



- für die Landesregulierungsbehörde -

Aktenzeichen: BK9-11/8193-R

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 51 BremVwVfG, § 48 BremVwVfG, § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG i. V. m. § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 5 und 10 ARegV

wegen **Wiederaufgreifen des Verfahrens und Rücknahme der Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas (2013 bis 2017) vom 28.05.2014**

hat die Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

in Wahrnehmung der Aufgaben für das Land Bremen

durch den Vorsitzenden	Helmut Fuß,
den Beisitzer	Roland Naas
und die Beisitzerin	Anne-Christine Zeidler

gegenüber der wesernetz Bremerhaven GmbH, Rickmersstraße 90, 27568 Bremerhaven, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

- Netzbetreiber -

am 20.05.2016 beschlossen:

Der Antrag des Netzbetreibers vom 20.11.2015 auf Wiederaufgreifen des Verfahrens zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode vom 28.05.2014 (BK9-11/8193) und Neubescheidung des Netzbetreibers unter Zugrundelegung eines korrigierten Effizienzwertes wird abgelehnt.

Der Hilfsantrag vom 20.11.2015 auf Rücknahme des Beschlusses der Beschlusskammer 9 zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode vom 28.05.2014 (BK9-11/8193) und Neubescheidung des Netzbetreibers unter Zugrundelegung eines korrigierten Effizienzwertes wird abgelehnt.

GRÜNDE

A. Sachverhalt

Die Beschlusskammer leitete gemäß § 2 ARegV am 02.09.2011 von Amts wegen ein Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV ein. Bestandteil der festgelegten Erlösobergrenzen ist nach der Regulierungsformel gem. Anlage 1 zu § 7 ARegV unter anderem ein beeinflussbarer Kostenanteil. Für diesen waren die ermittelten Ineffizienzen nach § 15 Abs. 3 ARegV relevant. Zur Bestimmung der Ineffizienzen des Netzbetreibers wurde mittels eines Effizienzvergleichs der Effizienzwert des Netzbetreibers ermittelt. Diese Ermittlung führte die Bundesnetzagentur nicht selbst, sondern durch Gutachter durch. In der ersten Regulierungsperiode im Gasbereich und durchgängig im Strombereich wurde der Effizienzvergleich noch durch das Beratungsunternehmen SUMICSID AB durchgeführt. In der zweiten Regulierungsperiode (2013 bis 2017) für Gasverteilnetzbetreiber beauftragte die Bundesnetzagentur dagegen das Beratungsunternehmen Frontier Economics Ltd. (in Zusammenarbeit mit der consentec GmbH und der TU Clausthal).

Der für die Durchführung des zweiten Effizienzvergleichs beauftragte Gutachter verfolgte bei der nach Anlage 3 zu § 12 ARegV durchzuführenden stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA) einen Ansatz, der von der im ersten Effizienzvergleich im

Gasbereich sowie durchgehend im Strombereich verfolgten Vorgehensweise abweicht. Diese Abweichung betrifft nicht die Durchführung des Effizienzvergleichs mittels der SFA als solche, d.h. die Auswahl geeigneter Vergleichsparameter, die Ausreißeranalyse und die Berechnung der effizienten und ineffizienten Kosten der Unternehmen sowie des Störterms, sondern ausschließlich den letzten Schritt, also die Berechnung der prozentualen Effizienzwerte anhand dieser Größen. Hierbei hat der Gutachter bei der Berechnung der Effizienzwerte für die zweite Regulierungsperiode für Gasverteilstrombetreiber den Störterm, der bei der SFA ein statistisch nicht erklärbares Rauschen ausdrückt, anders als bei den anderen Effizienzvergleichen (erste Regulierungsperiode Gas, erste und zweite Regulierungsperiode Strom) berücksichtigt.

In additiven, mittels der SFA geschätzten Modellen, wie sie für die erste und zweite Regulierungsperiode im Gasbereich verwendet wurden, wird ein Effizienzwert in zwei Schritten ermittelt. In einem ersten Schritt werden für die SFA notwendige Annahmen getroffen und darauf basierend unter anderem die effizienten und ineffizienten Kosten geschätzt. Zu diesen Annahmen gehört unter anderem, dass der Erwartungswert des Störterms für jeden Netzbetreiber Null ist. Im zweiten Schritt wird aus den geschätzten Größen ein Effizienzwert ermittelt. Hier hat Frontier Economics den Effizienzwert aus dem Verhältnis der Summe der geschätzten effizienten Kosten und dem geschätzten Störterm zu der Summe der geschätzten effizienten Kosten, der geschätzten ineffizienten Kosten und des geschätzten Störterms ermittelt. Durch die Berücksichtigung des Störterms als additive Komponente sowohl im Zähler als auch im Nenner wurde in der Schätzung des Effizienzwertes von den zuvor getroffenen Annahmen der SFA abgewichen.

Die Bundesnetzagentur wurde nicht von dem abweichenden Vorgehen des Gutachters unterrichtet; ihr war dieses Vorgehen im Verfahren zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen unbekannt. Im Abschlussbericht zum Effizienzvergleich für die zweite Regulierungsperiode Gas wurde überdies seitens des Gutachters ausgeführt, dass die Erkenntnisse aus dem Effizienzvergleich der ersten Regulierungsperiode zu berücksichtigen waren (Anlage A.BM – Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, Juli 2013, S. 5). Folglich ist die Beschlusskammer davon ausgegangen, der Störterm sei nicht in die Berechnung des Effizienzwertes eingegangen.

Auf Grundlage der Berechnungen von Frontier Economics ermittelte die Beschlusskammer für den Netzbetreiber auf Basis der im Verfahren zum Effizienzvergleich gemeldeten Parameter einen Effizienzwert von **geschwärzt** %. Bei Anwendung der im ersten Effizienzvergleich im Gasbereich sowie durchgehend im Strombereich verfolgten Methode ergibt sich auf Basis der im Verfahren zum Effizienzvergleich gemeldeten Parameter für den Netzbetreiber ein Effizienzwert von **geschwärzt** %.

Die Beschlusskammer legte die Erlösobergrenzen des Netzbetreibers mit Beschluss vom 28.05.2014, Az. BK9-11/8193 gegenüber dem Netzbetreiber fest. Der ermittelte Effizienzwert von **geschwärzt** % wurde Bestandteil der Festlegung der Erlösobergrenzen des Netzbetreibers. Als Erlösobergrenzen für den Netzbetreiber hat die Beschlusskammer festgelegt:

- für das Jahr 2013: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2014: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2015: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2016: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2017: **geschwärzt** EUR.

Der Beschluss, zugestellt am 02.06.2014, ist mit Ablauf der Beschwerdefrist bestandskräftig geworden.

Zu Beginn des Jahres 2015 stellte die Beschlusskammer im Rahmen der Bearbeitung von Anträgen verschiedener Netzbetreiber auf Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund eines Erweiterungsfaktors Abweichungen zwischen den im Effizienzvergleich und im Antrag durch die Netzbetreiber gemachten Angaben fest. Die Beschlusskammer entschied, einen Test über die Wirkung der im Antrag genannten Parameter auf den Effizienzwert zu programmieren. Dieses Programm war im Wesentlichen eine Reproduktion des durch den Gutachter erstellten Quellcodes des finalen Modells zur Bestimmung der Effizienzwerte für die zweite Regulierungsperiode im Bereich Gas.

Um im Bereich der Regulierung der Stromnetzbetreiber auf ähnliche Probleme von vornherein reagieren zu können, wurde ein gemeinsames Programm für die Bereiche Strom und Gas erstellt. Zur Bestimmung der Validität des Programms wurde am Ende ein Abgleich der durch das Programm ermittelten Effizienzwerte für den Strom-

und den Gasbereich mit den Werten des jeweiligen Gutachters durchgeführt. Die Beschlusskammer stellte fest, dass die in der zweiten Regulierungsperiode im Bereich Gas verwendete Methodik zur Bestimmung von Effizienzwerten bei Anwendung auf die Parameter der zweiten Regulierungsperiode im Strombereich nicht zu den Ergebnissen führte, wie sie für diese Regulierungsperiode durch den den Effizienzvergleich für die zweite Regulierungsperiode im Strombereich durchführenden Gutachter errechnet wurden.

Um den Grund für diese Abweichungen zu ermitteln, nahm die Bundesnetzagentur im Mai 2015 eine detaillierte Analyse des Programms durch einen Vergleich mit dem Programm aus der ersten Regulierungsperiode im Bereich Strom – welches methodisch mit den Programmen der zweiten Regulierungsperiode im Bereich Strom und der ersten Regulierungsperiode im Gasbereich identisch ist – vor. Aufgrund dieses Vergleichs nahm die Beschlusskammer an, dass der Grund für die identifizierten Abweichungen in einer unterschiedlichen Berechnung des Effizienzwertes aus den in der SFA ermittelten effizienten Kosten und ineffizienten Kosten sowie des Störterms liegt. Die beteiligten Gutachter wurden gebeten, zu diesem Sachverhalt Stellung zu nehmen.

Frontier Economics äußerte sich mit Stellungnahme vom Juni 2015. Das Beratungsunternehmen trägt vor, dass der gewählte Ansatz, ebenso wie der Ansatz von SUMICSID, der als Ansatz nach Battese/Coelli bezeichnet wird, die Anforderungen an die Bestimmung von Ineffizienzen im Rahmen der SFA erfülle. Die Annahmen zur Schätzung der Effizienzwerte im Rahmen der SFA seien dieselben, wie sie in der wissenschaftlichen Literatur genannt werden. Es gebe keine wissenschaftliche Quelle, die sich mit einer Berechnung des Effizienzwertes im zugrundeliegenden Regulierungskontext befasse. Die Wissenschaft beschränke sich fast ausschließlich auf die Auseinandersetzung mit logarithmierten funktionalen Zusammenhängen ohne Bezug zum zugrundeliegenden Regulierungskontext. Der gewählte Ansatz sei konsistent mit der ARegV, da § 15 Abs. 3 ARegV den Effizienzwert auch auf die Gesamtkosten anwende, um die Ineffizienzen zu bestimmen. Um Inkonsistenzen zu vermeiden, müsse also der Effizienzwert so bestimmt werden, dass die in der SFA ermittelten Ineffizienzen den Ineffizienzen nach § 15 Abs. 3 ARegV entsprechen. Eine Berechnung des Effizienzwertes ohne Einbeziehung des Störterms wäre nur ein konsistenter Ansatz, wenn im Ausgangsniveau eine Korrektur der Kosten um diesen Störterm

stattfinden würde. Der Ansatz von SUMICSID würde also eine nachträgliche Anpassung der Kostenbasis des Netzbetreibers erfordern, was im Regulierungskontext nicht stattfindet.

SUMICSID hat mit Gutachten vom 20.08.2015 Stellung genommen. In der Stellungnahme werden die beiden Ansätze verglichen. Es wird ausgeführt, dass der Ansatz von SUMICSID dem in der Wissenschaft genannten und in der ersten Regulierungsperiode verfolgten Ansatz entspreche. Das explizite Ziel der SFA sei es, einen Störterm zu ermitteln und dessen Effekt auszuschließen. Der Ansatz von SUMICSID führe im Vergleich zum Ansatz von Frontier Economics zu Effizienzvorgaben, die sich näher an den Kosten eines, durch die SFA bestimmten, effizienten Netzbetreibers befänden. Keine der genannten Methoden ermittle einen Effizienzwert, der zu Kosten führe, die exakt den durch die SFA ermittelten effizienten Kosten entsprächen. Dies sei jedoch auch nicht Ziel des durch die SFA ermittelten Effizienzwertes. Hier werde die Bedeutung des Störterms fehlinterpretiert; zudem werde aufgrund der Eigenschaften des Störterms der Netzbetreiber im dynamischen Kontext nicht effizient. Der von SUMICSID selbst gewählte Ansatz sei im deutschen Regulierungskontext als am besten geeignet anzusehen.

Mit Schreiben vom 24.08.2015 unterrichtete das für die Durchführung des Effizienzvergleichs zuständige Fachreferat 602 alle betroffenen Netzbetreiber über die abweichenden Vorgehensweisen bei der Effizienzwertermittlung.

