprechung des BGH an dem Ergebnis der maßgeblichen Kostenprüfung vorzunehmen gewesen wären, ist im Hinblick auf das Erfordernis einer angemessenen Festlegung der Obergrenzen für die Anreizregulierung geboten.

§ 6 Abs. 2 ARegV konkretisiert das Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1 EnWG, das auch für die Ermittlung der Obergrenzen nach der Anreizregulierung gilt, und die insoweit vom Gesetzgeber in § 21a Abs. 4 EnWG bestimmten Vorgaben. Die regulatorische Kostenprüfung würde nicht mehr zu angemessenen Ergebnissen führen und den Netzbetreiber ohne sachlichen Grund benachteiligen, wenn die Regulierungsbehörde von Kalkulationsgrundlagen ausgehen dürfte, die auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH (vgl. Beschluss vom 14.8.2008, KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 13 – Stadtwerke Trier) ersichtlich unzutreffend sind.

Die in § 6 Abs. 2 ARegV angeordnete Bezugnahme auf die Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 führt nicht zu einer abweichenden Auslegung. Mit dieser im Verordnungsgebungsverfahren eingefügten Bezugnahme sollte im Interesse einer möglichst einheitlichen Datenbasis und zur Sicherstellung einer geordneten Abwicklung des Effizienzvergleichs lediglich ausgeschlossen werden, dass auf Grund im Jahre 2008 neu gestellter Anträge der Netzbetreiber nach § 23a EnWG auch Ergebnisse von Kostenprüfungen zu berücksichtigen wären, die auf dem Geschäftsjahr 2007 basieren (vgl. BR-Drs. 417/07 [Beschluss], S. 2 f.). Maßgeblich sollten die Daten aus dem Geschäftsjahr 2006 bleiben. Im Hinblick auf den für die Kostenprüfung erforderlichen Aufwand hat der Verordnungsgeber damit zugleich in Kauf genommen, dass die als Grundlage für die Bestimmung der Erlösbergrenzen herangezogenen Kosten auf Grund des relativ langen zeitlichen Abstandes nicht in allen Einzelheiten mit der tatsächlichen Kostensituation in der Regulierungsperiode übereinstimmen. Hieraus kann aber nicht auf einen Willen des Verordnungsgebers geschlossen werden, die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung beiseite zu lassen und damit im Ergebnis eine nach Maßgabe dieser Rechtsprechung rechtswidrige Regulierungspraxis bei der Umstellung der Netzentgeltregulierung auf die Methode der Anreizregulierung fortzuschreiben. Auch im Übrigen lässt sich den Materialien für eine solche Auslegung nichts entnehmen (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 47).

Die Korrektur der Ergebnisse der maßgeblichen Kostenprüfung hat auch nicht einen Aufwand zur Folge, der sich mit der Vereinfachung des Verfahrens, die der Verordnungsgeber mit Blick auf die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit durch die Regelung des § 6 Abs. 2 ARegV angestrebt hat, nicht verträgt. Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH führt lediglich zu wenigen Einzelkorrekturen. Eine umfassende (erneute) Kostenprüfung, die der Verordnungsgeber mit § 6 Abs. 2 ARegV vermeiden wollte, hat sie nicht zur Folge.

Die Beschwerdeführerin kann nicht auf eines der in der Anreizregulierungsverordnung vorgesehenen Instrumente zur Berücksichtigung tatsächlicher Abweichungen von der im Rahmen des § 6 Abs. 2 ARegV verwendeten Datengrundlage verwiesen werden, wie etwa eine Anpassung der Erlösbergrenze nach § 4 Abs. 2 S. 2 bis 5 ARegV, die Einstellung in das Regulierungskonto nach § 5 ARegV, die Anhebung des Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV oder die Anpassung des Effizienzwertes bzw. der Effizienzvorgaben nach §§ 15, 16 ARegV. Diese Anpassungsmechanismen setzen die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösbergrenze nach § 6 ARegV voraus und dienen im Grundsatz nicht der (wirtschaftlichen) Berichtigung

einer fehlerhaften regulatorischen Kostenprüfung. Vielmehr hat der Netzbetreiber bereits im Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen einen Anspruch auf eine Recht und Gesetz entsprechende Entscheidung der Regulierungsbehörde.

bb) Auf Grund dessen hätte die LRB bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 Abs. 2 ARegV die Angaben der Betroffenen zu Anlagen im Bau (BGH Beschluss vom 14.8.2008, KVR 39/07) ebenso wie einen Risikozuschlag bei den Fremdkapitalzinsen (BGH Beschluss vom 14.8.2008, KVR 42/07) berücksichtigen und gegebenenfalls auch die kalkulatorische Gewerbesteuer entsprechend anpassen müssen.

