



## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

#### **In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache**

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht vR. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2012 **b e s c h l o s s e n** :

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 vom 7. Juni 2011 – BK8 -11/002 – wird zurückgewiesen.

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

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

#### **Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in X.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Festlegung über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach den §§ 19 und 20 ARegV. In Ziff. 1 der Festlegung ist der Beginn der zeitlichen Anwendung des Qualitätselements (sog. Q-Element) auf den 1. Januar 2012 festgelegt, inhaltlich wird der Anwendungsbereich auf die Netzzuverlässigkeit bei Elektrizitätsverteilernetzbetreibern beschränkt. In Ziff. 2 ist geregelt, dass die Daten aller Elektrizitätsverteilernetzbetreiber, die nicht am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen, zur Bestimmung des Qualitätselements Netzzuverlässigkeit heranzuziehen sind. Gemäß Ziff. 4 wird die Netzzuverlässigkeit für die Niederspannungsebene anhand der Kennzahl SAIDI (System Average Interruption Duration Index) und für die Mittelspannungsebene mit der Kennzahl ASIDI (Average System Interruption Duration Index) bewertet. Für die Ermittlung der Kennzahlen sind nach Ziff. 5 der Festlegung geplante und ungeplante Versorgungsunterbrechungen mit einer Dauer von mehr als drei Minuten heranzuziehen. Dabei sind hinsichtlich der ungeplanten Versorgungsunterbrechungen solche mit den Unterbrechungsanlässen „atmosphärische Einwirkungen“, „Einwirkungen Dritter“ und „Zuständigkeit des Netzbetreibers/kein erkennbarer Anlass“ und hinsichtlich der geplanten Versorgungsunterbrechungen solche mit dem Anlass „Sonstiges“ zu berücksichtigen, wobei diese mit einem Faktor von 0,5 zu bewerten sind. In Ziff. 6 ist weiter bestimmt, dass aus den ermittelten Kennzahlen für die Niederspannungsebene und die Mittelspannungsebene jeweils ein Mittelwert für drei Kalenderjahre zu bilden ist. Ziff. 7 sieht vor, dass aus den Kennzahlenwerten Kennzahlvorgaben (Referenzwerte) als gewichtete Durchschnittswerte, unter Berücksichtigung von gebietsstrukturellen Unterschieden, zu ermitteln sind, wobei der Strukturparameter „Last“ des Kalenderjahres 2009 in der Mittelspannungs- und Niederspannungsebene dann heranzuziehen ist, wenn er statistisch bedeutsam ist. Sofern er zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede herangezogen wird, ist gemäß Ziff. 8 der Referenzwert mittels einer Regression zu ermitteln. Weist er indessen keine statistische Signifikanz auf, erfolgt die Ermittlung des Referenzwertes auf Basis einer einfachen, mit der Anzahl der Letztverbraucher gewichteten Mittelwertbildung. In Ziff. 9 ist weiter bestimmt, dass die Gewichtung der Durchschnittswerte anhand der angeschlossenen Letztverbrau-

cher des Kalenderjahres 2009 erfolgt. Dabei sind für die Niederspannungsebene die an das Niederspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher und die Letztverbraucher benachbarter Netzebenen zugrunde zu legen. Für die Mittelspannungsebene indessen die an das Mittelspannungsnetz angeschlossenen Letztverbraucher sowie die angeschlossenen Letztverbraucher der diesem nachgelagerten oder benachbarten Netz- und Umspannebenen. In Ziff. 10 ist weiter festgelegt, dass die Zuschläge (Bonus) und Abschläge (Malus) auf die zulässige Erlösobergrenze wie folgt zu ermitteln sind: die Differenz zwischen dem errechneten Referenzwert und der über drei Jahre gemittelten individuellen Kennzahl SAIDI bzw. ASIDI der entsprechenden Netzebene des Netzbetreibers wird mit der Anzahl der Letztverbraucher des Kalenderjahres 2009 und dem Monetarisierungsfaktor des Kalenderjahres 2009 multipliziert. Dabei wird der Monetarisierungsfaktor nach Ziff. 11 unter Verwendung eines makroökonomischen Ansatzes auf Basis der Daten des Kalenderjahres 2009 berechnet, er beträgt 0,18 €/ Minute/Letzterverbraucher/a. Ziff. 12 sieht schließlich vor, dass Kappungsgrenzen zu berücksichtigen sind, um die Auswirkung auf die Erlösobergrenze zu begrenzen. Dabei wird die Kappung erst nach Summierung der Bonuszuschläge und Malusabschläge über die betroffenen Netzebenen durchgeführt. Der Kappungskorridor beträgt 2-4 % der Erlösobergrenze des Kalenderjahres 2011 abzüglich der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten und – falls vorhanden – abzüglich der Kosten für die Netzebenen Höchstspannung, Umspannebene HöS/HS, Hochspannung und die Umspannebene HS/MS.

Gegen diese Festlegung richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Betroffenen, für die mit gesondertem Beschluss ein Malus für die Jahre 2012 und 2013 in Höhe von jeweils . . . € ermittelt worden ist (beim Senat anhängiges Beschwerdeverfahren VI-3 Kart . . . (V)).

Sie meint, die Festlegung sei schon formell rechtswidrig, weil ein nicht heilbarer Verstoß gegen die Begründungspflicht nach § 73 Abs. 1 EnWG vorliege. Die Bundesnetzagentur habe es versäumt, die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die zu ihrer Entscheidung geführt haben, verständlich mitzuteilen. So fehlten in der streitgegenständlichen Festlegung jegliche Angaben dazu, welche Input-Daten sie konkret für ihre Entscheidung verwandt habe. Dies lasse sich weder aus dem Tenor noch aus den Gründen entnehmen. Außerdem sei nicht einmal nachvollziehbar,

ob und inwiefern die Bundesnetzagentur die von ihr verwendeten Daten überhaupt einem Plausibilisierungsprozess unterzogen habe.

Zu der verwendeten Datenbasis lasse sich den Gründen des Beschlusses nur entnehmen, dass die für die Bestimmung des Qualitätselements verwendeten Daten auf den der Bundesnetzagentur „bereits vorliegenden und geprüften Datenmeldungen nach § 52 Satz 5 EnWG“ basieren. Zusätzlich dazu habe sie angegeben, die Netzbetreiber mit der Festlegung über die Datenerhebung vom 20.04.2011 aufgefordert zu haben, die ihrerseits anzuwendenden Kennzahlen zu melden, so dass sie Gelegenheit hätten, ihre bereits gemeldeten Daten zu überprüfen und erneut zu korrigieren. Letztere habe sie ganz offensichtlich nicht plausibilisiert.

Darüber hinaus fehle es an der erforderlichen transparenten Begründung der Festlegung. Verfassungsrechtlich sei eine transparente und nachvollziehbare Begründung geboten. Da die Festlegung die Anwendung, nähere Ausgestaltung und das Verfahren zur Bestimmung des Qualitätselements regele, sei sie Bestandteil staatlicher Eingriffsverwaltung mit erheblichen ökonomischen Auswirkungen. Das auf ihrer Basis zu ermittelnde individuelle Qualitätselement könne Maluszahlungen bis zu 4 % der Erlösobergrenze abzüglich dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenbestandteile beinhalten. Schon daraus erwachse eine erhebliche Begründungslast für die Behörde und die Notwendigkeit für die Netzbetreiber, die Überlegungen der Bundesnetzagentur im Einzelnen nachvollziehen zu können. Darüber hinaus würden die Anforderungen an die Begründungslast und die erforderliche Transparenz maßgeblich durch die Komplexität der Materie geprägt. Da es vorliegend um die Qualitätsregulierung für eine ganze Branche gehe, bei der die Beantwortung komplexer Fragestellungen an der Schnittstelle von Recht, Technik und Ökonomie im Mittelpunkt stehe, sei die Begründungslast auch aus diesem Grunde besonders hoch. Diesem Transparenzerfordernis genüge die Festlegung in keiner Weise. Ihr sei es nicht möglich, nachzuvollziehen, inwiefern die von der Bundesnetzagentur verwendeten Daten überhaupt einem Datenplausibilisierungsprozess unterzogen worden seien und falls ja, welchem. Die Bundesnetzagentur habe als Datengrundlage zunächst die gemäß § 52 Satz 5 EnWG gemeldeten Daten herangezogen. Erst nachträglich hierzu hätten die betroffenen Netzbetreiber ausweislich der Festlegung zur Datenerhebung die Möglichkeit gehabt, ihre bereits gemeldeten Daten zu korrigieren und ihr erneut mit-