Die Beschlusskammer wendete sich mit Schreiben vom 07.09.2015 unter Beifügung der Stellungnahmen der beteiligten Gutachter an die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Netzbetreiber und äußerte, dass aus ihrer Sicht richtigerweise nur die in der ersten Regulierungsperiode im Gasbereich und durchgehend im Strombereich angewandte Methode heranzuziehen sei und gab den betroffenen Netzbetreibern sowie den Verbänden BDEW, VKU und GEODE Gelegenheit zur Stellungnahme. Hierauf wurde vielfach vorgetragen, dass aufgrund der eingetretenen Bestandskraft der Festlegungen der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode bzw. aufgrund des Vertrauensschutzes auch bei nicht bestandskräftigen Festlegungen eine Rücknahme nicht in Betracht komme. Der Ansatz des beauftragten Gutachters sei weder falsch noch unangemessen und auch kein Verstoß gegen die Vorgaben der ARegV. Vielmehr seien in der wissenschaftlichen Literatur beide Ansätze genannt. Vereinzelt wurde vorgetragen, dass aufgrund der Beschränkung des Streitge-

genstandes bei Beschwerdeverfahren gegen Festlegungen von Erlösbergrenzen für den Netzbetreiber hinsichtlich der nicht angegriffenen Punkte der Festlegung der Aspekt des Vertrauensschutzes einer Rücknahme entgegenstehe. Auch seien die Vorgaben der Rechtsprechung zum Regulierungsermessen beim Effizienzvergleich weit gefasst und deshalb die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit der Festlegungen nicht erfüllt, da der Ansatz des beauftragten Gutachters wissenschaftlich vertretbar sei. Zum Teil wurde aus der Gesamtsystematik der ARegV der Schluss gezogen, dass eine rückwirkende Anpassung von Effizienzvorgaben generell ausgeschlossen sei. Zumindest sei bei einer Rücknahme und Neubescheidung zu Lasten des Netzbetreibers der aus der Anpassung resultierende Vertrauensschaden auszugleichen.

Teilweise wurde demgegenüber auch vorgetragen, dass bei Abweichungen durch die Methode des beauftragten Gutachters zu Lasten des Netzbetreibers die Festlegung der Erlösbergrenzen aufzuheben und neu zu bescheiden wäre.

Die Verbände BDEW und VKU haben sich für konsistente Ansätze bzw. einheitliche Kriterien bei der Durchführung des Effizienzvergleichs ausgesprochen.

Zahlreiche Netzbetreiber fügten ihrer Stellungnahme die Bewertung eines weiteren Gutachters (Polynomics AG) bei. In diesem Gutachten der Polynomics AG wird ausgeführt, dass die zur Anwendung gelangte und vom Beratungsunternehmen Frontier Economics verfolgte Methode zur Ermittlung der Effizienzwerte vertretbar sei. Sowohl der Ansatz von Frontier Economics als auch der Ansatz von SUMICSID seien in der wissenschaftlichen Literatur erwähnt; die Aussage der Bundesnetzagentur, in der Literatur werde nur der von SUMICSID gewählte Ansatz vertreten, sei falsch. Neuere Quellen stützten sich auf die von Frontier Economics angewandte Definition; die von der Bundesnetzagentur verwendete Definition sei eine frühere Definition des Effizienzwertes. Der Ansatz von Frontier Economics sei auch mit § 15 Abs. 3 ARegV konsistent. Zudem führe der Ansatz von SUMICSID demgegenüber zu einer Ungleichbehandlung von Effizienzwerten aus der DEA und der SFA. Die Annahme schließlich, dass der Erwartungswert des Störterms Null sei, beziehe sich auf Panel-datenmodelle.

Mit Schreiben vom 20.11.2015 stellte der Netzbetreiber den Antrag, im Wege des Wiederaufgreifens des Verfahrens gemäß § 51 BremVwVfG die Festlegung der Erlösbergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas (2013 bis 2017) vom

28.05.2014 aufzuheben und die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas (2013 bis 2017) unter Anwendung des von der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 25.08.2015 und 07.09.2015 dargestellten Effizienzwertes neu festzulegen.

Hilfsweise stellte der Netzbetreiber den Antrag, die Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas (2013 bis 2017) vom 28.05.2014 gemäß § 48 BremVwVfG i.V.m. § 29 EnWG i.V.m. § 4 ARegV i.V.m. § 32 ARegV zurückzunehmen und die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Gas (2013 bis 2017) unter Anwendung des von der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 25.08.2015 und 07.09.2015 dargestellten Effizienzwertes neu festzulegen.

Der Netzbetreiber führt aus, die Beschlusskammer habe mit Schreiben vom 07.09.2015 mitgeteilt, dass Anträge auf Wiederaufgreifen des Verfahrens im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen positiv beschieden würden und bei Anträgen auf Rücknahme die tatbestandlichen Voraussetzungen geprüft und ermessensgemäße Entscheidungen getroffen würden.

Der Netzbetreiber erklärt, er teile die Auffassung der Beschlusskammer, dass aufgrund der aufgezeigten Umstände bei der Berechnung des Effizienzwertes die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen rechtswidrig sei. Der § 51 BremVwVfG sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anwendbar. Der vorliegende Sachverhalt stelle eine neue Sachlage und damit einen Grund für das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens dar. Die Beschlusskammer sei über die Abweichung bei der Methode zur Berechnung der Effizienzwerte nicht im Bilde gewesen und habe auch keine Kenntnis darüber gehabt, dass eine wissenschaftlich unvertretbare Methode angewandt worden sei. Auch sei ihr unbekannt gewesen, dass eine andere Methode als eindeutig besser anzusehen sei und dass der eingesetzte Gutachter einer Fehldeutung des § 15 Abs. 3 ARegV unterlegen habe. Dieser Beweis der Rechtswidrigkeit sei dem Netzbetreiber erst durch die Mitteilung im August 2015 zugänglich geworden. Bei Anwendung der korrekten Methode hätte der Netzbetreiber höhere kalenderjährliche Erlösobergrenzen erhalten und sei deshalb durch die fehlerhafte Ermittlung belastet. Damit sei der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens zulässig und begründet.

Im Zuge der Neubescheidung sei nicht nur der korrigierte Effizienzwert, sondern auch die mittlerweile ergangene Rechtsprechung des BGH zur Mittelwertbildung zu berücksichtigen.

Hinsichtlich des Hilfsantrages führt der Netzbetreiber aus, dass eine Rücknahme nach § 48 BremVwVfG auch im Fall der Bestandskraft möglich sei. Die Anwendung unvertretbarer Methoden bei der Effizienzwertermittlung begründe ein hohes Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände. Das Vertrauen darin, dass die Bundesnetzagentur bei der Durchführung des Effizienzvergleichs in Begleitung durch einen Gutachter das durch den BGH anerkannte Regulierungsermessen mit vertretbaren Methoden ausfüllt, sei erschüttert worden. Aufgrund der Bedeutung des Fehlers für die Ziele des § 21 EnWG könne nur die Aufhebung unter gleichzeitiger Neufestsetzung der Erlösobergrenzen dieses Vertrauen wiederherstellen.

Die gegen eine Aufhebung sprechenden Grundsätze der Rechtssicherheit und Bestandskraft überwiegen nicht den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, denn es handele sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, dessen Aufhebung der Netzbetreiber als Begünstigter selbst befürworte. Auch hätten Netznutzer kein schützenswertes Vertrauen in bestandskräftige Festlegungen von Erlösobergrenzen. So änderten sich die Netznutzungsentgelte ohnehin jährlich und diese seien aufgrund der Abbildung von Mengenabweichungen im Regulierungskonto ohnehin nicht jahresscharf berechenbar. Zudem sei mit der Aufhebung eine zeitgleiche Neufestlegung der Erlösobergrenzen vorzunehmen, da diese die Grundlage für die Inrechnungstellung von Netznutzungsentgelten darstelle. Zudem sei in die Entscheidung einzustellen, dass die Festlegung auch aus anderen Gründen rechtswidrig sei.

Mit Schreiben vom 03.03.2016, zugegangen am 07.03.2016, wurde der Netzbetreiber hinsichtlich der beabsichtigten Ablehnung seiner Anträge nach § 67 Abs. 1 EnWG angehört. Am 18.03.2016 führte er zum Hauptantrag ergänzend aus, zur Änderung einer Sachlage i.S.d. § 51 BremVwVfG bedürfe es nicht unbedingt einer Änderung von Tatsachen. Es genüge auch ein allgemeiner Erkenntnisfortschritt, worunter auch das Erkennen der abweichenden Berechnung des Effizienzwertes falle. Das der Entscheidung zugrunde gelegte „Bild der Wirklichkeit“ habe sich geändert. Die im angehörten Beschluss zitierten Fundstellen zur nachträglichen, subjektiven Kenntniserlangung seien unergiebig. Zutreffend fordere hingegen das OVG Hamburg, „dass sich die Sachlage, und zwar der (dem Erstverfahren zugrunde ge-

legte) entscheidungserhebliche Sachverhalt tatsächlich geändert hat, dass mithin neue Tatsachen vorliegen“.

Zudem liege ein neues Beweismittel vor. Das ursprüngliche Gutachten zur Berechnung der Effizienzwerte sei neu, da erst nachträglich die Prämissen zur Berechnung der Effizienzwerte bekannt gemacht worden seien. Dieses Beweismittel sei durch den Netzbetreiber erst am 24.08.2015 vorlegbar gewesen. Neu seien auch solche Beweismittel, die während der Anhängigkeit des Verwaltungsverfahrens schon existierten, aber ohne Verschulden des Betroffenen nicht oder nicht rechtzeitig vorgebracht werden konnten.

Auch die nachträgliche Kenntniserlangung der Behörde könne eine neue Sachlage begründen; ansonsten hätte die Behörde es durch den Umfang der Sachverhaltsermittlung in der Hand, die für die Entscheidung maßgeblichen Gründe zu bestimmen. Da die ARegV den Betroffenen die gutachterlichen Zwischenschritte vorenthalte, sei es rechtsstaatlich nicht haltbar, ein Wiederaufgreifen nicht zu gewähren.

Der Umstand, dass die Bundesnetzagentur seit Mai 2015 Kenntnis darüber habe, wie der Effizienzwert tatsächlich ermittelt wurde, sei eine neue Tatsache. Die Bundesnetzagentur habe den Untersuchungsgrundsatz nach § 24 Abs. 1 S. 1 BremVwVfG verletzt. Dadurch, dass der sich damals als objektiv richtig angesehene Wissensstand als unzutreffend herausgestellt habe, habe sich die Sachlage verändert.

Zum Hilfsantrag führt der Netzbetreiber aus, die Rechtswidrigkeit der Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode sei unstrittig. Die Ablehnung der Rücknahme sei jedoch nicht ermessensfehlerfrei. Ermessenserwägungen dahingehend, dass ein Netzbetreiber durch eine Rücknahme beeinträchtigt werde, seien in dieser Fallkonstellation sachwidrig. Auch die Erwägungen zur Planungssicherheit von Netznutzern seien sachwidrig, da diese ohnehin mit einer Änderung der Erlösobergrenzen rechnen müssten. Der Betrag von 126.601,01 € sei auch nicht als geringwertig einzuschätzen. Es sei außerdem sachfremd, geringere Netzentgelte aufgrund von rechtswidrigen Erlösobergrenzen in die Ermessenserwägungen einzustellen.

Aufgrund der ergangenen Rechtsprechung zum Effizienzvergleich, die der Bundesnetzagentur ein Beurteilungs- bzw. Regulierungsermessen einräume, sei diese ver-

pflichtet, die Effizienzwerte neu zu berechnen. Dies gelte nicht nur in der vom BGH entschiedenen Konstellation, in der es zu der Regulierungsbehörde anzulastenden Fehleingaben gekommen sei, sondern auch bei Abweichungen in den Rechenschritten, welche dem betroffenen Netzbetreiber verborgen geblieben seien. Dieser Umstand führe zu einer Ermessensreduktion auf Null. Auf andere Weise könne die mit dem eingeräumten Regulierungsermessen einhergehende Beschränkung des Rechtsschutzes nicht kompensiert werden. Dadurch, dass die Bundesnetzagentur nicht alle Rechenschritte zur Berechnung der Effizienzwerte geprüft habe, habe diese selbst verschuldet, dass die rechtswidrige Festlegung bestandskräftig wurde.