Entsprechendes würde für die geltend gemachten Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie gelten, sofern sie auf gesicherten Erkenntnissen über das Planjahr beruhen (BGH, Beschluss vom 14.8.2008, KVR 36/07). Letzteres wird die LRB zu prüfen haben.

d) Härtefall gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV wegen der gestiegenen Beschaffungskosten für Verlustenergie

Sollte die LRB zu dem Ergebnis kommen, die geltend gemachten Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie beruhen nicht auf gesicherten Erkenntnissen über das Planjahr, ist darüber zu entscheiden, ob die gestiegenen Beschaffungskosten für Verlustenergie einen Härtefall begründen.

Als Härtefall i. S. v. § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV können die Beschaffungskosten für Verlustenergie allerdings jedenfalls für die Jahre 2009 und 2010 nicht berücksichtigt werden. Dem steht schon entgegen, dass die Beschwerdeführerin nicht den gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV hierfür erforderlichen Antrag gestellt hat. Die Formulierung der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 26.11.2008, wonach sie „die Erhöhung der Ausgangsbasis um die gekürzten Verlustenergiekosten in Höhe von 49.691 €“ beantragte, kann auch nicht hilfsweise in einen solchen Antrag umgedeutet werden. Nach dem maßgeblichen Kenntnishorizont eines objektivierte Erklärungsempfängers ist das Schreiben der Beschwerdeführerin nur als an die LRB gerichtete Aufforderung zu verstehen, die angekündigte Entscheidung zu den Erlösobergrenzen hinsichtlich der Bestimmung deren Ausgangsniveaus u.a. dahin zu korrigieren, dass unter Berücksichtigung der Urteile des BGH vom 14.8.2008 (z.B. KVR 34/07) die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie berücksichtigt werden. Ein an völlig andere Voraussetzungen

gebundener Härtefallantrag für den Fall der Nichtberücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 14.8.2008 lässt sich dem nicht entnehmen. Die Beschwerdeführerin hat auch nichts dazu ausgeführt, dass die besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ARegV vorlägen.

Allerdings liegt ein Antrag nach § 4 Abs. 4 Nr. 2 ARegV in der der LRB am 26.8.2009 zugestellten Beschwerdebegründung vom 4.8.2009. Er ist konkludent dadurch gestellt worden, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, einen solchen Antrag bereits gestellt zu haben und Ausführungen zu dessen Begründung macht. Auf Grund der Fristenregelung in § 4 Abs. 4 S. 2 ARegV kann der Antrag jedoch erst als zum 30.6.2010 gestellt angesehen werden, so dass eine Anpassung der Erlösobergrenze erst zum 1.1.2011 erfolgen kann.

Der Antrag ist aber nur für den Fall gestellt, dass die geltend gemachten Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 Abs. 2 ARegV nicht in vollem Umfang berücksichtigt werden. Ob der Antrag, sofern noch über ihn zu entscheiden sein wird, in der Sache Erfolg hat, wird die LRB dann gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 28.6.2011, EnVR 48/10) zu prüfen haben.

e) Ermittlung der vorübergehend nicht beeinflussbaren und der beeinflussbaren Kostenanteile

Kapitalkosten für Altanlagen sowie die kalkulatorische Gewerbesteuer gehören nicht zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 2 ARegV. Zu Recht hat die LRB diese Kosten den beeinflussbaren Kostenanteilen im Sinne von § 11 Abs. 4 ARegV zugeordnet (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.3.2010, 202 EnWG 20/09, Rn. 23 ff, rechtskräftig - zitiert nach juris).

aa) Kapitalkosten für Altanlagen

Kapitalkosten für Altanlagen sind in der Aufzählung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten in § 11 Abs. 2 ARegV nicht enthalten. Diese Aufzählung ist abschließend. Im Einklang mit den Vorgaben der ARegV hat die LRB diese Kosten deshalb den beeinflussbaren Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 4 ARegV zugeordnet.

Die Zuordnung dieser Kapitalkosten zu den beeinflussbaren Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 4 ARegV entspricht auch den gesetzlichen Vorgaben des EnWG.

In § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 7 EnWG hat der Gesetzgeber den Ordnungsgeber ausdrücklich ermächtigt, zu regeln, welche Kostenanteile dauerhaft oder vorübergehend als nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten. Aus dieser Wortwahl des Gesetzgebers ergibt sich, dass es für die Einstufung von Kostenanteilen als dauerhaft nicht beeinflussbar nicht auf die objektive Beeinflussbarkeit ankommt, sondern auf die subjektive Bewertung des Ordnungsgebers, welche Kostenanteile als dauerhaft nicht beeinflussbar gelten sollen. Der Gesetzgeber hat damit dem Ordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum bei der Einteilung der Kosten als dauerhaft oder vorübergehend nicht beeinflussbare und beeinflussbare Kostenanteile eingeräumt. Es besteht außerdem einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, inwieweit Kosten durch den Netzbetreiber tatsächlich beeinflussbar sind oder nicht. Begrenzt werden diese Spielräume gemäß § 21a Abs. 6 Nr. 2 EnWG lediglich nach Maßgabe der Absätze 1 bis 5 des § 21a EnWG.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin überschreitet die Zuordnung der Kapitalkosten für Altanlagen zu den beeinflussbaren Kostenanteilen nicht die Grenzen des § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG. In § 21a Abs. 4 S. 2 und 3 EnWG hat der Gesetzgeber Kostenpositionen aufgeführt, die zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zählen bzw. als dauerhaft nicht beeinflussbar gelten sollen. Kapitalkosten für Altanlagen sind jedoch nicht darunter.

Kapitalkosten für Altanlagen sind auch – obwohl die Investitionsentscheidungen bereits getroffen wurden – gegenwärtig und zukünftig durch unternehmerische Entscheidungen beispielsweise zum Verkauf von Teilen des Netzes, Stilllegung und (Sonder-)Abschreibung von nicht mehr genutzten Leitungen oder Anpassung der Ersatzinvestitionen an die tatsächlich erforderliche Netzinfrastruktur beeinflussbar.

Nach dem Vorstehenden kommt es nicht mehr darauf an, ob zudem § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG nicht auf gegenwärtig und zukünftig beeinflussbare Kostenanteile beschränkt ist und deshalb auch Kostenanteile erfasst, die in der Vergangenheit angefallen sind, sofern sie nur zu diesem Zeitpunkt beeinflussbar waren.

bb) Kalkulatorische Gewerbesteuer

Die kalkulatorische Gewerbesteuer ist keine Betriebssteuer i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ARegV und damit kein dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteil (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.3.2010, 202 EnWG 20/09 - zitiert nach juris, a.a.O.). Die Gewerbesteuer ist gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 KStG i. V. m. § 4 Abs. 5b EStG keine abzugsfähige Betriebsausgabe, mithin auch keine Betriebssteuer im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 3 ARegV. Betriebssteuern sind alle Steuern, die in der Steuerbilanz abzugsfähige Betriebsausgaben sind. Die Gewerbesteuern und die darauf entfallenden Nebenleistungen gemäß § 4 Abs. 5b EStG sind aber keine abzugsfähigen Betriebsausgaben. Darauf, dass zur Zeit der Begründung der ARegV am 15.6.2007 die Gewerbesteuer noch zu den abzugsfähigen Betriebsausgaben zählte, kommt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht an. Dafür, ob eine Verwaltungsentscheidung rechtmäßig ergangen ist, ist nach Maßgabe des materiellen Rechts grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung maßgebend (BVerwG, Urteil vom 21.5.1976, IV C 50.74, Rn. 19 - zitiert nach juris), für den Erfolg einer Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (BVerwG, Urteil vom 20.3.1996, 6 C 4/95, Rn. 17; OLG Stuttgart, a.a.O., S. 10).

Zudem gehört die kalkulatorische Gewerbesteuer deshalb nicht zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten, weil nach § 8 StromNEV nur ein kalkulatorischer Gewerbesteuersatz auf der Grundlage der anerkannten kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung in die Gesamtkosten des Netzbetreibers einfließt und er darüber vom Netzbetreiber beeinflusst werden kann. Ein Vergleich mit den anderen im Katalog des § 11 Abs. 2 S. 1 ARegV aufgeführten Kostenanteilen zeigt indessen, dass – mit Ausnahme des Pauschalisierten Investitionszuschlages und des Investitionsbudgets – nur aufwandsgleiche Kostenanteile aufgenommen sind. Die Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV ist indessen eine rein kalkulatorische Kostenposition, die auf der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung fußt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2011, VI-3 Kart 185/09 (V), Rn. 67 – zitiert nach juris).

f) Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

Die Beschwerde wendet sich mit Erfolg gegen die Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber.

Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist nicht bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen nach § 9 ARegV in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber zu berücksichtigen. § 21a EnWG enthält hierfür keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 5 EnWG ermächtigt nur dazu, durch Rechtsverordnung eine von der Entwicklung der Verbraucherpreise abweichende Entwicklung der netzwirtschaftlichen Einstandspreise, nicht aber einen generellen gesamtwirtschaftlichen oder netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 28.6.2011, EnVR 34/10, LS 2, Rn. 36).

Der BGH hat dazu ausgeführt, dass allerdings nicht zu beanstanden ist, dass in die Regulierungsformel – wie in § 9 ARegV unter anderem vorgesehen – die Abweichung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung einfließt und so den nach Maßgabe des § 8 ARegV berechneten Wert für die allgemeine Geldwertentwicklung korrigiert.

Die jedenfalls in Verbindung mit § 21a Abs. 4 und Abs. 5 EnWG nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Verordnungsermächtigung des § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 1, S. 2 Nr. 5 EnWG bietet Raum für ein solches Verständnis. Nach § 21a Abs. 4 S. 7 EnWG müssen die Vorgaben, die der Verordnungsgeber für die Entwicklung oder Festlegung der Obergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode zu treffen hat, den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung vorsehen. Eine unveränderte Anknüpfung an den Verbraucherpreisgesamtindex ist damit nicht zwingend vorgegeben, zumal § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 5 EnWG nähere Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate zulässt. Der Verordnungsgeber durfte daher in Betracht ziehen, dass eine unveränderte Orientierung an dem Verbraucherpreisgesamtindex zu einer zu hohen Erlösobergrenze und damit zu überhöhten Netzentgelten führen könnte, wenn die Entwicklung der Einstandspreise in der Netzwirtschaft hinter der Entwicklung der Verbraucherpreise zurückbleibt. Dies würde dem in der Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG fortwirkenden Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes, eine möglichst preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu erreichen (§ 1 Abs. 1 EnWG), zuwiderlaufen. Andererseits

wird das Ziel, dem Netzbetreiber die Festsetzung eines angemessenen Netzentgeltes zu ermöglichen, durch die Berücksichtigung der netzspezifischen Einstandspreisentwicklung nicht gefährdet.

Die in § 9 Abs. 1 ARegV außerdem vorgesehene Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts ist hingegen durch die Verordnungsermächtigung nicht gedeckt. Eine hinreichende Grundlage hierfür findet sich weder in § 21a Abs. 4 S. 7 EnWG noch in § 21a Abs. 5 EnWG.

Die Berücksichtigung des generellen netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts kann nicht als Regelung über den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung (§ 21a Abs. 4 S. 7 EnWG) verstanden werden.

Produktivitätssteigerungen haben keine unmittelbaren Auswirkungen auf das allgemeine Preisniveau. Sie sind zwar für die Frage von Bedeutung, in welchem Umfang allgemeine Preissteigerungen durch Kosteneinsparungen kompensiert werden können, ohne dass der Umfang und die Qualität der erbrachten Leistungen reduziert werden. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist aber kein integraler Bestandteil der allgemeinen Geldwertentwicklung. Gegen eine Einordnung des § 9 ARegV als eine die Geldentwertung betreffende Regelung spricht auch die in den Materialien für die Einführung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gegebene Begründung. Dieser soll dem Umstand Rechnung tragen, dass in monopolistisch strukturierten Wirtschaftsbereichen wie den Strom- und Gasnetzen bei der Simulation von Wettbewerb durch Einführung einer Anreizregulierung höhere Produktivitätssteigerungen zu erwarten seien (BR-Drs. 417/07, S. 48). Indem in der Regulierungsformel der netzwirtschaftliche Produktivitätsfortschritt berücksichtigt wird, wird also von den einzelnen Netzbetreibern eine zumindest branchendurchschnittliche Ausschöpfung von Produktivitätsreserven verlangt. Durch diese Verhaltensanforderung unterscheidet sich der generelle sektorale Produktivitätsfaktor von dem Mechanismus der allgemeinen Geldentwertung, dem im Grundsatz alle Unternehmen gleichermaßen ausgesetzt sind, ohne dass sie darauf Einfluss nehmen können.

Ob der Gesetzgeber einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor als Korrekturfaktor der allgemeinen Geldentwertung hätte vorsehen können, kann dahinstehen. Nach dem Wortlaut des § 21a Abs. 4 S. 7 EnWG hat er von einer Ermächtigung dieses Inhalts abgesehen.