zuteilen. Im Rahmen der Festlegung kündige die Bundesnetzagentur nunmehr an, die Datenmeldungen zu überprüfen und diese mit Hilfe der bereits erfolgten Datenmeldungen nach § 52 Satz 5 EnWG zu plausibilisieren. Damit gestehe sie zu, die Festlegung erlassen zu haben, ohne die korrigierten Meldungen überhaupt ausgewertet und die Plausibilität der von ihr verwendeten Datenbasis überprüft zu haben. Mit Blick darauf sei nicht nachvollziehbar, worauf die Einschätzung gestützt werde, die „Berechnung des Qualitätselements auf der Grundlage einer belastbaren Datenbasis durchführen zu können“. Ferner sei nicht nachvollziehbar, inwiefern sie, wenn nicht die korrigierten Datenmeldungen, so zumindest die ihr vorliegenden Datenmeldungen nach § 52 Satz 5 EnWG einer Plausibilitätskontrolle unterzogen habe. Sie begründe die streitgegenständliche Festlegung im Wesentlichen mit den Ergebnissen aus dem Consentec-Gutachten. Aber auch in diesem fänden sich keine hinreichenden Informationen zur Kontrolle der Datenplausibilität. Die von Consentec vorgenommene grobe Prüfung der Datenbelastbarkeit beziehe sich in erster Linie auf auffällige Datenfehler (wie z.B. die Verwendung unterschiedlicher Maßeinheiten, wie Kilowattstunde statt Megawattstunde) und auf den Einfluss der Unschärfen bei den Definitionen nach § 52 Satz 5 EnWG. So würden lediglich drei Bereiche einer Überprüfung unterzogen (die Bemessungsscheinleistungen, Schlüsselungsverfahren bzgl. der Anzahl der betroffenen Letztverbraucher sowie die Behandlung von Weiterverteilern). Dabei komme das Gutachten zum nicht nachvollziehbaren Ergebnis, dass keine Hinweise auf eine stark systematische Beeinflussung der Kennzahlen vorlägen, ohne dabei die Auswirkungen methodischer Fehler untersucht zu haben.

Darüber hinaus sei die Festlegung auch materiell rechtswidrig. § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV schreibe ausdrücklich vor, dass eine vorzeitige Anwendung des Qualitätselements nur dann zulässig sei, wenn **hinreichend belastbare Datenreihen** vorliegen. Die Bundesnetzagentur habe für die Bestimmung des Qualitätselements Versorgungsunterbrechungsmeldungen nach § 52 Satz 5 EnWG als Datenbasis herangezogen. Das Vorhandensein dieser Datenbasis aufgrund der seit dem Jahr 2005 bestehenden Meldepflicht aber sei dem Ordnungsgeber im Zeitpunkt des Erlasses der Anreizregulierungsverordnung bekannt gewesen. Er sei aber – wie aus der Begründung zu § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV hervorgehe - davon ausgegangen, dass zu Beginn der Anreizregulierung eine lückenhafte Datengrundlage zu erwarten sei. Dies spreche dafür, dass er die Qualität der auf Basis von § 52 Satz 5 EnWG gesammel-

ten Daten als nicht hinreichend belastbar erachtet habe. Daraus folge, dass an das Erfordernis von „belastbaren Datenreihen“ höhere Anforderungen zu stellen seien. Dies gelte umso mehr, als die Bundesnetzagentur entschieden habe, die Anwendung des Qualitätselements auf die erste Regulierungsperiode vorzuverlegen. Sie treffe daher die Beweislast für die Anwendung des Qualitätselements bereits während der ersten Regulierungsperiode, wo hingegen sie – die Betroffene – allenfalls primär beweislaspflichtig sei. Entsprechend der in zivilgerichtlichen Streitverfahren anerkannten Konstellation der sekundären Darlegungslast des Beklagten sei von einer Mitwirkungspflicht der Bundesnetzagentur dergestalt auszugehen, dass sie die von der Betroffenen dargelegten begründeten Anhaltspunkte substantiiert zu bestreiten habe. Diese Voraussetzung sei vorliegend erfüllt, denn ihr – der Betroffenen – sei es aufgrund der fehlenden Offenlegung der Input-Daten, also ohne genaue Kenntnis des verwendeten Datensatzes und somit ohne die hierfür erforderliche Sachnähe verwehrt, den direkten Beweis zu erbringen, dass die Datenqualität mangelhaft und die darauf basierende Entscheidung rechtswidrig sei. Ohne Kenntnis des vollständigen Datensatzes könne ihr die ihr obliegende primäre Beweislast daher nur dahingehend auferlegt werden, dass sie begründete Anhaltspunkte dafür vorzubringen habe, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur den normativen Vorgaben über eine belastbare Datenbasis bei der Anwendung und Bestimmung des Qualitätselements nicht genüge. Schon aufgrund der mangelnden Transparenz beim Datenplausibilisierungsprozess und ohne Kenntnis des vollständigen Datensatzes sei aber nicht nachvollziehbar, inwiefern die Annahme der Bundesnetzagentur, die Datenbasis sei belastbar, zutreffe. Vielmehr bestünden begründete Anhaltspunkte dafür, dass das Qualitätselement unter Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV vorzeitig eingeführt worden sei, obwohl keine belastbaren Datenreihen vorgelegen hätten. Das Abstellen auf die in der Vergangenheit nach § 52 Satz 5 EnWG erhobenen Daten, welche rein informatorischen Charakter hätten und für eine Verwendung im Rahmen der Qualitätsregulierung nicht bestimmt gewesen seien, sei unzulässig und führe zu einer mangelhaften Qualität der Datenbasis. Der Verweis der Bundesnetzagentur auf die Festlegung über die Datenerhebung gehe dabei ins Leere, denn ausweislich ihrer – der Betroffenen - Angaben sei davon auszugehen, dass sie die streitgegenständliche Festlegung erlassen habe, ohne zuvor die Plausibilität der Daten, auf die sich ihr Ergebnis stütze, anhand der gemeldeten Datenkorrekturen überprüft zu haben. Dieses Versäumnis wiege umso schwerer, als die in der Vergangenheit erhobenen Daten

zahlreiche Fehlerquellen aufwiesen. Zu nennen seien dabei der fehlende einheitliche Erfassungsstandard sowie fehlende detaillierte Definitionen wie etwa bei „geplanten“ Versorgungsunterbrechungen, Rückwirkungsstörungen und der Behandlung von Störungen der nachgelagerten Netze auf gleicher Spannungsebene. Zudem seien die Daten auch deshalb fehlerhaft, weil die Anzahl der Letztverbraucher von vor- und nachgelagerten Netzbetreibern von den betroffenen Netzbetreibern nicht zuverlässig ermittelt werden könne. Nach alledem stehe fest, dass die streitgegenständliche Festlegung vorzeitig auf Basis von nicht belastbaren Datenreihen erfolgt sei.

Des weiteren sei die streitgegenständliche Festlegung auch deshalb rechtswidrig, weil als ungeplante Versorgungsunterbrechung der **Störungsanlass „Einwirkung Dritter“** mit erfasst sei, dem bei städtischen Netzbetreibern rund 30 % der Störungen zuzuordnen seien. Dies sei jedoch unzulässig, da Versorgungsunterbrechungen, die den betroffenen Netzbetreibern nicht zurechenbar sind, unter Beachtung des der Anreizregulierung immanenten Erreichbarkeitsgebots nicht als Kennzahl i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 3 Satz 1 ARegV bei der Bestimmung des Qualitätselements berücksichtigt werden dürften. Dies sei insbesondere der Fall bei Versorgungsunterbrechungen, die aufgrund eines fremdverursachten Baggerschadens eintreten. Die Unzuverlässigkeit i.S.d. § 19 Abs. 3 Satz 1 beinhalte u.a. die Unterbrechungsfreiheit als Beurteilungskomponente. Diese werde anhand der DISQUAL-Größen SAIDI für die Niederspannungsebene und ASIDI für die Mittelspannungsebene gemessen. Eine unveränderte Übernahme dieser Kennzahlen für die Bestimmung des Qualitätselements sei jedoch, wohl unstrittig, nicht geboten. So führe die Bundesnetzagentur selber eine Modifikation der entsprechenden Kennzahlen dahingehend aus, dass bei deren Ermittlung nur bestimmte Versorgungsunterbrechungen berücksichtigt werden sollten (siehe Tenor zu 5.), Versorgungsunterbrechungen aufgrund von „Rückwirkungsstörungen“, „Zählerwechsel“ sowie „höherer Gewalt“, die üblicherweise bei der Ermittlung von SAIDI und ASIDI berücksichtigt würden, seien demnach explizit ausgeschlossen. Gleichwohl lehne die Bundesnetzagentur es ab, den Störungsanlass „Einwirkung Dritter“ ebenfalls auszuklammern. Die Abgrenzung zwischen Fällen höherer Gewalt und Einwirkung Dritter führe jedoch in der Regel dazu, dass Versorgungsunterbrechungen, die etwa aufgrund eines fremdverursachten Baggerschadens auftreten, als Fall von Einwirkungen Dritter gemeldet worden seien und nach wie vor gemeldet würden, obwohl sie entsprechend der Definition zu