Die Landesregulierungsbehörde, in deren Gebiet der Netzbetreiber seinen Sitz hat, wurde gemäß § 55 Abs. 1 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Diese erhielt gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

B. Rechtliche Würdigung des Hauptantrags

Als Ermächtigungsgrundlage für das Wiederaufgreifen des Verfahrens zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode, Aktenzeichen BK9-11/8193, kommt § 51 BremVwVfG in Betracht. Der Hauptantrag ist zwar zulässig, aber unbegründet.

I. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur handelt in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Bremen gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Freien Hansestadt Bremen vom 18.03./03.04.2014 (Bekanntmachung: Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 78/2014 vom 28.07.2014, S. 343 ff.; in Kraft seit dem 29.07.2014).

II. Anwendbarkeit des § 51 BremVwVfG

Trotz einer fehlenden, expliziten Verweisung auf § 51 VwVfG im EnWG (bzw. auf entsprechende Vorschriften in Landesgesetzen) ist zumindest der allgemeine, dem § 51 BremVwVfG zugrunde liegende Rechtsgedanke anwendbar (vgl. Britz/Herzmann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 26; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 5).

III. Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens

Der Antrag des Netzbetreibers auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens ist teilweise zulässig.

1. Nennung eines Wiederaufnahmegrundes und Antragsfrist

Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens muss die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Verfahrenshandlungen erfüllen und innerhalb der Frist des § 51 Abs. 3 BremVwVfG gestellt worden sein. Dies ist hier nur zum Teil der Fall. Der Antrag muss binnen drei Monaten gestellt werden. Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem der Betroffene von dem Grund für das Wiederaufgreifen Kenntnis erhalten hat. Voraussetzung für den Fristbeginn ist die positive Kenntnis der Tatsachen, die einen Wiederaufnahmegrund ergeben. (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 47). Der Antrag auf Wiederaufgreifen muss sich schließlich ausdrücklich oder konkludent auf einen bestimmten Wiederaufnahmegrund beziehen

(vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 5). Hier nennt der Netzbetreiber zwar nicht in seinem Antrag, aber in der Begründung vom 20.11.2015 neue Tatsachen, die eine Wiederaufnahme rechtfertigen würden, und bezieht sich damit auf § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG. Die vorgebrachten Tatsachen waren dem Netzbetreiber frühestens ab dem 24.08.2015 bekannt, so dass mit Antragstellung am 20.11.2015 die Frist gemäß § 51 Abs. 3 BremVwVfG hinsichtlich dieses Wiederaufnahmegrundes gewahrt wurde.

In seinem weiteren Vorbringen bezeichnet der Netzbetreiber zudem das zum Effizienzvergleich erstellte Gutachten (Anlage A.BM – Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, Juli 2013) als neues Beweismittel bzw. als neu in der nun erfolgenden Interpretation und bezieht sich damit auch auf § 51 Abs. 1 Nr. 2 BremVwVfG. Auch hinsichtlich dieser Umstände hatte der Netzbetreiber ab dem 25.08.2015 Kenntnis. Hinsichtlich dieses Wiederaufnahmegrundes liegt allerdings Verfristung vor, da auf den Wiederaufnahmegrund nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 BremVwVfG erst am 18.03.2016 Bezug genommen wurde. Im Antragsschreiben vom 20.11.2015 bezieht sich der Netzbetreiber lediglich auf neue Tatsachen und damit auf § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG als Wiederaufnahmegrund. Allein die Formulierung „Beweis der Rechtswidrigkeit“ (S. 2 des Schreibens vom 20.11.2015) könnte als Andeutung auf Beweismittel verstanden werden. Da aber zu diesem Zeitpunkt keine konkreten Beweismittel als Wiederaufnahmegrund genannt wurden und ein beliebiges Nachschieben von weiteren Wiederaufnahmegründen ausgeschlossen ist (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 07.12.1989 - Aktenzeichen 18 B 22685/89, BeckRS 1989, 04122, beck-online), ist der Antrag insoweit bereits verfristet und unzulässig.

2. Möglichkeit eines Wiederaufnahmegrundes

Der fristgemäß geltend gemachte Wiederaufnahmegrund muss einen anderen, für den Netzbetreiber günstigeren Ausgang des Hauptsacheverfahrens möglich erscheinen lassen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 14). Vorliegend hat der Netzbetreiber dargelegt, dass die Regulierungsbehörde bei Kenntnis der zu Tage gekommenen Sachlage zu Gunsten des Netzbetreibers eine höhere Erlösobergrenze festgelegt hätte bzw. dies zumindest möglich erscheint.

3. Rechtliche Beschwer

Für den Netzbetreiber besteht die erforderliche konkrete und gegenwärtige Beschwer darin, dass er aufgrund seiner bestandskräftigen Erlösobergrenzenfestlegung geringere Erlöse vereinnahmen kann, als dies bei methodisch korrekt festgelegten Erlösobergrenzen der Fall wäre. Darin liegt der erforderliche rechtliche Nachteil. Auch der begünstigte Adressat kann antragsbefugt sein, wenn der erstrebte Vorteil hinter dem im Verwaltungsakt tatsächlich Gewährten zurückbleibt.

4. Keine unterlassene Geltendmachung des Wiederaufnahmegrundes nach § 51 Abs. 2 BremVwVfG

Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen. Der Netzbetreiber hat zwar den behaupteten Wiederaufnahmegrund nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG nicht im Verwaltungsverfahren bzw. einem Beschwerdeverfahren geltend gemacht. Dies geschah aber ohne grobes Verschulden. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerwiegender Weise außer Acht lässt. Der Netzbetreiber hatte in der aufgezeigten Konstellation einer selbst durch die Behörde unerkannten Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis, die auch für den betroffenen Netzbetreiber nicht ersichtlich war, bereits objektiv keine Möglichkeit, diesen Umstands im Verwaltungsverfahren oder in einem Gerichtsverfahren geltend zu machen.

IV. Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens

Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens gemäß § 51 BremVwVfG ist unbegründet. Der Netzbetreiber hat keinen Wiederaufnahmegrund nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BremVwVfG dargelegt.

Der Netzbetreiber bezieht seinen Wiederaufnahmeantrag fristgemäß lediglich auf das Vorliegen einer neuen Tatsache i.S.d. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG hat die Behörde auf Antrag eines Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes zu entscheiden, wenn sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat. Diesen Tatbestand sieht der Netzbetreiber offenbar als erfüllt an. Die Beschlusskammer sei ausweislich ihrer eigenen Darstellung nicht darüber im Bilde gewesen, dass bei der Ermittlung des Effizienz-

wertes eine abweichende Methode angewandt wurde, dass die angewandte Methode wissenschaftlich unvertretbar sei und dass es eine andere als eindeutig besser anzusehende Methode gebe.

Die in § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG normierten Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Denn die Sachlage muss sich nachträglich zu Gunsten des Netzbetreibers geändert haben. Nachträglich bedeutet, dass die Änderung nach Erlass des Verwaltungsaktes eingetreten sein muss. Die Änderung muss Faktoren betreffen, die im ursprünglichen Verfahren für den Inhalt der Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen entscheidungserheblich waren und an deren Stelle nunmehr eine wesentlich neue, für den Netzbetreiber günstigere Sachlage getreten ist, die damals noch nicht gegeben war (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 25). Grundsätzlich handelt es sich bei der Methode zur Bestimmung der Effizienzwerte um derartige entscheidungserhebliche Faktoren. Allerdings lagen die Tatsachen objektiv auch bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der kalenderjährlichen Erlösobergrenzenfestlegung vor. Sie waren den Beteiligten, also weder der Bundesnetzagentur, noch dem Netzbetreiber, nur nicht bekannt, da der Gutachter die Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis ohne Abstimmung vorgenommen hat.

Dies stellt keine nachträgliche Änderung der Sachlage zu Gunsten des Betroffenen dar. Die nachträgliche, subjektive Kenntniserlangung von Tatsachen fällt nicht unter § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG, da darin keine Änderung von Tatsachen liegt (vgl. OVG Münster, Urteil vom 24.03.2009, 9 A 397/08, juris Rn. 29; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 90; Falkenbach, in: BeckOK VwVfG, 29. Edition 2015, § 51 Rn. 31; Baumeister, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 4. Aufl. 2014, § 51 Rn. 43). Auch eine andere Beurteilung der Sachlage durch die Behörde nach Erlass des Verwaltungsaktes ist hierzu nicht ausreichend (vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 90). Die z.T. vertretene Gegenauffassung, dass auch subjektive Kenntniserlangung einer zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes bereits bestehenden Tatsache unter § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG falle (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 25) vermag nicht zu überzeugen. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG erfordert objektiv eine nachträgliche Änderung der Sachlage und ist auf Änderung der subjektiven Kenntnislage nicht anwendbar.

Soweit der Netzbetreiber darzulegen versucht, dass es bei einer Änderung der Sachlage nicht unbedingt auf die Änderung von Tatsachen ankomme, vermag dies nicht zu überzeugen. Selbst in der vom Netzbetreiber angeführten Rechtsprechung wird stets auf das grundsätzliche Erfordernis einer Änderung von Tatsachen abgestellt.

Die hier vorliegende Konstellation stellt auch keinen Fall dar, bei dem eine nachträgliche Änderung der Sachlage durch Gewinnung neuer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse gegeben ist. Einschlägig wäre dies nur, wenn sich der als objektiv angesehene Wissensstand im Nachhinein verändert hätte (BVerwG, Urteil vom 04.12.2001, 4 C 2/00, juris Rn. 22). Hier betrifft die Tatsachenkenntnis allerdings keine neuen naturwissenschaftlichen Erkenntnisse. Selbst bei unterstellter Richtigkeit des Vortrags einiger Netzbetreiber, dass die zur Anwendung gelangte Formel zur Berechnung der Effizienzwerte auch oder ausschließlich wissenschaftlich vertretbar wäre, stützt sich diese Vorbringen nicht auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse, die nach dem Erlass des Verwaltungsaktes am 28.05.2014 erst gefunden wurden.

Die Argumentation des Netzbetreibers, dass jeder Erkenntnisfortschritt eine neue Tatsache darstelle, verfängt nicht. Zutreffend nimmt das BVerwG dies nur bei einem naturwissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt an, denn nur in dieser Konstellation gibt es einen als objektiv anzusehenden Wissensstand, der sich objektiv geändert hat. Dies leuchtet auch ein, da eine Differenzierung zwischen einer Tatsache und dem wissenschaftlich objektiv anerkannten Wissensstand oft gar nicht möglich ist. Eine Ausweitung dieser Fallgruppe auf jeden Erkenntnisfortschritt würde jedoch bedeuten, dass jede subjektive Kenntniserlangung eine Änderung der Sachlage wäre. Dies entspricht aber nicht dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG, der eine Änderung der Sachlage (und nicht der Kenntnislage) fordert. Bei einem Abstellen auf jeden Erkenntnisgewinn wäre der Tatbestand des § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG rein subjektiver Natur. Anhaltspunkte dafür, die Rechtsprechung des BVerwG auf andere Konstellationen des Erkenntnisfortschritts auszuweiten, bestehen nicht.

Auch die Erwägungen des Netzbetreibers, es sei eine neue Tatsache, dass die Bundesnetzagentur seit Mai 2015 Kenntnis über die angewandte Methode habe, überzeugt nicht. Es kommt bei der Änderung der Sachlage auf objektive Tatsachen an (s.o.) und nicht auf die Tatsache der Kenntnis einer Tatsache. Mit dieser Sichtweise wäre vielmehr jede Kenntniserlangung als eine neue Tatsache anzusehen. Die neue

Tatsache der nunmehr eingetretenen Kenntnis einer alten Tatsache entspricht nicht dem Tatbestandsmerkmal der Änderung einer Sachlage.