Im Hinblick hierauf und auf die Bestimmung des § 21a Abs. 5 S. 1 EnWG, in der der Gesetzgeber den inflationsbereinigten gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt als Effizienzvorgabe eingestuft hat, liegt es nahe, in der Berücksichtigung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts eine Effizienzvorgabe zu sehen. Als solche wäre sie aber in der Ausgestaltung, die sie durch § 9 ARegV i.V.m. der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV erfahren hat, am Maßstab des § 21a Abs. 4 S. 6 EnWG gemessen nicht zulässig.

Nach § 21a Abs. 4 S. 6 EnWG ist es untersagt, Effizienzvorgaben auf andere als beeinflussbare Kosten zu beziehen. Dem würde die als Effizienzvorgabe verstandene Berücksichtigung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts nicht Rechnung tragen, denn nach der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV wird der Produktivitätsfaktor P_{Ft} auch auf die vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten angewendet. Dazu gehören jedenfalls auch Kosten, die nach § 21a Abs. 4 S. 2 EnWG als nicht beeinflussbar anzusehen sind, wie etwa die Kostenanteile, die auf nicht zurechenbaren strukturellen Unterschieden der Versorgungsgebiete beruhen (§ 11 Abs. 3 S. 2 ARegV).

Diesen Erwägungen des BGH tritt der Senat bei.

Da der netzwirtschaftliche Produktivitätsfortschritt sonach nicht berücksichtigungsfähig ist, ist die pauschale Festlegung der Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 Abs. 2 ARegV gegenstandslos. Auf die gegen die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und die Methode ihrer Ermittlung gerichteten Angriffe der Beschwerde kommt es sonach nicht mehr an.

Die LRB wird in Ansehung der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 28.6.2011, EnVR 48/10, Rn. 47 – zitiert nach juris) im weiteren Verfahren gemäß § 9 Abs. 1 ARegV die Abweichung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung zu ermitteln und diesen Wert anstelle des Terms P_{Ft} in der Regulierungsformel nach Anlage 1 zu § 7 ARegV anzusetzen haben.

III. Der von der Beschwerdeführerin beantragten Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren (§ 84 Abs. 2 EnWG) bedurfte es nicht. Die Sache war entscheidungsreif, ohne dass es auf durch die Akteneinsicht zu gewinnende Erkenntnisse entscheidungserheblich angekommen wäre.

IV. Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf § 90 Satz 1 und 2 EnWG. Die Beschwerdeführerin einerseits und die LRB und die Bundesnetzagentur andererseits haben jeweils mit ihrem Vorbringen nur teilweise obsiegt. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Kostenaufhebung angemessen. Zwar betrifft das Unterliegen der Beschwerdeführerin mehrere Punkte. Auch soweit sie ihren Beschwerdeangriff gegen den Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabführung zurückgenommen hat, trifft sie die Kostenlast, weil keine Billigkeitss Gesichtspunkte ersichtlich sind, dass hier insoweit ausnahmsweise die LRB oder die Bundesnetzagentur die Kosten zu tragen hätten (vgl. BGH NJW-RR 2007, 616 - zitiert nach juris). Allerdings unterliegen die LRB und die Bundesnetzagentur bei dem den Streitwert erheblich beeinflussenden Punkt des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, so dass das Unterliegen von Beschwerdeführerin einerseits und LRB und Bundesnetzagentur andererseits als gleichmäßig verteilt anzusehen ist. Die Anordnung einer Kostenerstattung erscheint nicht angemessen, weil der LRB hier auch eigene Anwaltskosten für ihre Vertretung im Beschwerdeverfahren angefallen sind.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die aufgeworfenen Rechtsfragen insbesondere zur formellen Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids von grundsätzlicher Bedeutung sind, § 86 Abs. 2 und 3 EnWG.

V. Rechtsbehelfsbelehrung:

Die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens haben die Möglichkeit, gegen die vorliegende Entscheidung die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof zu erheben (§§ 86 Abs. 1, 88 Abs. 1 EnWG). Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats ab Zustellung dieser Entscheidung beim Brandenburgischen Oberlandesgericht, Gertrud-Piter-Platz 11, 14770 Brandenburg an der Havel, einzulegen (§ 88 Abs. 3 EnWG). Die Beteiligten müssen sich vor dem Rechtsbeschwerdegericht durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen; die Landesregulierungsbehörde und die Bundesnetzagentur können sich jeweils auch durch ein Mitglied ihrer Behörde vertreten lassen, §§ 88 Abs. 5 i. V. m. 80 Satz 1 EnWG.

Unterschriften