„höherer Gewalt“ durch „Handlungen dritter Personen herbeigeführt“ und vom Netzbetreiber nicht zu „verhüten“ seien. Diese Einschätzung treffe im Ergebnis auch auf alle anderen als Regelbeispiel genannten Fälle von fremd verursachten Versorgungsunterbrechungen zu, sofern ihr konkretes Auftreten von dem betroffenen Netzbetreiber jeweils nicht beeinflussbar gewesen sei. Unter Beachtung des Erreichbarkeitsgebots sollten aber nur solche Störungsdaten in die Bestimmung des Qualitätselements einfließen, auf deren Entstehen der Netzbetreiber einen Einfluss habe. Ein beträchtlicher Anteil der verwendeten Daten beruhe indessen auf Versorgungsunterbrechungen, die nicht den betroffenen Netzbetreibern zuzurechnen, sondern fremd verursacht seien und bei denen es den Netzbetreibern objektiv unmöglich sei, den Störungsanlass zu verhindern. Insbesondere das Auftreten von fremd verursachten Baggerschäden sei kaum beeinflussbar. Ihr sei es deshalb auch objektiv unmöglich, auszuschließen, dass dieser Störungsanlass eintrete. Im Falle der Berücksichtigung eines solchen Schadens wäre es ihr folgerichtig auch verwehrt, ihr Qualitätselement diesbezüglich zu verbessern, weil es ihr objektiv unmöglich sein werde, den berücksichtigten Störungsanlass zu verhindern. In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass die Bundesnetzagentur mit ihrer Vorgehensweise ein grundsätzlich „überwiegendes Mitverschulden“ der Netzbetreiber pauschal unterstelle und dem Netzbetreiber damit automatisch eine Verantwortlichkeit für eine Störungsverursachung durch Dritte zuweise. Unabhängig davon, dass dies mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen in der Praxis nicht zutrefte, sei eine solche Unterstellung schon mit dem Amtsermittlungsgrundsatz im behördlichen Verfahren unvereinbar. Dem Adressaten der Verfügung werde so jede Möglichkeit genommen, darzulegen, dass er alles erforderliche unternommen hat, um die Störung abzuwenden. Infolge dessen wirke sich die durch Dritte verursachte Störung auch dann negativ in seinem Q-Element aus, wenn er die Störung überhaupt nicht zu vertreten habe. Gegen die Berücksichtigung von fremd verursachten Baggerschäden spreche auch der Umstand, dass nicht alle Netzbetreiber in gleicher Weise davon betroffen seien. Mit zunehmender Einwohneranzahl/Kilometer<sup>2</sup> nehme die Trassendichte durch weitere leitungsgebundene Versorgungsträger, wie etwa Telekommunikation, Gas, Wasser, etc. zu. Dementsprechend steige auch die Beschädigungswahrscheinlichkeit infolge von Tiefbauaktivitäten. Zudem sei die Bautätigkeit abhängig von regionaler Wirtschaftskonjunktur. Insgesamt gesehen wiesen die Städte einen wesentlich höheren

Anteil von Versorgungsunterbrechungen infolge fremder Einwirkung als der Bundesdurchschnitt auf.

Die Festlegung sei schließlich aufgrund eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 2 Satz 2 ARegV i.V.m. § 21 Abs. 5 Satz EnWG rechtswidrig. Danach seien bei der Ermittlung der „Kennzahlvorgaben“ (Referenzwert) „**gebietsstrukturelle Unterschiede**“ zu berücksichtigen. Diese Anforderung werde nicht korrekt umgesetzt. Bereits die Ausgestaltung der ökonomischen Methode zur Ermittlung der Referenzwerte sei fehlerhaft. Diese methodischen Fehler führten dazu, dass im Ergebnis nicht festgestellt werden könne, ob eine Abweichung zum ermittelten Referenzwert tatsächlich auf Qualitätsdifferenzen beruhe oder nicht etwa doch auf gebietsstrukturelle Unterschiede zurückzuführen sei, welche nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Die ökonomische Methode sei mit zahlreichen Fehlern behaftet, so dass im Ergebnis nicht festgestellt werden könne, ob eine Abweichung zum ermittelten Referenzwert tatsächlich auf Qualitätsdifferenzen beruhe. Das verwandte Regressionsmodell sei methodisch fehlerhaft, da es annehme, sämtliche gebietsstrukturellen Unterschiede durch die „Lastdichte“ korrekt zu erfassen und zudem auch unterstelle, dass die Störgröße ( $V$ ) immer gleich 0 sei sowie, dass die Qualität durch Kennzahlen genau gemessen und nicht annähernd wiedergegeben werde. Bedingt durch diese methodisch fehlerhaften Annahmen sei nicht gewährleistet, dass die Betroffene den ihr durch die Regressionsgleichung zugewiesenen unternehmensindividuellen Referenzwert unter Berücksichtigung ihrer Gebietsstruktur erreiche. Das Modellergebnis sei mithin aufgrund der beschriebenen fehlerhaften Annahmen schon im Ansatz verfälscht. Methodisch fehlerhaft sei die Vorgehensweise auch dann, wenn die genannten Annahmen zutreffen sollten, weil sie das Ergebnis der Regressionsgleichung, die eine Schätzung der Qualität darstelle, als sicheren Wert übernehme und ohne weitere Korrekturen für die Berechnung der monetären Zu- und Abschläge verwende.

In unzulässiger Weise verwende sie die **Lastdichte als einzigen Strukturparameter** in der Mittelspannungsebene.

Dies führe dazu, dass strukturelle Unterschiede, die spezifisch durch die Belegenheit des Netzes in Ostdeutschland bedingt sind, nicht berücksichtigt werden. Solche Netze seien nach den Untersuchungen des Consentec-Gutachtens durch eine insge-

samt niedrigere Lastdichte und damit einhergehend auch durch einen größeren Freileitungsanteil gekennzeichnet, so dass – so die Gutachter – die Berücksichtigung der Lastdichte als Strukturparameter die **Unterschiede zwischen Ost und West** mit abdecken würde. Diese Annahme sei jedoch unzutreffend. Vielmehr sei eine Gruppenbildung notwendig, um speziell die strukturellen Unterschiede in ost- und westdeutschen Netzen abzubilden. Die strukturellen Besonderheiten in Ostdeutschland seien nicht mit denen der ländlichen Gebiete insgesamt deckungsgleich. Der Verweis auf die Ergebnisse des Consentec-Gutachtens sei kaum belastbar, denn sie – . . . - sei fälschlich den westdeutschen Netzbetreibern zugeordnet worden. Tatsächlich bestünden signifikante Unterschiede in der Versorgungszuverlässigkeit, insbesondere auf Grund der Verwendung von störanfälligen PE-Kabeln, die durch eine getrennte Referenzkurve zu berücksichtigen seien. Dies zeige sich gerade an ihrem Netzgebiet, das eine hohe Lastdichte und keinen Freileitungsanteil in der Mittelspannung aufweise. Die relevanten Strukturunterschiede zwischen Ost und West ergäben sich insbesondere aus der Tatsache, dass in den neuen Bundesländern historisch bedingt ca. 10 % des Mittelspannungsnetzes aus Kunststoffkabeln der ersten Generation, sog. PE-Kabeln aus Ostproduktion, bestünde, die nach der FNN/VDN Störungs- und Verfügbarkeitsstatistik eine erhöhte spezifische Störanfälligkeit aufweisen würden. Auch der direkte Vergleich . . . belege, dass es Qualitätsunterschiede gebe, die unabhängig von der Urbanität und der Person des Netzbetreibers spezifisch durch die Belegenheit des Netzes in Ostdeutschland bedingt seien.

Sie erkenne weiter, dass sie gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG verpflichtet sei, bei der nach § 21a Abs. 5 Satz 2 EnWG geforderten Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede auch die Wechselwirkungen zwischen den Effizienzvorgaben und den Qualitätsvorgaben zu beachten. Sie verwende in unzulässiger Weise lediglich den Parameter Lastdichte des Kalenderjahres 2009 zur Berücksichtigung der gebietsstrukturellen Unterschiede und beachte dabei nicht den signifikanten Zusammenhang zwischen Lastdichte und den Effizienzwerten. Damit würden städtische Netzbetreiber gegenüber Netzbetreibern in ländlichen Gebieten benachteiligt. Durch den Parameter Lastdichte werde zwar berücksichtigt, dass eine hohe Lastdichte schon im Ansatz zu einer hohen Versorgungssicherheit führe. Der daraus resultierende höhere Anspruch an die Netzzuverlässigkeit bei der Bestimmung des Qualitätselements für Netzbetreiber mit hoher Lastdichte berücksichtige jedoch nicht, dass

dies auch mit Mehrkosten verbunden sei, welche im Gegenzug zu einem geringeren Effizienzwert führten. Diese Wechselwirkung zwischen den Effizienzvorgaben und den Qualitätsvorgaben beachte die Bundesnetzagentur zum Nachteil der Betroffenen nicht, obwohl sie dazu gesetzlich verpflichtet sei.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

#### **B.**

Die form- und fristgerechte Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen keinen Erfolg.