Auf die Frage, ob eventuell ein anderer Wiederaufnahmegrund nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BremVwVfG vorliegt, kommt es nicht an. Verfahrensgegenstand ist allein der vom Netzbetreiber (rechtzeitig) geltend gemachte Wiederaufnahmegrund. Dieser bestimmt den Gegenstand des Verfahrens (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 11, 16a). Der Antrag des Netzbetreibers vom 20.11.2015 kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass er sich auf das Vorliegen neuer Tatsachen im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 BremVwVfG bezieht. Der Netzbetreiber hat innerhalb der Antragsfrist insbesondere keine konkreten Ausführungen zu etwaigen neuen Beweismitteln im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 2 BremVwVfG gemacht (siehe B.III.1).

Hilfsweise ist zum verfristet behaupteten Vorliegen eines neues Beweismittels auszuführen, dass ein solches jedenfalls nicht hinreichend konkret vom Netzbetreiber benannt wurde. Offensichtlich bezieht sich der Netzbetreiber auf das den Beteiligten vorliegende Gutachten zur Ermittlung der Effizienzwerte (Anlage A.BM – Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, Juli 2013). Dieses sei neu, da erst nachträglich die Prämissen zur Berechnung der Effizienzwerte bekannt gemacht worden seien. Inwiefern ein mehrere Jahre altes Gutachten die Überzeugung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Tatsache beeinflussen soll, wird vom Netzbetreiber nicht substantiiert vorgetragen. Die Tatsache, wie der Effizienzwert ermittelt wurde, muss auch nicht gutachterlich geklärt bzw. bewiesen werden, sondern ist unstrittig. Insofern kommt es auf dieses Gutachten auch nicht an. Insbesondere enthält das Gutachten keine Ausführungen dazu, welche Methode zur Berechnung der Effizienzwerte sachgerecht ist und hilft insoweit nicht bei der Klärung der Frage der Rechtswidrigkeit der Festlegung. Die Bundesnetzagentur hat das Gutachten auch nicht falsch verstanden, sondern das Gutachten als solches war an der entsprechenden Stelle selbst fehlerhaft.

C. Rechtliche Würdigung des Hilfsantrags

Als Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme des Beschlusses zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode, Aktenzeichen BK9-11/8193, kommt § 48 BremVwVfG in Betracht. Al-

ternativ könnte die Rücknahme des Beschlusses auch auf § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG gestützt werden. Die §§ 48 und 49 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG bleiben hiervon unberührt (§ 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Zwar sind die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlagen erfüllt. Indes lehnt die Beschlusskammer die Rücknahme im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens ab.

I. Rücknahme nach § 48 BremVwVfG

1. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur handelt in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Bremen gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Freien Hansestadt Bremen vom 18.03./03.04.2014 (Bekanntmachung: Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 78/2014 vom 28.07.2014, S. 343 ff.; in Kraft seit dem 29.07.2014).

2. Tatbestandsmäßigkeit

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind erfüllt; die Tatbestandsmerkmale des § 48 BremVwVfG liegen vor. Der Beschluss der Beschlusskammer 9 zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode vom 28.05.2014 (BK9-11/8193) ist ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt.

a) Begünstigender Verwaltungsakt

Bei einer Erlösobergrenzenfestlegung handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt. Das Anreizregulierungsverfahren ist an die Stelle des Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 23a EnWG getreten. Beide Systeme gehen von der gleichen Grundstruktur aus. Für die behördlichen Festsetzungsbescheide im Entgeltgenehmigungsverfahren ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass diese einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellen; dies gilt auch für Erlösobergrenzenfestlegungen im an die Stelle des alten Verfahrens getretenen Anreizregulierungsverfahren (OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.01.2012, Az. 202 EnWG 21/08, juris Rn. 95 f.).

b) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts aufgrund der Effizienzwertermittlung

Der von der Bundesnetzagentur in Wahrnehmung der Aufgaben für das Land Bremen gefasste Beschluss zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode ist rechtswidrig. Bei der Ermittlung des für die Höhe der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen relevanten Effizienzwertes handelte die Behörde fehlerhaft. Sie hat zur Ermittlung der Effizienzwerte eine zu nicht sachgerechten Ergebnissen führende Methode angewandt. Die Bundesnetzagentur hat für den Netzbetreiber aufgrund des Fehlers über die gesamte Regulierungsperiode um **geschwärzt** EUR zu geringe kalenderjährliche Erlösobergrenzen festgelegt. Bei Anwendung des richtigen Effizienzwertes hätten als Erlösobergrenzen für den Netzbetreiber festgelegt werden müssen:

- für das Jahr 2013: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2014: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2015: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2016: **geschwärzt** EUR,
- für das Jahr 2017: **geschwärzt** EUR.

Die bei der Ermittlung des Effizienzwertes verwendete Methode ist fehlerhaft. Sie ist mit den Vorgaben der ARegV nicht vereinbar. Das EnWG und die ARegV geben hinsichtlich der im Rahmen des Effizienzvergleichs anzuwendenden Methoden entscheidende Weichenstellungen vor. Dennoch verbleiben bei der Ausgestaltung des Effizienzvergleichs im Einzelnen Spielräume. Zur Ausfüllung der Vorgaben in §§ 12 ff. und Anlage 3 ARegV kommen grundsätzlich unterschiedliche wissenschaftliche Methoden in Betracht. Dabei hat es der Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde überlassen, konkrete Methoden auszuwählen. Ganz wesentlich für die Beurteilung, ob ein bestimmtes Vorgehen der Regulierungsbehörde rechtsfehlerhaft ist, ist die Frage, ob sich die Vorgehensweise an einem wissenschaftlich anerkannten Ansatz orientiert und aus wissenschaftlicher Sicht sachgerecht ist. Eine Methode kommt dann nicht in Betracht, wenn sie aus wissenschaftlicher Sicht unvertretbar ist oder eine andere Methode eindeutig als besser anzusehen wäre (so zur unterlassenen Korrektur der Heteroskedastizität der Aufwandparameter: BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, juris Rn. 37 ff.).

Grundvoraussetzung für eine Wahlmöglichkeit der Regulierungsbehörde ist daher, dass die in Betracht gezogenen Methoden den abstrakten Vorgaben der Verordnung entsprechen. Aufgrund der folgenden Aspekte hat die Beschlusskammer festgestellt, dass die zur Anwendung gelangte Methode nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist, da sie wissenschaftlich nicht vertretbar ist.

Die Grundannahme der zur Anwendung gelangten Methode ist, dass durch die Vorgaben der ARegV der Störterm in die Berechnung des Effizienzwertes einbezogen werden müsse. Damit wird jedoch bewusst in Kauf genommen, dass eine für die SFA notwendige Annahme über die Eigenschaften des Störterms zur Berechnung des Effizienzwertes verletzt wird. Ohne die Annahme, der Störterm sei im Erwartungswert Null, ist eine unverzerrte Schätzung aller durch die SFA zu bestimmenden Größen wie Koeffizienten, effiziente Kosten einzelner Unternehmen und deren ineffiziente Kosten nicht möglich. Folglich ist diese Annahme in allen Standardwerken zur SFA zu finden (siehe T. J. Coelli, D. S. Prasada Rao, C. J. O'Donnell und G. E. Battese, 2005, *An Introduction to Efficiency and Productivity Analysis*, S. 245; P. Bogetoft und L. Otto, 2011, *Benchmarking with DEA, SFA, and R*, S. 204; W. H. Greene 2003, *Econometric Analysis*, S. 502, S. C. Kumbhakar und C. A. Knox Lovell, 2000, *Stochastic Frontier Analysis*, S. 80). Bei einer Verletzung dieser Annahme würde auch die Konsistenz der Schätzung mittels SFA nicht gegeben sein und die SFA wäre eine für die Bestimmung der effizienten sowie ineffizienten Kosten und damit der Effizienzwerte nicht nutzbare Schätzmethode. Dies bedeutet, dass ohne diese Annahme alle bestimmten effizienten und ineffizienten Kosten verzerrt bestimmt wären. Folglich musste bei der Ermittlung der effizienten und ineffizienten Kosten diese Annahme getroffen werden, da sonst die SFA nicht nutzbar gewesen wäre. Dass in der Schätzung der SFA diese Annahme im ersten Schritt getroffen wurde, wird in der Stellungnahme von Frontier Economics (S. 1) durch den Term $v_i \sim NID(0, \sigma_v^2)$ verdeutlicht. Dieser Term bedeutet, dass der Störterm für jeden Netzbetreiber (daher der Index i) normal verteilt ist (NID) und der Erwartungswert dem Wert Null entspricht. Dies ist zu erkennen an dem ersten Wert in der Klammer. Diese Annahme wird aber im zweiten Schritt verletzt, wenn bei der Bestimmung des Effizienzwertes ein anderer Wert als Null für den Störterm eingesetzt wird. Es wird damit ein Effizienzwert gebildet, der in Summe Annahmen enthält, die sich gegenseitig ausschlie-

ßen müssen. Es wird dadurch ein Effizienzwert generiert, der nicht den notwendigen Annahmen der SFA entspricht.

Es ist denn auch keine wissenschaftliche Quelle ersichtlich, in der aus den durch die SFA geschätzten Werten ein Effizienzwert nach der zur Anwendung gelangten Methodik bestimmt wird. Demgegenüber ist der in der ersten Regulierungsperiode im Gasbereich sowie durchgehend im Strombereich verwendete und von der Beschlusskammer als sachgerecht angesehene Wert sowohl bereits in der theoretischen Herleitung einer zu schätzenden Größe (Battese, G. E. und Coelli T. J., 1988, Prediction of Firm-Level Technical Efficiencies with a generalized Frontier Production Function and Panel Data, Journal of Econometrics 38 (1988), 387-399) als auch aus durch die SFA geschätzten Parametern (Bogetoft, P. und Otto, L., 2011, Benchmarking with DEA, SFA, and R.) in der Literatur bekannt. Allein diese Tatsache lässt begründete Zweifel an der Richtigkeit des in der zweiten Regulierungsperiode im Gasbereich zur Anwendung gelangten Ansatzes entstehen. Die ARegV gibt in Anlage 3 vor, dass der Effizienzwert mittels SFA zu ermitteln ist. Zudem ist gemäß Anlage 3 von einem symmetrisch verteilten Störterm und einer positiv verteilten Restkomponente auszugehen. Damit gibt sie zwangsläufig auch vor, dass auch die für die Schätzung einer SFA notwendigen Annahmen getroffen und zugrunde gelegt werden müssen, ohne dabei eine folgende Anpassung der weiteren Berechnung des Effizienzwertes aus den Ergebnissen der SFA vorzuschreiben. Folglich dürfen diese Annahmen, die zur Bestimmung der einzelnen Bestandteile des Effizienzwertes durch die ARegV über die Nennung der SFA axiomatisch vorgegeben sind, bei der Berechnung von Effizienzwerten nicht verletzt werden.