1. Ohne Erfolg rügt die Betroffene, die Festlegung über den Beginn der Anwendung, die nähere Ausgestaltung und das Verfahren der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetze nach den §§ 19 und 20 ARegV sei schon formell rechtswidrig, weil ein nicht heilbarer Verstoß gegen die Begründungspflicht nach § 73 Abs. 1 EnWG vorliege.

1.1. Gem. § 73 Abs.1 Satz 1 EnWG sind Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu begründen. Der Umfang der erforderlichen Begründung richtet sich nach § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG. Danach muss die Regulierungsbehörde die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitteilen, die ihrer Entscheidung zugrunde liegen.

1.2. Fehl geht die Rüge der Betroffenen, die Festlegung leide insoweit an einem Begründungsmangel, als sich ihr nicht entnehmen lasse, welche Inputdaten sie für ihre Entscheidung verwendet habe.

Die verfahrensgegenständliche Festlegung beinhaltet lediglich allgemeine Regelungen zur Qualitätsregulierung, so etwa hinsichtlich des Startzeitpunkts und der Ausgestaltung sowie zur Berechnungsmethode des einzuführenden Qualitätselements.

Sie konkretisiert damit die in § 20 ARegV angelegte Bestimmung des Qualitätselements. Davon zu unterscheiden sind die Festlegung zur Datenabfrage<sup>1</sup> und die Ermittlung des individuellen Qualitätselements, das von der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde durch Beschluss für den einzelnen Netzbetreiber festgelegt und so dann in die für ihn festgelegten Erlösobergrenzen transferiert wird. Erst dort geht es darum, mit Hilfe welcher - plausibilisierten – Daten die festgelegten Kennzahlen für die Bewertung der Netzzuverlässigkeit – SAIDI und ASIDI -, also die Kennzahlvorgaben gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 ARegV, und die individuellen Kennzahlenwerte nach § 20 Abs. 1 Satz 3 ARegV ermittelt werden.

Daher findet sich die von der Betroffenen zitierte Angabe, „die für die Umsetzung der Grundvariante der Qualitätsregulierung erforderlichen Daten basieren auf den der Bundesnetzagentur bereits vorliegenden und geprüften Datenmeldungen nach § 52 S. 5 EnWG“ (Abschnitt I Ziffer 2 der Gründe, S. 6) auch nur im Zusammenhang mit den bei der – konkreten - Bestimmung des Qualitätselements, also der Umsetzung zu verwendenden Daten. Wie die Beschlusskammer weiter ausführt, sorgen diese für die Sicherstellung einer belastbaren Datenbasis, die § 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV für den Beginn der Anwendung des Qualitätselements bei Stromversorgungsnetzen vor der zweiten Regulierungsperiode fordert. Ergänzend hat sie unter Ziffer 6.1. der Gründe diesbezüglich erläutert, dass sie die Datenmeldungen der Netzbetreiber zu den jeweils anzuwendenden Kennzahlen, die diese aufgrund der Festlegung zur Datenabfrage gemeldet haben, mit den seit 2006 nach § 52 EnWG erhobenen Daten überprüfen wird.

1.3. Ohne Erfolg macht die Betroffene daher auch weiter geltend, es sei nicht nachvollziehbar, ob und inwiefern die Beschlusskammer die von ihr verwendeten Daten einem Plausibilisierungsprozess unterzogen hat.

Die Plausibilisierung der von den Netzbetreibern gelieferten Daten hat – wie auch der Festlegung zu entnehmen ist – erst im Rahmen der konkreten Ermittlung der Kennzahlvorgaben und der individuellen Kennzahlen zu erfolgen. Hier geht es indessen

---

<sup>1</sup> Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV vom 20.04.2011 (BK8-11-001)

nur ganz allgemein um den Startzeitpunkt und die Methodik zur Ermittlung des Qualitätselements, also die Vorgaben und nicht um die konkrete Umsetzung. Soweit es das von dem Beratungskonsortium Consentec entwickelte Umsetzungskonzept angeht, ist dem Gutachten zu entnehmen, dass die Gutachter eine grobe Prüfung der Datenplausibilität durchgeführt und offensichtlich fehlerhafte Daten entfernt haben. In diesem Zusammenhang hat das Beratungskonsortium ausdrücklich empfohlen, bei der endgültigen Festlegung der Referenzfunktion durch die Bundesnetzagentur (nur) eingehend geprüfte Daten zu verwenden (Gutachten, S. 69).

1.4. Schließlich geht auch die Rüge fehl, die Beschlusskammer habe es rechtsfehlerhaft unterlassen, die von den Gutachtern des Beratungsunternehmens Consentec für die Ermittlung der Referenzfunktion verwandten Inputdaten in nicht anonymisierter Form zu veröffentlichen.

§ 31 Abs. 1 Satz 2 ARegV sieht lediglich vor, dass die Regulierungsbehörde neben den Effizienzwerten auch die nach §§ 19, 20 ARegV ermittelten Kennzahlenvorgaben sowie die Abweichungen der Netzbetreiber von diesen veröffentlicht. Damit soll zum einen für den Netznutzer Transparenz über den Stand der Leistungserbringung bei den einzelnen Netzbetreibern geschaffen werden, zum anderen soll die Veröffentlichung für die Netzbetreiber einen zusätzlichen Anreiz zur Steigerung ihrer Effizienz schaffen und ihnen die Nachprüfung ihres eigenen Effizienzwerts bzw. des ermittelten Malus oder Bonus erleichtern.

Eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, darüber hinaus auch schon die von dem Beratungskonsortium zu Analyse Zwecken und zur Ermittlung der Referenzfunktion mit dem Ziel der Modellentwicklung verwandten Daten zu veröffentlichen, bestand daher nicht. Erforderlich, aber auch ausreichend war es, nach Abschluss des Verfahrens zur individuellen Bestimmung des Qualitätselements die hierfür maßgeblichen Daten – die konkret ermittelten Kennzahlenvorgaben und die individuellen Kennzahlenwerte - zu veröffentlichen.

2. Auch in der Sache gehen die gegen die Festlegung vorgebrachten Rügen fehl.

2.1. Qualitätsvorgaben dienen der Sicherung eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen (§ 18 ARegV). Instrumente zur Gewährleistung der Qualitätsvorgaben sind zum einen die Qualitätselemente nach §§ 19, 20 ARegV und zum anderen die Berichte zum Investitionsverhalten nach § 21 ARegV. Eine angemessene und sachgerechte Berücksichtigung von Qualitätsvorgaben ist im System der Anreizregulierung unerlässlich und daher in § 21a Abs. 5 Satz 1-3 EnWG gesetzlich vorgesehen.

Das an einer Kosteneffizienz ausgerichtete System der Anreizregulierung soll die Netzbetreiber durch die Vorgabe von Erlösobergrenzen zu Kostensenkungen auf ein effizientes Niveau veranlassen. Dabei findet eine integrative Qualitätsregulierung derzeit nicht statt, denn die Versorgungsqualität ist nicht Bestandteil des Effizienzvergleichs. Von daher können die Kosten, die mit der Bereitstellung einer hohen Versorgungsqualität verbunden sind, zu Lasten des Netzbetreibers gehen, der eine hohe Versorgungsqualität aufweist, weil sie als Ineffizienzen ausgelegt werden und damit sinkende Erlösobergrenzen zur Folge haben können. Des Weiteren besteht die Gefahr, dass die Netzbetreiber, um die Effizienzvorgaben zu erreichen oder zu übertreffen, auf notwendige, aber kostenintensive Investitionen verzichten und so ihre Ausgaben zur Sicherung der Versorgungsqualität reduzieren. Das Korrektiv dazu stellt die Qualitätsregulierung dar, mit der derartige Qualitätseinbußen vermieden oder zumindest begrenzt werden sollen (vgl. nur Meinzenbach, Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, 2007, S. 229 f.; Groebel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 52 f., 79 zu § 21a). Gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG soll die Versorgungsqualität durch „auf sie bezogene Qualitätsvorgaben“ sichergestellt werden, die die Effizienzvorgaben ergänzen. Nach § 21a Absatz 5 Satz 2 EnWG sollen Qualitätsvorgaben auf der Grundlage einer Bewertung von Zuverlässigkeitskenngrößen ermittelt werden, bei der auch Strukturunterschiede zu berücksichtigen sind. Bei einem Verstoß gegen die Qualitätsvorgaben können gem. § 21a Absatz 5 Satz 3 EnWG die Obergrenzen zur Bestimmung der Netzzugangsentgelte für ein Energieversorgungsunternehmen gesenkt werden.