Die verwendete Methode beruht des Weiteren auf einer Fehldeutung des § 15 Abs. 3 ARegV. Der Effizienzwert wurde durch Frontier Economics so bestimmt, dass die in § 15 Abs. 3 ARegV definierten Ineffizienzen den in der SFA ermittelten ineffizienten Kosten entsprechen. Hintergrund hierfür ist die Annahme des Gutachters, dass nur so die vermeintlich gemäß der ARegV notwendige Gleichheit der nach § 15 Abs. 3 ARegV ermittelten Ineffizienzen und der in der SFA geschätzten Ineffizienzen erfüllt sein könne. Beim Ansatz von SUMICSID wird dies nicht erfüllt. In der Folge wurde angenommen, dass der Effizienzwert nicht, wie durch die in der wissenschaftlichen Literatur genannten Methode geschätzt werden darf, sondern anhand einer eigenständig bestimmten Definition eines Effizienzwertes geschätzt werden muss. Ein Zu-

sammenhang zwischen den in der SFA geschätzten ineffizienten Kosten und den nach § 15 Abs. 3 ARegV berechneten Ineffizienzen ist jedoch nicht in der ARegV vorgegeben. Der Ansatz, nach dem die in der SFA geschätzten ineffizienten Kosten abgebaut werden müssen, wird vielmehr selbst durch den bei der Effizienzwertermittlung in der zweiten Regulierungsperiode im Gasbereich zur Anwendung gebrachten Ansatz sowohl in der SFA als auch in der DEA nicht gewährleistet und ist auch nicht in der ARegV angelegt. Sobald ein Unternehmen seinen Effizienzwert basierend auf denjenigen Kosten erhält, die gemäß § 14 Abs. 3 ARegV (standardisierte Kosten) ermittelt wurden, führt die Methodik des Gutachters bei der SFA zu Effizienzvorgaben, die die Prämisse des Gutachters, die ineffizienten Kosten der SFA müssten den Ineffizienzen nach § 15 Abs. 3 ARegV entsprechen, offensichtlich verletzen. Basierend auf standardisierten Kosten, ergibt sich in der SFA ein spezifischer Störterm, effiziente Kosten und ineffiziente Kosten, die nicht denjenigen auf Basis der genehmigten Kosten entsprechen. Wenn man also der Prämisse folgt, dass die geschätzten ineffizienten Kosten abgebaut werden müssen, ist dies nach den Vorgaben der ARegV schlicht nicht durchführbar, da Grundlage für den Abbau der Ineffizienzen stets die genehmigten Kosten sind. Bestimmen sich die abzubauenen Ineffizienzen nach der SFA mit standardisierten Kosten, basieren die so ermittelten ineffizienten Kosten eben nicht auf den genehmigten Kosten und die Prämisse kann nicht erfüllt werden. Im Übrigen wird mit der DEA neben der SFA noch eine weitere Methode angewendet. Da der anzusetzende Effizienzwert der beste Wert aus zwei Kostenansätzen und zwei Methoden darstellt, ist die Prämisse von Frontier Economics nicht haltbar.

Ein mit der ARegV konsistenter Ansatz ist hier nur gewährleistet, wenn durch die gewählte Methodik nicht die Prämisse getroffen wird, die in der SFA geschätzten ineffizienten Kosten seien mit den nach § 15 Abs. 3 ARegV ermittelten Ineffizienzen gleichzusetzen. Methodisch führt die ARegV nur zu konsistenten Ergebnissen, wenn die Ermittlung des Effizienzwertes strikt von der Berechnung der Ineffizienzen getrennt wird und die Ermittlung der Ineffizienzen erst dann stattfindet, wenn ein Effizienzwert bereits ermittelt wurde, wie es auch in § 15 Abs. 3 ARegV dem Wortlaut nach definiert ist.

Im Ergebnis stellt sich die verwendete Methode als unvertretbar dar. Mithin kann diese Methode nicht einmal in einen ergebnisoffenen Abwägungsvorgang eingestellt

werden. Bei entsprechender Tatsachenkenntnis hätte die Beschlusskammer diese Methode bereits im Ansatz verworfen, da eine fehlerhafte Methode einer Abwägung mit der sachgerechten Methode von vornherein nicht zugänglich ist.

An dieser Bewertung ändert sich auch nichts durch die von Netzbetreibern unter Verweis auf das Gutachten der Polynomics AG vorgebrachten Argumente. Diese Argumente verfangen nicht.

Zunächst beinhalten die von Polynomics genannten Quellen (G. E. Battese, 1992, *Frontier production functions and technical efficiency: a survey of empirical applications in agricultural economics*, *Agricultural Economics*, 185-208; T. J. Coelli, D. S. Prasada Rao, C. J. O'Donnell und G. E. Battese, 2005, *An Introduction to Efficiency and Productivity Analysis*; G. E. Battese und T. L. Coelli, 1995, *A Model for Technical Inefficiency Effects in a Stochastic Frontier Production Function for Panel Data*, *Empirical Economics*, 325-332) keine Ausführungen, wie aus einem, anhand einer SFA geschätzten additiven Modell ein Effizienzwert ermittelt werden kann. Die genannten Quellen beziehen sich ausschließlich auf multiplikative Modelle. Der wesentliche Unterschied zwischen additiven und multiplikativen Modellen liegt darin, dass in multiplikativen Modellen die Schätzergebnisse der SFA direkt als Effizienzwert, also in Prozent, ausgedrückt werden. Folglich kann eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie in einem zweiten Schritt ein Effizienzwert ermittelt werden müsste, nicht stattfinden, da in multiplikativen Modellen eine direkte Bestimmung des Effizienzwertes erfolgt und somit dieser zweite Schritt nicht vorhanden ist. Bei additiven Modellen hingegen werden nur in Euro gemessene Kosten geschätzt. Hier ist, im Gegensatz zu multiplikativen Modellen, ein weiterer Rechenschritt notwendig, bei dem die ermittelten Kosten zu in Prozent gemessenen Effizienzwerten umgerechnet werden müssen. Eine Abwägung, ob ein multiplikatives oder additives Modell geschätzt werden soll, fand im Abschlussbericht zum Effizienzvergleich der zweiten Regulierungsperiode statt (Anlage A.BM – Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, Juli 2013, S. 59, dort als „normiert-lineare Form“ bezeichnet). Zudem stellen die genannten Quellen ausschließlich theoretische Überlegungen dar, wie sich ein Effizienzwert unter produktionstheoretischen Funktionen, wie sie in der theoretischen Volkswirtschaft gängig sind, definieren kann. So wird von Polynomics auf Coelli, Prasada Roa, O'Donnell und Battese (2005), S. 244, Bezug genommen. In diesem Buch wird aber erst ab S. 245 die Schätzung u.a. der Ineffizi-

enzen anhand diverser Methoden diskutiert. S. 244 dient als reine Motivation, was bestimmt werden sollte, jedoch nicht *wie* die Bestimmung zu erfolgen hat. Auf S. 245 treffen die Autoren bereits zu Beginn der Herleitung von möglichen Schätzern die Annahme, der Erwartungswert des Störterms sei Null. Alle im Gutachten genannten Quellen beziehen sich zudem auch in ihrem ökonomischen Teil ausschließlich auf multiplikative Modelle. Der Effizienzwert wurde für die zweite Regulierungsperiode im Gasbereich indes anhand eines additiven Modells bestimmt. Für additive Modelle, die mittels der SFA geschätzt wurden, findet sich sowohl in der wissenschaftlichen Literatur als auch in statistischen Standardprogrammen der Ansatz von SUMICSID.

Des Weiteren ist die nicht begründete Aussage von Polynomics, der Ansatz von SUMICSID führe zu einer Ungleichbehandlung von Effizienzwerten aus der DEA und der SFA, inhaltlich nicht nachvollziehbar. Die DEA und die SFA sind bereits in der Ausgangssituation keine vergleichbaren Ansätze, so dass die Ermittlung der Effizienzwerte nicht vergleichbar ist. Kern der DEA ist die Annahme, dass es keinen stochastischen Kostenteil gibt. Durch die Anwendung der DEA und der SFA werden zwei Methoden genutzt, die sich bewusst in ihren Eigenschaften unterscheiden sollen. Folglich geht ein Vergleich beider Ansätze fehl. Die einzige Gemeinsamkeit sind die in die jeweiligen Methoden eingeflossenen Parameter. Da ein methodischer Vergleich nicht möglich ist, ist auch die Behandlung der Effizienzwerte nicht miteinander vergleichbar.

Soweit Polynomics davon ausgeht, die Annahme, der Erwartungswert des Störterms sei Null, beziehe sich nur auf Paneldatenmodelle, ist dies im Ansatz fehlerhaft. Denn diese Annahme gilt nicht nur für Paneldatenmodelle. Sie hat vielmehr axiomatischen Charakter und stellt die Basis für eine Vielzahl von Schätzmethoden sowohl bei Paneldaten als auch bei Querschnittsdaten dar, wie sie ausschließlich im Effizienzvergleich der Bundesnetzagentur zur Anwendung kamen. So verweist Polynomics selbst auf eine Quelle (T. J. Coelli, D. S. Prasada Rao, C. J. O'Donnell und G. E. Battese, 2005, *An Introduction to Efficiency and Productivity Analysis*), die explizit diese Annahme für Querschnittsdaten trifft (S. 245).

Das Gutachten von Polynomics bezieht sich des Weiteren nicht auf die für die Gültigkeit der Effizienzwertermittlung relevante Frage, ob die von Frontier Economics genutzte Methode zur Ermittlung eines Effizienzwertes aus mittels der SFA geschätzten Parametern bei additiven Modellen nutzbar ist. Stattdessen zitiert Polynomics

ausschließlich Quellpassagen, die sich auf die theoretische Herleitung von Effizienzwerten in multiplikativen Modellen beschränken. Die Beschlusskammer nutzt zur Herleitung indes additive Modelle. In multiplikativen Modellen führen sowohl der Ansatz von Frontier Economics als auch der Ansatz von SUMICSID zu identischen Ergebnissen, da der Effizienzwert direkt in der SFA ermittelt wird. In additiven Modellen werden jedoch ineffiziente Kosten durch die SFA ermittelt. In einem zweiten Schritt wird aus den ermittelten ineffizienten Kosten ein Effizienzwert berechnet, wobei sich die Ansätze von Frontier Economics und SUMICSID hier unterscheiden. In multiplikativen Modellen gibt es diesen zweiten Schritt nicht, weshalb es hier auch keine unterschiedlichen Ansätze und damit auch keine Diskussion über unterschiedliche Vorgehensweisen, wie sie Polynomics führt, geben kann.

Es fällt auf, dass Polynomics offensichtlich wissenschaftliche Quellen eigenständig so zusammengefügt hat, dass der von ihnen genannte Zusammenhang gedeutet werden kann. So nennt Polynomics als eine Quelle Battese und Coelli (1988) und verweist dabei auf die in die Stellungnahme kopierte Textpassage:

Abbildung 3 Bestimmung der Technischen Effizienz nach Battese/Coelli (1988)

We define the technical efficiency of a given firm as the ratio of its mean production (in original units), given its realized firm effect, to the corresponding mean production if the firm effect was zero. Thus, the technical efficiency of the i th firm, denoted by TE_i , is defined by

$$TE_i = \frac{E(Y_{it}^* | U_i, x_{it}, t = 1, 2, \dots)}{E(Y_{it}^* | U_i = 0, x_{it}, t = 1, 2, \dots)}, \quad (4)$$

If the frontier production function (1)–(2) is defined for the logarithm of production, then the production for the i th firm in the t th period is $\exp(Y_{it})$. The suggested measure of technical efficiency for the i th firm is thus

$$TE_i = \exp(-U_i). \quad (7)$$

This measure of technical efficiency is equivalent to the ratio of the production for the i th firm in any given period t , $\exp(Y_{it}) = \exp(x_{it}\beta + V_{it} - U_i)$, to the corresponding production value if the firm effect U_i was zero, $\exp(x_{it}\beta - V_{it})$.

Quelle: Stellungnahme Polynomics vom 16.09.2015, S. 6 (Unterstreichung durch Polynomics).

Die Ursprungsquelle enthält jedoch folgende Textpassage auf S. 389 f.:

S. 389:

We define the technical efficiency of a given firm as the ratio of its mean production (in *original units*), given its realized firm effect, to the corresponding mean production if the firm effect was zero. Thus, the technical efficiency of the i th firm, denoted by TE_i , is defined by

$$TE_i = \frac{E(Y_{it}^* | U_i, x_{it}, t = 1, 2, \dots)}{E(Y_{it}^* | U_i = 0, x_{it}, t = 1, 2, \dots)}, \quad (4)$$

where Y_{it}^* denotes the value of production (in original units) for the i th firm in the t th time period.

This measure necessarily has values between zero and one. If a firm's technical efficiency is 0.85, then it implies that the firm realizes, on average, 85 percent of the production possible for a fully efficient firm having comparable input values.

If the frontier production function (1)–(2) is defined directly in terms of the original units of production, then the technical efficiency of the i th firm is

$$TE_i = (\bar{x}_i \beta - U_i) (\bar{x}_i \beta)^{-1}, \quad (5)$$

where \bar{x}_i represents the mean of the input levels for the i th firm. The corresponding measure of (mean) technical efficiency of the firms in the industry, denoted by TE , is given by

$$TE = 1 - \left\{ \mu + \frac{\sigma \phi(-\mu/\sigma)}{1 - \Phi(-\mu/\sigma)} \right\} (\bar{x} \beta)^{-1}, \quad (6)$$

S. 390:

where $\phi(\cdot)$ represents the density function for the standard normal random variable and \bar{x} is the mean of the input levels for the firms in the industry.

If the frontier production function (1)–(2) is defined for the logarithm of production, then the production for the i th firm in the t th period is $\exp(Y_{it})$. The suggested measure of technical efficiency for the i th firm is thus

$$TE_i = \exp(-U_i). \quad (7)$$

This measure of technical efficiency is equivalent to the ratio of the production for the i th firm in any given period t , $\exp(Y_{it}) = \exp(x_{it} \beta + V_{it} - U_i)$, to the corresponding production value if the firm effect U_i was zero, $\exp(x_{it} \beta + V_{it})$.

Quelle: Battese und Coelli (1988)

Polynomics hat hier, ohne dies kenntlich zu machen, eine Passage aus der Ursprungsquelle entfernt. Auffällig ist hierbei, dass mit der Formel (5), die aus der Stellungnahme von Polynomics entfernt wurde, der Ansatz gemäß SUMICSID zur Ermittlung eines Effizienzwertes in additiven Modellen explizit genannt wird. Die von Polynomics genannten Ergebnisse dieser Studien widersprechen also nicht dem Ansatz von SUMICSID, sondern fundieren diesen. Die von Polynomics als „richtig“ angesehenen Ergebnisse sind lediglich das Resultat der eigenen Wiedergabe der Quelle.

Als weitere Quelle wird G. E. Battese, 1992, *Frontier production functions and technical efficiency: a survey of empirical applications in agricultural economics*, *Agricultural Economics*, 185-208, von Polynomics genannt. Dort wird, wie in den anderen genannten wissenschaftlichen Quellen, ein multiplikatives Modell beschrieben. Zudem stellt diese Fundstelle nur eine Zusammenfassung von bisherigen Ergebnissen dar, ohne dabei selbst neue Erkenntnisse zu enthalten. Außerdem werden, wie in den anderen von Polynomics zitierten Quellen, nicht die Schätzergebnisse der SFA zur Ermittlung des Effizienzwertes diskutiert, sondern die theoretische Modellierung. Gleichzeitig bezieht sich die Studie auf ein Programm von Coelli (T. J. Coelli, 1996, *A Guide to Frontier Version 4.1: A Computer Program for Stochastic Frontier Production and Cost Function Estimation*, CEPA Working Papers), das zur Ermittlung von Effizienzwerten genutzt werden kann; es kann heute noch im Statistikprogramm R implementiert werden und wird regelmäßig (zuletzt 2013) aktualisiert (<https://cran.r-project.org/web/packages/frontier/index.html>). Dieses Programm nutzt zur Bestimmung von Effizienzwerten in additiven Modellen die gleiche Vorgehensweise, wie sie durch SUMICSID genutzt wird. Da Coelli einerseits als Wissenschaftler genannt wird, der laut Polynomics den Ansatz von Frontier Economics als den „Standard“ definiert, gleichzeitig allerdings Mitautor des Programmes ist und darin diesen „Standard“ selbst nicht anwendet, ist hier von einer Fehlinterpretation seitens Polynomics auszugehen.

Die von Polynomics genannte Textpassage der Quelle (T. J. Coelli, D. S. Prasada Rao, C. J. O'Donnell und G. E. Battese, 2005, *An Introduction to Efficiency and Productivity Analysis*) enthält ebenfalls eine rein ökonomische Modellierung von Effizienzwerten anhand multiplikativer Produktionsfunktionen, ohne dabei auf die Diskussion und damit verbundene Aspekte einzugehen, wie diese ökonometrisch geschätzt werden können. Die von Polynomics zitierte Passage dient daher ausschließlich als Motivation, was bestimmt werden soll. Dieser Gedankenschritt benennt ausschließlich die Zielgrößen des gesamten Prozesses unter der Prämisse, dass sich aus diesem Schritt keine praktischen Erkenntnisse gewinnen lassen. Es wird folglich nur beschrieben, was bestimmt werden soll, jedoch nicht erörtert, wie es bestimmt werden soll. Dies erfolgt erst anhand des nächsten Schrittes.

Folglich ist diese Textpassage für die Bestimmung von Effizienzwerten nicht relevant. Im weiteren Buchverlauf wird jedoch im Rahmen der Diskussion, wie Effizienzwerte

empirisch geschätzt werden können – und allein diese Passagen sind für die Berechnung der Effizienzwerte relevant – die Annahme getroffen, der Erwartungswert des Störterms ist Null – selbst bei Querschnittsdaten. Darüber hinaus wird hier abermals ausschließlich die Schätzung von Effizienzwerten in multiplikativen, im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangten Modellen behandelt. Gleichwohl nutzen die Autoren dieses Buches zur Ermittlung von Effizienzwerten ebenfalls das Programm von Coelli, welches auch Effizienzwerte aus additiven Modellen bestimmen kann und dies ausschließlich nach der Methode SUMICSID tut.

c) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts aufgrund der sogenannten Mittelwertbildung

Der BGH hat entschieden, dass bei der Restwertermittlung von Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, als Jahresanfangsbestand die vollständigen Anschaffungs- und Herstellungskosten dieser Neuanlage anzusetzen sind (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 42/14). Damit ist die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode auch insoweit rechtswidrig. Bei Zugrundelegung dieser Restwertermittlung hätten die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers über die gesamte zweite Regulierungsperiode um weitere **geschwärzt** € höher festgelegt werden müssen, was einem Anteil an der insgesamt festzulegenden Erlösobergrenze von **geschwärzt** % entspricht.

3. Ermessen

a) Die Regulierungsbehörde trifft die Entscheidung über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach pflichtgemäßem Ermessen. Ihr im Rahmen des § 48 BremVwVfG eingeräumtes Ermessen hat die Beschlusskammer dahingehend ausgeübt, den rechtswidrigen, bestandskräftigen Beschluss zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode nicht zurückzunehmen. Bei ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer nach dem Zweck der Ermächtigung insbesondere das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit andererseits in ihre Ermessenserwägungen eingestellt und abgewogen. Dabei hat sie auch Aspekte des Vertrauensschutzes sowie die Konsequenzen einer etwaigen Rücknahme sowohl für Netzbetreiber als auch für die Netznutzer berück-

sichtigt, wobei der letztgenannte Aspekt, wie noch gezeigt wird, nicht ausschlaggebend ist.

Zweck der Ermächtigung des § 48 BremVwVfG ist, unter bestimmten Voraussetzungen die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Bestandskraft aus Gründen des im öffentlichen Interesse liegenden Prinzips der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns und der Wahrung von Rechten Betroffener und Dritter zu durchbrechen. Insofern sind bei einer Ausübung des der Bundesnetzagentur eingeräumten Ermessens das Prinzip der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz einerseits und das Prinzip der Rechtssicherheit andererseits gegeneinander abzuwägen. Dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns könnte vorliegend zur Durchsetzung verholpen werden, indem die rechtmäßigen Umstände hergestellt, mithin die bestandskräftige Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers aufgehoben und neue, materiell richtige Erlösobergrenzen festgelegt werden. Wollte man demgegenüber den Prinzipien der Rechtssicherheit und Bestandskraft zur Durchsetzung verholpen, könnte die bestehende Erlösobergrenzenfestlegung aufrechterhalten werden.

b) Im konkreten Fall ist zu beachten, dass die festgelegte kalenderjährliche Erlösobergrenze Bestandskraft erlangt hat. Insofern ist für die Rücknahmeentscheidung maßgeblich, ob es aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls erforderlich erscheint, von der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzes zugunsten der Bestandskraft unanfechtbarer Verwaltungsakte abzuweichen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 48 Rn. 28, 77, 79a).

Das generelle Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Bestandskraft und auch ein etwaiges Vertrauen der Netznutzer auf den Bestand der aus den festgelegten Erlösobergrenzen gebildeten Netzentgelte sind insoweit in die Abwägung einzustellen. Ein solches Bedürfnis ist auch im Rahmen des § 48 BremVwVfG relevant und die Bestandskraft als hohes verwaltungsrechtliches Gut grundsätzlich ein gewichtiges Argument gegen die Rücknahme eines Verwaltungsaktes. Anders als bei einer noch nicht bestandskräftigen Erlösobergrenzenfestlegung spricht hier die Bestandskraft gegen eine Rücknahmeentscheidung der Behörde. Eine Änderung der Erlösobergrenze ist aufgrund der Bestandskraft nicht ohne weiteres möglich. Auch Netznutzer müssen mit grundsätzlichen, über die gesetzlich vorgesehenen Anpassungsmöglich-

keiten hinausgehenden Änderungen der Erlösobergrenzen und einer Auswirkung auf die zu bildenden Netzentgelte aufgrund der Bestandskraft nicht rechnen.

c) Aus Sicht der Beschlusskammer überwiegt hier das Interesse an der Rechtssicherheit und Bestandskraft das öffentliche Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Umstände. Die wesentlich gegen eine Rücknahme sprechenden Prinzipien der Rechtssicherheit sowie der Bestandskraft hat die Beschlusskammer im konkreten Fall als vorrangig bewertet. Im konkreten Einzelfall überwiegen diese Aspekte aus Sicht der Beschlusskammer das Interesse des Netzbetreibers an der Festlegung von in jeder Hinsicht materiell rechtmäßiger Erlösobergrenzen. Der Aspekt des Vertrauens der Netznutzer stellt hingegen aufgrund der im Einzelfall nur geringen Auswirkungen (d. h. die Verteilung des Zuwachses der Erlösobergrenzen auf die Gesamtheit der Netznutzer) nur eine untergeordnete Rolle. Für die Ermessensentscheidung ist dieses Vertrauen der Netznutzer aus Sicht der Beschlusskammer hier im Ergebnis nicht ausschlaggebend.

Zwar dienen rechtmäßig bestimmte Erlösobergrenzen – den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecken entsprechend – einer sicheren, preisgünstigen und effizienten leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas. Die Netzregulierung dient gem. § 1 Abs. 2 EnWG daneben den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Gas sowie der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen zuverlässigen Netzbetriebs. Schließlich sind gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung u.a. von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung zu bilden. Diese Ziele erachtet die Beschlusskammer zwar als wichtig. Sie dienen der Allgemeinheit und sind für diese von hoher Bedeutung. Nur mit rechtmäßigen Erlösobergrenzen können die genannten Ziele optimal erreicht werden. Soweit die Erlösobergrenzen eines Netzbetreibers wegen des fehlerhaft ermittelten Effizienzwertes sachwidrig zu gering festgelegt wurden, ist äußerstensfalls ein kostendeckender Netzbetrieb oder zumindest die angemessene Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals unter Umständen, also bei einer gravierenden Abweichung, nicht komplett gewährleistet. Diese beiden Aspekte sind aber Anreiz für einen leistungsfähigen und zuverlässigen Netzbetrieb und damit für eine sichere Versorgung der Allgemeinheit mit Energie von Bedeutung. Insbesondere

den vorgenannten Zielen einer preisgünstigen, sicheren und effizienten Versorgung der Allgemeinheit mit Gas entsprechend sind rechtmäßige Erlösobergrenzen nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG auch ausdrücklich so zu bilden, dass für einen Netzbetreiber Anreize für eine effiziente Leistungserbringung entstehen und er eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erhalten kann. Diese Vorgabe des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG soll indes nicht übererfüllt werden. Nicht umsonst muss die Verzinsung des eingesetzten Kapitals „angemessen“ sein. Grundsätzlich bringt eine rechtmäßige, materiell richtige Erlösobergrenzenfestlegung die verschiedenen, aber gleichermaßen bedeutsamen Zielvorgaben des EnWG in der bestmöglichen Art und Weise in Einklang.