Zur näheren Ausgestaltung der Qualitätsvorgaben und damit auch der Auswahl des methodischen Ansatzes hat der Gesetzgeber den Verordnungsgeber in § 21a Absatz 6 Satz 2 Nr. 3, Nr. 8 und Nr. 9 EnWG ermächtigt und ihm einen weiten Gestaltungs-

spielraum eingeräumt. Hiervon hat der Verordnungsgeber mit §§ 18 ff. ARegV Gebrauch gemacht, indem er Vorgaben für ein Qualitäts-Anreizsystem normiert hat, das die Implementierung eines Q-Faktors in die Regulierungsformel zur Anpassung der Erlösobergrenze vorsieht (s.a. Säcker/Meinzenbach in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 11 f. zu § 18 ARegV, Anh. § 21a).

Das wesentliche Instrument der Qualitätsregulierung ist danach das Qualitätselement, das aus den Abweichungen zwischen den erfassten Qualitätskennzahlen und Kennzahlvorgaben ermittelt wird und sich in Erlöszuschlägen oder -abschlägen ausdrückt (§ 19 Abs. 1 ARegV). Als maßgebliche Parameter für das Qualitätselement nennt die ARegV die Netzzuverlässigkeit und die Netzleistungsfähigkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ARegV). Dabei beschreibt die Netzzuverlässigkeit die Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, Energie möglichst unterbrechungsfrei und unter Einhaltung der Produktqualität zu transportieren (§ 19 Abs. 3 Satz 1 ARegV). Als zulässige Kennzahlen dafür benennt § 20 Abs. 1 Satz 1 ARegV in Regelbeispielen die Dauer der Unterbrechung der Energieversorgung (z.B. in Minuten/a), die Häufigkeit der Unterbrechung der Energieversorgung (z.B. Anzahl/a), die Menge der nicht gelieferten Energie (z.B. MWh/a) und die Höhe der nicht gedeckten Last (z.B. MW), wobei eine Kombination und Gewichtung dieser Kennzahlen möglich ist. Entsprechende Definitionen und Vorgaben sind in § 19 Abs. 3 Satz 2, § 20 Abs. 5 ARegV für die Kennzahl der Netzleistungsfähigkeit enthalten. Die Kennzahlvorgaben sollen als gewichtete Durchschnittswerte aus den Kennzahlenwerten der einzelnen Netzbetreiber ermittelt werden, wobei gebietsstrukturelle Unterschiede berücksichtigt werden sollen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 ARegV). Dies kann – so § 20 Abs. 2 Satz 2 ARegV – durch Gruppenbildung erfolgen.

In einem weiteren Schritt findet die monetäre Bewertung der Abweichungen vom Referenzniveau, also die Umsetzung in Erlöszuschläge oder -abschläge statt. Für die monetäre Bewertung der Abweichungen kann die Regulierungsbehörde entsprechend § 20 Abs. 3 ARegV insbesondere die Bereitschaft der Kunden, für eine Änderung der Netzzuverlässigkeit niedrigere oder höhere Entgelte zu zahlen, als Maßstab heranziehen, analytische Methoden, insbesondere analytische Kostenmodelle, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen, oder eine Kombination von beiden Methoden verwenden (s. dazu näher Brunekreeft/de Nooij, et 2009 (Heft 6), 34 ff.).

Den Beginn der Anwendung, die weitere Ausgestaltung und das Verfahren zur Bestimmung des Qualitätselements kann die Regulierungsbehörde entsprechend § 32 Abs. 1 Nr. 6 ARegV festlegen. Dabei steht ihr hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung des Qualitätselements und der Methodik sowie des Verfahrens seiner Bestimmung ein „Gestaltungsspielraum“ zu, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die gerichtliche Prüfung nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive. Sie endet daher dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise der Exekutive Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben, ihr also einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt (BVerfG NVwZ 2011, 1062; NVwZ 2012, 694 – zur gerichtlichen Kontrolle der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung -; BVerfGE 88, 40, 56; 103, 142, 157; 116, 1, 18; BVerwG NVwZ 2011, 1339 ebenfalls zur TK-Regulierung). Gesetz- und Verordnungsgeber haben der Regulierungsbehörde die Methode der Qualitätsregulierung nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern ihr lediglich Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung gemacht, da es sich um einen höchst komplexen Sachverhalt handelt. Die methodische Ausgestaltung einer Qualitätsregulierung im Rahmen der Anreizregulierung enthält wertende und prognostische Elemente, die wesentlich von ökonomischen Einschätzungen abhängen und schon von daher die Charakterisierung einer Annahme als „richtig“ oder „falsch“ nicht bezüglich aller Einzelheiten zulassen (zum Benchmarking des Effizienzvergleichs Senat, Beschluss vom 12.01.2011, VI-3 Kart 185/09 (V), zit. nach juris, Rdnr. 109; ebenso OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.01.2012, 202 EnWG 8/09; OLG Schleswig, Beschluss vom 12.01.2012, 16 Kart 48/09). Die gerichtliche Kontrolle ist in einem solchen Fall daher nur darauf beschränkt, ob die Behörde etwaige Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis der gesetzlichen Begriffe ausgegangen ist, den entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend in den Blick genommen und bei der eigentlichen Bewertung widerspruchsfrei und plausibel argumentiert und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (BVerfG, a.a.O.; BVerwG, a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund haben die Einwendungen der Betroffenen keinen Erfolg:

2.2. Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde, das Qualitätselement hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit für Elektrizitätsverteilernetzbetreiber der Mittel- und Niederspannungsebene zum 1. Januar 2012 anzuwenden.

2.2.1. Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 ARegV entscheidet die Regulierungsbehörde über den Beginn der Anwendung des Qualitätselements. Bei Stromversorgungsnetzen hat dies spätestens zur zweiten Regulierungsperiode, also ab dem Jahr 2014, zu erfolgen. Soweit der Regulierungsbehörde schon vorher hinreichend belastbare Datenreihen vorliegen, soll der Beginn bereits zur oder im Laufe der ersten Regulierungsperiode erfolgen (§ 19 Abs. 2 Satz 2 ARegV).

2.2.2. Fehl geht der Einwand der Betroffenen, es fehle an hinreichend belastbaren Datenreihen.

Der Verordnungsgeber hat für Stromversorgungsnetze vorgesehen, dass das Qualitätselement spätestens zum Beginn der zweiten Regulierungsperiode anzuwenden ist. Dabei ist er davon ausgegangen, dass jedenfalls zu diesem Zeitpunkt hinreichend belastbare Daten vorliegen, mit der hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit oder der Netzleistungsfähigkeit Kennzahlvorgaben, also Referenzwerte, bestimmt werden können. Erforderlich sind insoweit die Kennzahlenwerte der einzelnen Netzbetreiber, die wiederum für die weiter auszuwählenden Kennzahlen zu ermitteln sind (§ 20 Abs. 1 Satz 3, Absatz 5 Satz 4 ARegV). Soweit allerdings schon zu einem früheren Zeitpunkt hinreichend belastbare Datenreihen vorhanden sind, soll die Regulierungsbehörde das Qualitätselement schon zur oder im Laufe der ersten Regulierungsperiode anwenden. Dabei hat der Verordnungsgeber durch die Wahl des Wortes „soll“ deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Regulierungsbehörde zur Anwendung des Qualitätselements verpflichtet ist, sobald ihr hinreichend belastbare Datenreihen vorliegen. Diese Verpflichtung folgt schon aus Sinn und Zweck der Qualitätsregulierung, die – wie eingangs ausgeführt - im Rahmen der Anreizregulierung eine Gewinnmaximierung zu Lasten der Versorgungsqualität unterbinden bzw. minimieren und damit einen langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betrieb von Energieversorgungsnetzen sichern soll (vgl. dazu auch Frank/Nagel/Fritz/Linke, et 2007 (Heft 9), S. 56 f.; Säcker/Meinzenbach in

BerlKommEnR, Rdnr. 14 f. zu § 19 ARegV in Anh. § 21a). Dass der Verordnungsgeber keinen festen Zeitpunkt vorgegeben hat, ist dem Umstand geschuldet, dass er die Ausgestaltung der Methode und damit die Entscheidung auch über Art und Weise der Qualitätsregulierung der Regulierungsbehörde überlassen hat. Qualitätsregulierung kann die Netzzuverlässigkeit oder die Netzleistungsfähigkeit von Gas- und Stromnetzen in den Blick nehmen; von der zu treffenden Grundentscheidung hängt wiederum die Auswahl geeigneter Qualitätskennzahlen ab, die kombiniert und gewichtet werden können. Aus der Tatsache, dass der Verordnungsgeber die zeitliche Einschränkung mit Blick auf die zu Beginn der Anreizregulierung vorerst zu erwartende lückenhafte Datengrundlage als erforderlich angesehen hat (BR-DRs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 63), kann daher nichts anderes folgen. Insbesondere lässt dies nicht den von der Betroffenen gezogenen Schluss zu, dass er die Qualität der auf Basis von § 52 Satz 5 EnWG gewonnenen Daten als nicht belastbar angesehen hat. Vielmehr hat er damit allein die Methodenoffenheit seiner Vorgaben berücksichtigt.