Es kann aber nicht isoliert auf die in § 1 Abs. 1 und 2 EnWG sowie § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG genannten Aspekte abgestellt werden. Auch der Umstand, dass einmal festgelegte und bestandskräftige Erlösobergrenzen grundsätzlich für eine Regulierungsperiode Bestand haben und durch die Regulierungsbehörde im Falle der erkannten Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres aufgehoben und ggf. zu Lasten des Netzbetreibers neu beschieden werden (wobei dieser Aspekt einem generellen Vertrauensschutz der Netzbetreiber in bestandskräftige Erlösobergrenzen entspricht – aus Gleichbehandlungsgründen spräche viel für eine Aufhebung von bestandskräftigen Festlegungen von Erlösobergrenzen auch zu Lasten von Netzbetreibern), ist für eine sichere, preisgünstige und effiziente leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas und insbesondere für die Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen zuverlässigen Netzbetriebs dienlich. Müsste ein der Anreizregulierung unterliegender Netzbetreiber stets damit rechnen, dass seine einmal festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen trotz der Bestandskraft aufgehoben und neu festgelegt werden, wäre eine langfristige Planung des Netzbetriebs aufgrund der damit einhergehenden finanziellen Unsicherheiten erheblich erschwert. Zudem ergibt sich für die Beschlusskammer nicht per se, dass durch den fehlerhaften Effizienzwert die sichere, preisgünstige und effiziente leitungsgebundene Versorgung mit Erdgas nicht oder in erheblich suboptimaler Weise gewährleistet werde. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch die fehlerhaften Effizienzvorgaben von **geschwärzt** % die notwendigen Anreize zur effizienten Betriebsführung gewährleisten.

Den Umstand, dass im konkreten Fall der Netzbetreiber selbst eine Rücknahme begehrt, hat die Beschlusskammer in Ihre Abwägungen eingestellt. Damit sprechen in

spezieller Hinsicht diese Interessen des Netzbetreibers für eine Rücknahme. Aber auch im vorliegenden Fall ist die Bestandskraft als solche, also als abstraktes Rechtsgut, in die Abwägung im Einzelfall einzustellen. Andernfalls wäre die Beschlusskammer gehalten, bestandskräftige Erlösobergrenzen stets zu Gunsten von Netzbetreibern und zu Lasten von Netznutzern zurückzunehmen. Einem Ausgleich der Zielvorgaben des EnWG würde es aber nur entsprechen, wenn (bestandskräftige) Erlösobergrenzenfestlegungen auch zu Gunsten von Netznutzer und zu Lasten von Netzbetreibern zurückgenommen werden würden. Ein einseitiges Vorgehen wäre mit den Zielvorgaben des EnWG hingegen nicht vereinbar; vielmehr ist ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen durchzuführen. Diesem wird von der Beschlusskammer insofern genüge getan, indem nicht bestandskräftige Festlegungen von Erlösobergrenzen zurückgenommen werden, wenn sie von dem Fehler bei der Effizienzwertberechnung betroffen sind – unabhängig davon, wie sich der Fehler monetär auswirkt.

Aus Sicht der Beschlusskammer kann nicht ohne weiteres für den Fall, dass sich die bestandskräftig festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen als zu niedrig erwiesen haben, eine Aufhebung und Neubescheidung erfolgen, um dem Ziel einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung näher zu kommen. Ein solches einseitig auf die Interessen des Netzbetreibers ausgerichtetes Vorgehen würde die Interessen der Netznutzer an einmal festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen außen vor lassen. Das Interesse der Netzkunden, also der Gashändler, an einer preisgünstigen Energieversorgung drückt sich nicht nur in Form von absolut günstigen Netzentgelten aus. Es ist auch relevant, dass im Hinblick auf durch eine Regulierungsbehörde für eine Regulierungsperiode festgelegte und bestandskräftige Erlösobergrenzen des jeweiligen Netzbetreibers die Entwicklung der Netzentgelte tendenziell absehbar ist und damit auch für Netznutzer Planungssicherheit gewährleistet wird. Dies gilt mittelbar auch für die gasnutzenden Letztverbraucher, also die Haushalte, Gewerbe und Industriekunden. Da es in den Netzentgelten aufgrund der Anpassungsmöglichkeiten ohnehin zu Schwankungen kommt, misst die Beschlusskammer diesem Aspekt aber nur ein geringes Gewicht bei. Nichtsdestotrotz ist dieser Umstand in die Abwägung zumindest einzustellen, da gemäß § 1 Abs. 1 und 2 EnWG auch die Interessen der Netznutzer relevant sind und nicht völlig außer Acht gelassen werden können.

Im Falle des hier adressierten Netzbetreibers hat die Beschlusskammer wegen des Fehlers bei der Ermittlung des Effizienzwertes fehlerhaft zu geringe Erlösobergrenzen festgelegt. Dadurch kann der Netzbetreiber entgegen den Vorgaben der einschlägigen Vorschriften in der gesamten Regulierungsperiode einen Betrag in Höhe von **geschwärzt** EUR nicht vereinnahmen. Daneben führt der zu niedrige Effizienzwert in der rechtswidrigen Erlösobergrenzenfestlegung dazu, dass das Erfüllen einer weiteren, ebenfalls an den Zwecken des § 1 Abs. 1 und 2 EnWG orientierten Vorgabe ggf. erschwert wird. Für die der Ermittlung des Effizienzwertes nachfolgenden Effizienzvorgaben gilt nach § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG, dass diese so gestaltet und über die Regulierungsperiode verteilt sein müssen, dass der jeweilige Netzbetreiber die Vorgaben unter Nutzung der ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichen und übertreffen kann. Dies wird erschwert, wenn dem Netzbetreiber wegen des fehlerhaft ermittelten Effizienzwertes fehlerhafte Effizienzvorgaben gemacht werden. Durch den zu geringen Effizienzwert wird dem Netzbetreiber abverlangt, mehr und ggf. tatsächlich gar nicht vorhandene Ineffizienzen abzubauen. Eine – die Erreichung der wichtigen Zielvorgaben des EnWG bezweckende – angemessene Eigenkapitalverzinsung ist so im Ergebnis nicht vollumfänglich gewährleistet. Dies wäre nur bei der Festlegung materiell richtiger Erlösobergrenzen der Fall.

Aus Sicht der Beschlusskammer kommt diesem Aspekt aufgrund der Abweichung beim Effizienzwert um nur **geschwärzt** % jedoch nur ein geringes Gewicht zu. Dafür spricht nicht nur die prozentual geringe Abweichung, sondern auch der absolut eher als gering einzuschätzende Betrag von jährlich im Schnitt **geschwärzt** EUR an zu gering festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen. Zweck des Effizienzvergleichs ist nicht eine in jeder Hinsicht exakte Bestimmung der Ineffizienzen des Netzbetreibers, sondern eine Annäherung an die beim Unternehmen bestehenden Ineffizienzen, wie die best-of-four Abrechnung nach § 12 Abs. 3 ARegV zeigt. So erhielt der Netzbetreiber aus der DEA mit nicht standardisierten Aufwandsparemtern einen Effizienzwert von lediglich **geschwärzt** %, so dass sich eine Streuung der Ergebnisse von **geschwärzt** Prozentpunkten ergibt. Bei der hier erfolgten nur geringfügigen Abweichung ist eine angemessene Eigenkapitalverzinsung nach wie vor gewährleistet. Dies zeigt sich auch bei der Betrachtung der jährlichen absoluten Abweichung. Diese beträgt für das Jahr 2013 gerade einmal **geschwärzt** EUR und erhöht sich (aufgrund des Abbaupfades) bis ins Jahr 2017 auf **geschwärzt** EUR. Angesichts dieser

Beträge, die einen Anteil an den über die gesamte Regulierungsperiode richtigerweise festzulegenden Erlösbergrenzen von nur geschwärzt % betragen, ist es aus Sicht der Beschlusskammer nicht erforderlich, die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Bestandskraft zu Gunsten des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu verletzen. Der Netzbetreiber hat auch nicht näher dargelegt, dass in seinem konkreten Einzelfall eine angemessene Eigenkapitalverzinsung nicht gewährleistet wäre.

Von den aus den zu geringen Erlösbergrenzen generierten insgesamt zu geringen Netzentgelten werden über die zweite Regulierungsperiode Netzkunden profitieren. Dies ist einerseits im Sinne einer preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit mit Energie. Die Beschlusskammer erachtet diesen Punkt aber nicht als ausschlaggebend für die Abwägungsentscheidung, da eine preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit mit Energie nach § 1 Abs. 1 EnWG prinzipiell nicht auf rechtswidrig festgelegte Erlösbergrenzen gestützt werden kann.

Für einen Vorrang des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit die Aufhebung der rechtswidrigen Erlösbergrenzenfestlegung kann aufgeführt werden, dass nur so das möglicherweise erschütterte Vertrauen in Festlegungen von Erlösbergrenzen durch die Bundesnetzagentur wieder hergestellt werden kann. Nicht nur sollen sich Netzbetreiber wie auch Netzkunden grundsätzlich auf eine generelle Methodenrichtigkeit bei der Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur verlassen können. Das EnWG stellt an die von der Behörde verwendeten Methoden auch diverse Anforderungen, die es zu erfüllen gilt. Auch insoweit sollen sich Netzbetreiber und Netzkunden darauf verlassen können, dass die Behörde sich an die gesetzlichen Vorgaben hält und im Falle eines entdeckten Fehlers, soweit möglich, rechtmäßige Zustände wiederherstellt. Schließlich dient eine Wiederherstellung dieser Zustände auch der Konsistenz im Hinblick auf zukünftige behördliche Regulierungsentscheidungen. Allerdings ist diesem Umstand bereits dadurch Genüge getan, indem nicht bestandskräftige und von dem Fehler betroffene Festlegungen von Erlösbergrenzen durch die Beschlusskammer von Amts wegen zu Lasten und zu Gunsten der betroffenen Netzbetreiber aufgehoben werden. Dadurch und durch die Anerkennung der Rechtswidrigkeit stellt die Beschlusskammer klar, dass erkannte Methodenfehler offen und transparent behandelt und im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten korrigiert werden. Eine flächendeckende Aufhebung von bestandskräftigen Festlegungen von Erlösbergrenzen hingegen würde das Vertrauen in den Bestand einmal festge-

legten Erlösobergrenzen maßgeblich erschüttern und erweist sich aus Sicht der Beschlusskammer als nicht dem regulatorischen Rahmen dienlich.

Die Beschlusskammer hat in Ihre Abwägung ebenso eingestellt, dass die Festlegung aufgrund der fehlerhaften Restwertermittlung von Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, rechtswidrig ist. Diesem Umstand kommt auch Sicht der Beschlusskammer jedoch ein nur geringes Gewicht zu, schließlich war es dem betroffenen Netzbetreiber unbenommen, die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen unter diesem Aspekt mit einer Beschwerde anzugreifen, so wie es eine Vielzahl von betroffenen Netzbetreibern gemacht haben. Bei der Abwägung nach § 48 BremVwVfG ist einzustellen, aufgrund welcher Umstände der Verwaltungsakt nicht gerichtlich angegriffen wurde und bestandskräftig geworden ist. Beruht dies auf einem klaren Verzicht des Betroffenen, der objektiv und subjektiv die Möglichkeit hatte, diesen Punkt gerichtlich klären zu lassen, führt dies in der Abwägung zu einer entsprechend höheren Gewichtung der Bestandskraft. Zudem beträgt die Abweichung der insgesamt festgelegten Erlösobergrenzen (bei zusätzlicher Betrachtung dieses Aspektes) lediglich weitere geschwärzt %. Die geringe Abweichung spricht aus Sicht der Beschlusskammer nicht dafür, dass eine Rücknahme geboten wäre.

Im vorliegenden Fall ist nicht von einer Reduktion des Ermessens auf Null auszugehen. Bei der Ausübung des Rücknahmeermessens kommt dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit prinzipiell kein größeres Gewicht zu als dem Grundsatz der Rechtssicherheit. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet es vielmehr, nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens bzw. bei Bestandskraft einen Anspruch auf Wiederaufgreifen nur zu gewähren, wenn die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes schlechthin unerträglich wäre. Das Festhalten an einem rechtswidrigen Verwaltungsakt stellt sich nach der Rechtsprechung dann als schlechthin unerträglich dar, wenn die Behörde gegen den allgemeinen Gleichheitssatz dadurch verstößt, dass sie in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen von ihrer Rücknahmebefugnis Gebrauch macht, sich die Berufung auf die Unanfechtbarkeit als Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben darstellt oder der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 11/14 (V) –, juris Rn. 39).