Die Bundesnetzagentur hat sich nach fachkundiger Beratung entschieden, das Qualitätselement zunächst nur für die Netzzuverlässigkeit unter Berücksichtigung der Kennzahl der Unterbrechungsdauer und dies auch nur für die Netzbetreiber der Mittel- und Niederspannungsebene einzuführen, die nicht das vereinfachte Verfahren gewählt haben.

Dabei ist es entgegen der Auffassung der Betroffenen schon nicht notwendig, dass hinreichend belastbare Datenreihen bereits im Zeitpunkt der Entschließung der Regulierungsbehörde vorlagen. Die Entscheidung der Regulierungsbehörde, das Qualitätselement ab einem von ihr bestimmten Zeitpunkt anzuwenden, setzt lediglich voraus, dass sie prognostisch anhand von ihr darzulegender Tatsachen und Anknüpfungspunkte die Einschätzung trifft, dass sie bis zu dem von ihr in den Blick genommenen Anwendungszeitpunkt über die geforderten hinreichend belastbaren Datenreihen verfügt, mit denen sie die Referenzwerte und damit auch das individuelle Qualitätselement bestimmen kann. Hinreichend belastbare Datenreihen liegen dann vor, wenn die ermittelten Daten statistisch eine hinreichende Aussagekraft haben, sie also für die konkret in den Blick genommenen Kennzahlen der Versorgungszuverlässigkeit ihrem Umfang und der Beschaffenheit nach repräsentative Aussagen treffen können. Sie dürfen daher nicht nur eine Momentaufnahme darstellen und müssen

dem Umfang nach ein realistisches und repräsentatives Abbild der Gesamtheit der in die Qualitätsregulierung einzubeziehenden Netzbetreiber liefern.

Dass die Beschlusskammer diese EntschlieÙung fehlerhaft vorgenommen hat, ist weder ersichtlich noch von der Betroffenen aufgezeigt. Alle Netzbetreiber haben der Bundesnetzagentur seit dem Jahr 2006 gemäß § 52 EnWG alljährlich bis zum 30.06. einen Bericht über alle in ihrem Netz im letzten Kalenderjahr aufgetretenen Versorgungsunterbrechungen vorzulegen, der Angaben zu Zeitpunkt, Art und Dauer, Ausmaß und Ursache der Versorgungsunterbrechung enthalten muss. Die formelle Gestaltung des Berichts, insbesondere die zu meldenden Daten hatte die Bundesnetzagentur schon in ihrer Festlegung vom 22.02.2006 konkretisiert. Danach werden geplante und ungeplante Versorgungsunterbrechungen, bei denen Letztverbraucher oder Weiterverteiler länger als drei Minuten spannungslos geworden sind, separat für jede Netzebene erhoben, wobei weiter nach Störungsanlässen unterschieden wird.

Diese ihr vorliegenden Daten ermöglichen ihr - wie auch im europäischen Ausland üblich (s. Staschus/Scherer/Quadflieg/Sauer, et 2007 (Heft 10), S. 20, 25) - eine „Startlösung“, bei der auf die Nichtverfügbarkeit als wesentliche Kenngröße abgestellt wird, denn zu anderen Kennzahlen - wie etwa der Menge der nicht gelieferten Energie und der Höhe der nicht gelieferten Last - sind Daten nicht erhoben worden. Mit den schon vorliegenden Daten können die ausgewählten Kennzahlen SAIDI und ASIDI bestimmt werden, mit denen die Versorgungszuverlässigkeit entsprechend Ziffer 4 der Festlegung zunächst nur in der Nieder- und Mittelspannungsebene bewertet werden soll. Bei diesen Kennzahlen handelt es sich um international üblicherweise verwendete DISQUAL-Kenngrößen bzw. Kennzahlen gemäß IEEE Standard 1366-2003, die allein die Dauer der Unterbrechung der Energieversorgung in den Blick nehmen. Mit diesem Nichtverfügbarkeitsindex wird die Nichtverfügbarkeit, also die mittlere kumulierte Dauer von Versorgungsunterbrechungen für einen Kunden in einem definierten Zeitraum erfasst. Da die Auswirkungen stochastischer Schwankungen, die mit der Zufälligkeit von Versorgungsunterbrechungen einhergehen, gedämpft werden sollen, sieht die Beschlusskammer es als erforderlich an, nicht nur die Daten eines, sondern mehrerer Jahre zu verwenden. Insoweit hat die Beschlusskammer in Ziffer 6 des Beschlusses bestimmt, dass die ihr vorliegenden Daten der Jahre 2007 bis 2009 bei der Ermittlung des individuellen Qualitätselements der ein-

zubeziehenden Netzbetreiber in den Blick zu nehmen sind. Soweit es den personellen Anwendungsbereich angeht, werden gemäß Ziffer 2 des Beschlusses lediglich die Daten aller Netzbetreiber benötigt, die nicht am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen, weil nur sie einer Qualitätsregulierung unterliegen. Inhaltlich ist die Verwendung der vorliegenden Daten gemäß Ziffer 5 des Beschlusses auf die dort näher bestimmten geplanten und ungeplanten Versorgungsunterbrechungen mit einer Dauer von mehr als drei Minuten beschränkt.

Dabei ist sie auch im übrigen ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die in der Vergangenheit erhobenen Daten hinreichend belastbar sein werden, denn sie konnte zum Einen unterstellen, dass die Netzbetreiber ihren gesetzlichen Meldepflichten gewissenhaft nachkommen und grundsätzlich zutreffende Daten an die Bundesnetzagentur liefern. Zum anderen hat sie die im Laufe der Jahre gelieferten Daten auch in mehrfacher Hinsicht plausibilisiert. So wurde die Eingabe unplausibler Daten durch hinterlegte Eingaberegeln ausgeschlossen und Daten stichprobenartig auf offensichtliche Unplausibilitäten überprüft. Ungeachtet dessen hat sie aber den betroffenen Netzbetreibern mit der weiteren ‚Festlegung über die Datenerhebung zur Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netz Zuverlässigkeit Strom nach den §§ 19 und 20 ARegV‘ vom 20.04.2011 (BK8-11-001) nochmals Gelegenheit gegeben, ihre in der Vergangenheit gemeldeten Daten erneut zu überprüfen und gegebenenfalls Korrekturen vorzunehmen, die wiederum von der Bundesnetzagentur überprüft und mit Hilfe der bereits vorliegenden Datenmeldungen nach § 52 EnWG plausibilisiert werden. In Anbetracht dessen kann es für die Entschließung, das Qualitätselement für die Versorgungszuverlässigkeit ab dem 1. Januar 2012 anzuwenden, nicht weiter darauf ankommen, ob die erhobenen – und ggfs. später verwandten - Daten die von der Betroffenen geltend gemachten Fehlerquellen aufweisen, es insbesondere an einheitlichen Erfassungsstandards und detaillierten Definitionen – etwa bei „geplanten“ Versorgungsunterbrechungen, Rückwirkungsstörungen und Störungen der nachgelagerten Netze - fehlte.

2.3. Fehl geht auch der Einwand, rechtsfehlerhaft habe die Beschlusskammer den Störungsanlass „Einwirkung Dritter“ als ungeplante Versorgungsunterbrechung mit erfasst, dem bei städtischen Netzbetreibern rund 30 % der Störungen zuzuordnen

sein. Dies sei unzulässig, weil Versorgungsunterbrechungen, die dem betroffenen Netzbetreiber nicht zurechenbar seien, unter Beachtung des der Anreizregulierung immanenten Erreichbarkeitsgebots nicht als Kennzahl i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 3 Satz 1 ARegV bei der Bestimmung des Qualitätselements berücksichtigt werden dürften.

2.3.1. Die Beschlusskammer hat in Ziffer 5 ihrer Festlegung bestimmt, dass für die Ermittlung der ausgewählten Kennzahlen, die die Nichtverfügbarkeit erfassen, geplante und ungeplante Versorgungsunterbrechungen mit einer Dauer von mehr als drei Minuten heranzuziehen sind. Dabei sind hinsichtlich der ungeplanten Versorgungsunterbrechungen solche mit den Unterbrechungsanlässen „atmosphärische Einwirkungen“, „Einwirkungen Dritter“ und „Zuständigkeit des Netzbetreibers/kein erkennbarer Anlass“ sowie hinsichtlich der geplanten solche mit dem Unterbrechungsanlass „Sonstiges“ zu berücksichtigen, wobei letztere mit einem Faktor von 0,5 zu bewerten sind.

Damit werden nicht alle im Rahmen der Berichte nach § 52 EnWG erhobenen Störungsanlässe berücksichtigt. Der jährliche Bericht der Netzbetreiber nach § 52 Satz 2 EnWG erfasst neben Zeitpunkt und Dauer der Versorgungsunterbrechung auch ihr Ausmaß und ihre Ursache. Dabei wird zunächst nach geplanten und ungeplanten Versorgungsunterbrechungen unterschieden. Eine Versorgungsunterbrechung gilt als geplant, wenn sie mit vorheriger Benachrichtigung der betroffenen Netznutzer, etwa zum Zwecke der Wartung und Reparatur erfolgt (vgl. nur Bourwieg in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, Rdnr. 5 zu § 52). Hier wird weiter zwischen den Kategorien „Zählerwechsel“ und „Sonstiges“ differenziert. Bei ungeplanten Versorgungsunterbrechungen werden wiederum fünf Störungsanlässe unterschieden: neben den o.g. werden auch „Rückwirkungsstörungen“ und solche mit der Ursache „Höhere Gewalt“ erfasst. Unter letztere fällt nach der Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur nach § 52 Satz 5 EnWG vom 22.02.2006 ein „betriebsfremdes, von außen durch außergewöhnliche elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln und durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt nicht verhütet und unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Be-

etriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist.“ Von dem Störungsanlass „Höhere Gewalt“ werden insbesondere außergewöhnliche, elementare Naturereignisse, wie etwa das Oderhochwasser im Jahre 1997 oder der Orkan Kyrill im Januar 2007, Streik, gesetzliche und behördliche Anordnungen, Terroranschläge oder Krieg erfasst.

2.3.2. Dass die Beschlusskammer bei der Bewertung der Versorgungsqualität Störungen mit dem Unterbrechungsanlass „Einwirkungen Dritter“ berücksichtigt, ist nicht zu beanstanden. Auch diese Störungen bilden die Versorgungszuverlässigkeit und damit die Qualitätsregulierung sachgerecht ab.

Die Qualitätselemente nach §§ 19, 20 ARegV dienen der Sicherung eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs der Energieversorgungsnetze (§ 18 ARegV). Da die Versorgungsqualität in Gestalt der Netzzuverlässigkeit und –leistungsfähigkeit maßgeblich von den Bedürfnissen des Netzkunden geprägt wird, kommt es für die an sie zu stellenden Anforderungen ganz maßgeblich auf die Sicht des Netzkunden an. Die Versorgungszuverlässigkeit beschreibt die optimale Verfügbarkeit der Versorgung mit elektrischer Energie oder Gas aus Sicht des Kunden am Netzanschluss. Mit Blick auf die Betroffenheit der Netzkunden sollen Versorgungsunterbrechungen daher durch das System der Qualitätsregulierung möglichst umfassend berücksichtigt werden. Schon von daher ist es sachgerecht, die erfassten Störungsanlässe nicht auf solche zu beschränken, die der Netzbetreiber schuldhaft i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB herbeigeführt hat, sondern all die zu berücksichtigen, die in der Sphäre des Netzbetreibers liegen und ihm zugerechnet werden können. Das Ausmaß an Sorgfalt eines Netzbetreibers, etwa was das Begehen von Baustellen oder die Informationen über die Netzgegebenheiten o.ä. angeht, hat nicht nur Einfluss darauf, ob es überhaupt zu einer Versorgungsunterbrechung kommt, sondern auch auf ihr Ausmaß. Unabhängig davon ist auch die Frage, in welchem zeitlichen Rahmen die Versorgung im Falle einer von Dritten verursachten Unterbrechung wieder hergestellt wird, für die Versorgungszuverlässigkeit von Relevanz. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, nicht nur unmittelbare Einwirkungen in der „Zuständigkeit des Netzbetreibers/Kein erkennbarer Anlass“, so durch die Betätigung von Schalteinrichtungen mit mechanischem Versagen, durch Fehlbedienung oder durch Überlassung von Betriebsmitteln, im Rahmen der Bewertung der Versorgungsqualität zu berücksichtigen, sondern auch „atmosphärische Einwirkungen“, zu denen etwa

Gewitter, Eisregen, Schnee oder Nebel gehören, wie auch „Einwirkungen Dritter“, unter die etwa die Berührung oder Annäherung an spannungsführende Teile durch Personen, Tiere, Bäume oder Baggerarbeiten, Brand, Kräne, Fahrzeuge, Flugobjekte, Drachen, Ballone, Flugzeuge o.ä. fallen. Das pauschale Herausnehmen solcher von Dritten verursachten Versorgungsunterbrechungen würde – worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist – einerseits den Anreiz abschwächen, über öffentliche Informationen, Schulungsmaßnahmen und hochqualifizierte Planauskünfte auch andere Akteure in die Sicherstellung der Versorgungszuverlässigkeit einzubeziehen, und andererseits derartige Anstrengungen, die eine Vielzahl von Netzbetreibern erfolgreich unternimmt, ignorieren.

Von daher ist auch der von der Betroffenen angeführte „Baggerangriff“ im Rahmen von Tiefbauarbeiten dem Netzbetreiber im Rahmen der Qualitätsregulierung zu berücksichtigen. Dass es – wie die Betroffene geltend macht - trotz des Vorhandenseins von Lageplänen sowie Unterrichtung und Einweisung der entsprechenden Tiefbauunternehmen noch zu Baggerschäden kommt, spricht nicht dagegen. Die Sorgfalt des Netzbetreibers – bei der präventiven Vorbeugung oder der Beseitigung einer gleichwohl eingetretenen Versorgungsunterbrechung – und damit seine Versorgungsqualität lässt sich vielmehr gerade auch an diesen, von Dritten verursachten Versorgungsunterbrechungen repräsentativ messen.

2.4. Ohne Erfolg rügt die Betroffene weiter, die Beschlusskammer habe die in § 20 Abs. 2 Satz 2 ARegV enthaltene Anforderung, bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben (Referenzwerte) gebietsstrukturelle Unterschiede zu berücksichtigen, nicht korrekt umgesetzt. Die Ausgestaltung der ökonometrischen Methode zur Ermittlung der Referenzwerte sei fehlerhaft, weil sie nur einen und nicht alle möglichen Regressoren erfasse, die Einfluss auf die Qualität der Netzbetreiber haben könnten. Auch fehlten Korrekturen der Qualitätsschätzung etwa durch einen Störterm oder ein „Totband“.

2.4.1. § 20 Abs. 2 Satz 2, 3 ARegV gibt – lediglich - vor, dass bei der Ermittlung der Kennzahlvorgaben – als gewichtete Durchschnittswerte – gebietsstrukturelle Unterschiede, etwa durch Gruppenbildung, zu berücksichtigen sind. Dabei hat der Verordnungsgeber die Unterscheidung nach Stadt oder Land oder nach neuen und al-

ten Bundesländern für möglich gehalten (BR-Drs. 417/07, S. 64). Auf diese Weise soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Versorgungsstruktur eine starke, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbare Wirkung auf die Netzzuverlässigkeit hat. So besteht in Stadtzentren regelmäßig eine höhere Verfügbarkeit, in ländlich strukturierten Räumen dagegen eine geringere. Daraus folgt entsprechend, dass die Kosten für ein definiertes Qualitätsniveau auf dem Land höher sind als in der Stadt. Vor diesem Hintergrund hat der Ordnungsgeber es als sachgerecht angesehen, in ländlichen Regionen ein geringeres Qualitätsniveau in Kauf zu nehmen und dadurch die Kosten der Netzbereitstellung zu dämpfen. Daher soll der Qualitätsvergleich von Netzbetreibern nur mit Netzen vergleichbar strukturierter Versorgungsaufgaben erfolgen (vgl. nur: Frank/Nagle/Fritz/Linke, et 2007 (Heft 9), S. 56, 58; Staschus/ Scherer/ Quadflieg/ Sauer, et 2007 (Heft 10), S. 20, 22).

2.4.2. Dem entspricht es, dass die Beschlusskammer in Ziffer 7 der Festlegung vorgegeben hat, dass aus den Kennzahlenwerten Kennzahlvorgaben (Referenzwerte) als gewichtete Durchschnittswerte zu ermitteln und dabei gebietsstrukturelle Unterschiede zu berücksichtigen sind. Nicht zu beanstanden ist insbesondere, dass der Strukturparameter Lastdichte zur Berücksichtigung gebietsstruktureller Unterschiede heranzuziehen ist, sofern er statistisch bedeutsam ist. Diese Entscheidung hält sich ebenfalls im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, ihr liegen keine sachfremden Erwägungen zugrunde.

Die Bundesnetzagentur hat sich - fachkundig beraten - dafür entschieden, auf die vom Ordnungsgeber lediglich beispielhaft aufgeführte Klassenbildung zu verzichten, weil diese willkürliche Grenzziehungen erfordert und an den Klassengrenzen Sprünge und damit Verzerrungen bewirken kann (s.a. Fritz/Vennegarts, et 2009 (Heft 12), S. 13, 15; Frank/Nagle/Fritz/Linke, et 2007 (Heft 9), S. 56, 58). Sie hat es – der Empfehlung des Beratergremiums Consentec folgend – daher als sachgerechter angesehen, den Referenzwert durch eine von einem kontinuierlichen Strukturparameter abhängige Funktion zu ermitteln. Diese Vorgehensweise steht im Einklang mit dem Verfahren bei der Ermittlung des Effizienzwerts, bei dem ebenfalls der Strukturklassenansatz verworfen worden ist. Im Rahmen der durchgeführten Analysen – einer Modellnetz- und einer statistischen Analyse – ist der exogene Strukturparameter Lastdichte als zur Abbildung gebietsstruktureller Unterschiede geeignet und signifi-

kant identifiziert worden. Das Regressionsmodell, welches die Bundesnetzagentur verwenden will, ist entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht deshalb fehlerhaft, weil es nicht auch andere Regressoren verwendet, die einen systematischen Einfluss auf die Versorgungszuverlässigkeit haben könnten. EnWG und ARegV geben der Regulierungsbehörde nur vor, dass gebietsstrukturelle Besonderheiten zu berücksichtigen sind, nicht aber wie diese Berücksichtigung methodisch zu erfolgen hat. Gesetz- und Verordnungsgeber belassen ihr insoweit hinsichtlich der Art und Weise sowie der Ausgestaltung der Methode einen Freiraum, der – wie schon ausgeführt - nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist und insoweit Fehler der Regulierungsbehörde nicht erkennen lässt.

2.4.3. Dies gilt auch für den Einwand der Betroffenen, durch die Berücksichtigung des Strukturparameters Lastdichte würden die Unterschiede zwischen den alten und neuen Bundesländern nicht abgedeckt, insoweit sei eine Gruppenbildung erforderlich.

Der Verordnungsgeber hat dies in der Verordnungsbegründung nur beispielhaft erwähnt, ohne dem Verbindlichkeit beizumessen; auch insoweit besteht also eine Verpflichtung zur Berücksichtigung nicht. Ob diese Berücksichtigung der Belegenheit des Netzes grundsätzlich sachgerecht sein kann, ist aus Sicht des Senats schon zweifelhaft (ebenso: Meinzenbach in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 7 zu § 20 ARegV, Anh. § 21a EnWG). Objektive Strukturmerkmale sind grundsätzlich nur solche externen Umstände des Versorgungsgebiets und der Versorgungsaufgabe, die der Netzbetreiber durch unternehmensindividuelle Entscheidungen nicht beeinflussen kann und die daher von ihm nicht zu verantworten sind. Dazu zählen etwa die Abnehmer-, Einwohner- oder Versorgungsdichte, die Abnahmemenge, das Verhältnis von Groß- und Kleinkunden sowie topographische, geologische und geographische Faktoren (vgl. nur: Meinzenbach, Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, 1. A., 2008, S. 318). Die Belegenheit des Netzes kann daher nur berücksichtigungsfähig sein, soweit sie Ausdruck in objektiven, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbaren Strukturmerkmalen findet, die Einfluss auf die Versorgungszuverlässigkeit haben. Endogene, also im Entscheidungsspielraum des Netzbetreibers begründete Parameter sind grundsätzlich auszublenden, aber auch solche grundsätzlich nicht veränderbaren Strukturunterschiede, die ganz

oder ganz überwiegend von unternehmensindividuellen Entscheidungen beeinflusst werden können. Schon von daher ist zweifelhaft, ob in Anbetracht des Zeitablaufs und möglicher unternehmerischer Entscheidungen zur Veränderung der vorgefundenen Versorgungsqualität ostdeutscher Netze diese überhaupt noch maßgeblich durch ihre Belegenheit geprägt sein kann.

Ungeachtet dessen aber ist das Beraterkonsortium Consentec, das einen etwaigen Unterschied in der Versorgungszuverlässigkeit zwischen neuen und alten Bundesländern in seine Untersuchungen mit einbezogen hat, zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Großteil dieses Unterschieds darauf zurückgeführt werden kann, dass den Netzen in Ostdeutschland eine insgesamt niedrigere Lastdichte zugrunde liegt und damit einhergehend der für Versorgungsstörungen anfälligere Freileitungsanteil größer ist, so dass sich der überwiegende Anteil des Unterschieds erklären lasse und eine separate Berücksichtigung der Belegenheit als Strukturparameter nicht erforderlich sei.

In diesem Zusammenhang ist der von der Betroffenen gerügte Dokumentationsfehler unbeachtlich. Das Beraterkonsortium Consentec hat unter dem 15. Mai 2012 in seiner ergänzenden Erläuterung zu seinem Endgutachten vom 20. Oktober 2010 klargestellt, dass bei allen dort in Kapitel 3 dargestellten Analysen, die im Rahmen der quantitativen Untersuchungen durchgeführt worden sind, die korrekte Ost-/West-Zuordnung beachtet worden ist, insbesondere bei den Berechnungen zur Parameteranalyse alle Netzbetreiber mit der korrekten Belegenheit berücksichtigt worden sind. Lediglich in Kapitel 4 seien die Belegenheiten aufgrund von Umsortierungen des Datensatzes in den grafischen Darstellungen fehlerhaft. Davon würden jedoch die bereits in Kapitel 3 getroffenen Aussagen und Schlussfolgerungen, insbesondere die gegen eine Verwendung der „Belegenheit“ des Netzbetriebs als Parameter nicht berührt (S. 2 ff. des Ergänzungsgutachtens).

Nicht von Bedeutung ist schließlich, ob Netze in Ostdeutschland angesichts der verwandten PE-Kabel grundsätzlich störungsanfälliger sind. Da nach dem eigenen Vorbringen der Betroffenen historisch bedingt nur ca. 10 % des Mittelspannungsnetzes aus PE-Kunststoffkabeln bestehen, kann diesem Umstand schon angesichts dessen ersichtlich keine Relevanz zukommen. Auch stellt der von dem Netzbetreiber beeinflussbare Leitungstyp einen endogenen Parameter dar, der die Qualität der Versor-

gungszuverlässigkeit unmittelbar beeinflusst und von daher – wie schon oben angeführt – nicht berücksichtigungsfähig sein dürfte. Unabhängig davon sinkt der Kabelanteil aber auch mit sinkender Lastdichte, so dass – wie das Beraterkonsortium Consentec in seinem Gutachten ausgeführt hat - auch insoweit ein systematischer Zusammenhang beobachtet und der Effekt durch einen Parameter – den der Lastdichte – schon ausreichend beschrieben wird (s. Kapitel 3, S. 86 ff., 93 ff.).

Soweit die Betroffene weiter Umstände anführt, die allein ihre gebietsstrukturelle Besonderheit als städtischer Netzbetreiber in Ostdeutschland mit einer hohen Lastdichte und einem signifikanten PE-Kabelanteil (bei 100 % Gesamtkabelanteil in der Mittelspannung) betreffen, können diese unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Zweifel an dem Verfahren und der Methodik der Bestimmung des Qualitätselements hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit begründen.

2.4.4. Dem Umstand, dass eine modellhafte Ermittlung von Qualitätsabweichungen nicht die Realität wiedergeben kann, hat die Bundesnetzagentur auf vielfältige Weise Rechnung getragen. So ist die Qualitätsregulierung derzeit nicht in die Effizienzwertermittlung integriert, was zur Folge hat, dass sich statistische Schwankungen der Qualitätskennwerte auf die ermittelten Zu- oder Abschläge beschränken. Die Orientierung erfolgt nicht am Zuverlässigkeitsniveau des Frontierunternehmens, sondern am Durchschnittsunternehmen. Verwandt werden nur die gemittelten Durchschnittswerte des Zeitraums von drei Jahren, Erlöszuschläge wie auch -abschläge werden gedeckelt. Von daher ist nicht ersichtlich, dass es zusätzlich noch des von der Betroffenen weiter geforderten Konfidenzbands bedurfte, welches der Verordnungsgeber nicht vorgegeben hat. Für die von der Betroffenen im Senatstermin beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob die Störgröße  $v$  sachgerecht berücksichtigt und zusätzlich ein Konfidenzband erforderlich ist, war daher kein Raum.

Schließlich geht auch der Einwand fehl, mit der Berücksichtigung des Parameters Lastdichte lasse die Beschlusskammer die Wechselwirkungen zwischen Effizienz- und Qualitätsvorgaben außer Betracht. Dass eine höhere Netzzuverlässigkeit mit höheren Kosten verbunden ist und daher zu einem niedrigeren Effizienzwert zu Las-

ten eines Netzbetreibers führen kann, kann die Qualitätsregulierung ausgleichen, weil dies - wie eingangs ausgeführt - mit einem „Bonus“ honoriert wird.

### **C.**

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerde ohne Erfolg ist, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der Bundesnetzagentur die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der betroffenen Netzbetreiber an einer Aufhebung der Festlegung bemisst der Senat – wie mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörtert – jeweils pauschal auf 50.000 €.

### **D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen

bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

**L.**

**vR.**

**A.**