Die bestandskräftige Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen ist nicht evident rechtswidrig. Sowohl vor als auch nach Erkenntnis der abweichenden Me-

thodik kann nicht von evidenter Rechtswidrigkeit ausgegangen werden. Evident rechtswidrig ist eine Regulierungsentscheidung nicht nur, wenn sie eindeutig in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung steht, sondern auch, wenn sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vernünftige Zweifel an dieser Bewertung ergeben, so etwa wenn sich die Rechtswidrigkeit schon aus der einfachen Rechtsanwendung einer eindeutigen Vorschrift oder bei Subsumtion unter unmissverständliche Tatbestandsmerkmale ergibt. (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 11/14 (V) –, juris Rn. 43). Die entscheidenden Fragen sind in rechtlicher und ökonomischer Hinsicht – wie die Ausführungen unter 2. b) zeigen – von hoher Komplexität und nicht durch schlichte Anwendung der einschlägigen Vorschriften zu beantworten.

Eine das Rücknahmeermessen beschränkende Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt ebenso nicht vor. Dies ist nur der Fall, wenn die Behörde in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen von ihrer Rücknahmebefugnis Gebrauch macht, in anderen Fällen davon aber ohne rechtfertigenden Grund absieht. Zwar erfolgt durch die Beschlusskammer eine nicht gleich gelagerte Behandlung von bestandskräftigen und nicht bestandskräftigen Festlegungen von Erlösobergrenzen. Im Hinblick auf die Bestandskraft der vorliegenden Festlegung ist diese Vorgehensweise jedoch gerechtfertigt.

Die Bestandskraft dient ebenso wie die Rechtskraft der Rechtssicherheit. Dabei handelt es sich um ein dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit grundsätzlich gleichberechtigtes Prinzip. Die Bestandskraft steht einer erneuten gerichtlichen Überprüfung entgegen und hat zur Folge, dass die Behörde nur in den geschilderten engen Grenzen zu einer Aufhebung des Verwaltungsaktes gezwungen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 11/14 (V) –, juris Rn. 46).

Die Berufung auf die Bestandskraft stellt sich auch nicht als Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben dar. Die bestandskräftige Festlegung führt nicht für den Netzbetreiber zu wirtschaftlich unzumutbaren Verhältnissen. Vielmehr hat er in der laufenden Regulierungsperiode mit der Maßgabe der festgelegten Erlösobergrenzen gewirtschaftet und in seinem Antrag nicht dargelegt, dass die bestehende Festlegung bzw. ein Festhalten daran unzumutbare Folgen hätte.

Auch in seiner Stellungnahme vom 18.03.2016 hat der Netzbetreiber nicht dargelegt, dass die Abweichung wirtschaftlich unzumutbar wäre. Die pauschale Behauptung, dass die Abweichung als erheblich anzusehen sei, genügt hierzu nicht.

Eine Ermessensreduktion kommt auch dann in Betracht, wenn die Behörde selbst in vorwerfbarer Weise dazu beigetragen hat, dass der Betroffene den Verwaltungsakt hat unanfechtbar werden lassen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 48 Rn. 79a). Zwar lässt sich argumentieren, dass durch die Ausgestaltung des Verfahrens zum Effizienzvergleich und der damit verbundenen, von der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Beschluss vom 21.01.2014 – EnVR 12/12 – juris Rn. 72 ff.) bestätigten Nichtoffenlegung sämtlicher Aspekte des Effizienzvergleichs die betroffenen Netzbetreiber gehindert waren, den zur Rechtswidrigkeit der Festlegungen von Erlösobergrenzen führenden Aspekt der Methodenwahl bei der Effizienzwertermittlung gerichtlich überprüfen zu lassen. Hierzu hat die Regulierungsbehörde aber nicht in vorwerfbarer Weise beigetragen. Durch die Beauftragung eines externen Gutachters hat die Bundesnetzagentur nicht das Verfahren des Effizienzvergleichs aus der Hand gegeben, sondern war durchgehend die Herrin des Verfahrens. Dass der Gutachter bei der Methodenwahl – ohne dies mit seinem Auftraggeber abzusprechen – eine Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis vornehmen würde, war für die Behörde in keiner Weise vorhersehbar oder erkennbar, sondern vielmehr ein völlig atypischer Vorgang. Der Gutachter hat erklärt, die Erkenntnisse aus vorherigen Regulierungsperioden zu übernehmen (Anlage A.BM – Effizienzvergleich für Verteilernetzbetreiber Gas, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, Juli 2013, S. 5). Es gab damit keinen Anlass, an der Berechnungsmethodik der Effizienzwerte aus der SFA zu zweifeln. Etwaige Abweichung bei der Methodik hätte der Gutachter mit der Bundesnetzagentur als Auftraggeber absprechen müssen. Dass der Gutachter dies unterlassen hat, stellt kein vorwerfbares Verhalten seitens der Behörde dar.

Nach alledem stellt sich das Festhalten an der bestandskräftigen Festlegung nicht als schlechthin unerträglich dar und es ist nicht von einer Ermessensreduktion auszugehen.

d) Der Entscheidung, den rechtswidrigen Beschluss zur Festlegung der Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode nicht zurückzunehmen, steht auch nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen; dieser ist gewahrt. Die Ablehnung der Rücknahme dient der Erreichung eines legitimen

Zwecks, nämlich der Wahrung der Rechtssicherheit durch die Aufrechterhaltung der bestandskräftigen Festlegung kalenderjährlicher Erlösobergrenzen.

Zur Erreichung dieses Zwecks ist die Ablehnung der Rücknahme der in der Vergangenheit beschlossenen Festlegung auch geeignet und erforderlich. Ein gleich geeignetes, milderes Mittel ist nicht ersichtlich.

Die Ablehnung ist schließlich auch angemessen. Durch die Ablehnung der Rücknahme ist gewährleistet, dass die bestandskräftige Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen bestehen bleibt und dadurch dem Grundsatz der Rechtssicherheit zur Geltung verholfen wird. Hingegen stehen sachlich richtige Erlösobergrenzen, mit denen die im EnWG normierten und für die Allgemeinheit wichtigen Ziele der Netz- und Netzentgeltregulierung verwirklicht werden können, im Einzelfall hinter dem Grundsatz der Rechtssicherheit zurück. Nur bei einem Verweis auf die Bestandskraft kann im vorliegenden Fall der Grundsatz der Rechtssicherheit zur Geltung kommen. Vor diesem Hintergrund ist die Ablehnung gerechtfertigt. Nach dem bereits Erörterten stehen Aspekte wie das Interesse des Netzbetreibers in rechtmäßig festgelegte Erlösobergrenzen oder andere durchgreifende Argumente dem nicht entgegen. Der Zweck der Ablehnung einer Rücknahme und rechtmäßigen Neufestlegung steht nicht außer Verhältnis zur Belastung des Netzbetreibers. Dem Netzbetreiber werden bei Ablehnung der Rücknahme und einer unterbliebenen Neufestlegung mit im Hinblick auf die Effizienzvorgaben geringeren Erlösobergrenzen auch keine Vorgaben gemacht, die mit den Vorgaben des § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG derart in Widerspruch stehen, dass sich die Ablehnung als nicht angemessen erweist. Die fehlerhaft zu geringe Festlegung des Effizienzwertes beträgt lediglich geschwärzt %, so dass dem Netzbetreiber keine schlechthin unzumutbaren Vorgaben gemacht werden. Aufgrund der nur geringen Abweichung der insgesamt festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen von im Schnitt jährlich geschwärzt EUR bzw. geschwärzt %, die aufgrund des Verteilungsfaktors nach § 16 Abs. 1 ARegV und des damit einhergehenden Abbaupfads geringer ausfallen als die Abweichung beim Effizienzwert selbst, erachtet die Beschlusskammer, dass die Aspekte der Rechtssicherheit und der Bestandskraft in diesem Fall höher zu gewichten sind.

Aufgrund der vorwerfbaren, unterlassenen gerichtlichen Geltendmachung der Methode zur Restwertermittlung von Neuanlagen, die im Basisjahr aktiviert wurden, er-

weist sich die Ablehnung der Rücknahme auch unter diesem Gesichtspunkt als rechtmäßig.

II. Rücknahme nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG

Alternativ könnte die Rücknahme des Beschlusses auch auf § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG gestützt werden, der neben den §§ 48 und 49 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG anwendbar ist, § 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

1. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur handelt in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Bremen gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Freien Hansestadt Bremen vom 18.03./03.04.2014 (Bekanntmachung: Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 78/2014 vom 28.07.2014, S. 343 ff.; in Kraft seit dem 29.07.2014).

2. Tatbestandsmäßigkeit

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind erfüllt; die Tatbestandsmerkmale des § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG liegen vor.

Gemäß § 29 Abs. 1 EnWG trifft die Regulierungsbehörde Entscheidungen in den im EnWG genannten Fällen und über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 17 Abs. 3, § 21a Abs. 6, § 21b Abs. 4 und § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen u.a. durch Festlegung gegenüber einem Netzbetreiber oder durch Genehmigung gegenüber dem Antragsteller. Zu den Festlegungen und Genehmigungen in diesem Sinne gehören auch die Festlegung von Erlösobergrenzen nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 5 und 10 ARegV. Für den Fall, dass die Regulierungsbehörde neue Erkenntnisse über die Möglichkeiten eines effizienten Netzbetriebs erlangt, ist eine Anpassung der genehmigten Entgelte nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG möglich (Britz/Herzmann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 20). Das Anreizregulierungsverfahren ist an die Stelle des Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 23a EnWG getreten. Beide Systeme gehen von der gleichen Grundstruktur aus.

Zudem folgt zumindest im vorliegenden Fall aus dem Verweis auf § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG eine Anwendbarkeit des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auf die Rücknahme der Festlegung von kalenderjährlichen Erlösobergrenzen. Die Festlegung der Obergrenzen füllen die Methodenvorgaben der Anreizregulierung aus. Als Methode in diesem Sinne kann ein effizienzbewertendes Benchmarkingkonzept in der Verordnung gemäß § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG bestimmt werden. Im Zuge der individuellen Festlegung von Effizienzwerten kann von einer Durchführung der Methoden gesprochen werden, womit § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG zur Anwendung kommt. (vgl. Schmidt-Preuß, in: Säcker, Energierecht Band 1, 3. Aufl. 2014, § 29 EnWG Rn. 42). Damit umfasst der Verweis in § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auf § 29 Abs. 1 EnWG auch den vorliegenden Fall der Festlegung von kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers, zumindest soweit die in § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG genannten Bedingungen und Methoden – hier die Methode zur Ermittlung der Effizienzwerte – geändert werden sollen.

Zur Änderung einer Festlegung von Erlösobergrenzen nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 5 und 10 ARegV ist die Regulierungsbehörde unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 EnWG befugt. Nachträgliche Änderungen der Bedingungen oder Methoden sind nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG zulässig, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen, wobei hiermit die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Entscheidung gemeint sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 36).

Eine Änderung ist demnach möglich, wenn die Entscheidung ohne der Änderung die Genehmigungsvoraussetzungen heute nicht mehr erfüllen würde. Dies kann in drei verschiedenen Konstellationen der Fall sein. Neben Änderungen der Sach- oder Rechtslage kann sich auch die Einschätzung der Regulierungsbehörde geändert haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 37).

Vorliegend kam es insofern zu einer Änderung der Einschätzung der Regulierungsbehörde, als nachträglich erkannt wurde, dass die der Festlegung von Erlösobergrenzen zu Grunde liegende Ermittlung des Effizienzwerts unbewusst nicht mit sachgerechten und wissenschaftlich vertretbaren Methoden durchgeführt wurde. Wenn die Norm der Regulierungsbehörde erlaubt, die auf Basis der bisherigen Genehmigungspraxis erteilten Genehmigungen zu überprüfen und an die geänderten

Bedingungen und Methoden anzupassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 37), so gilt dies erst Recht für den Fall, dass sich die bisherige Genehmigungspraxis als von Anfang an sachwidrig herausstellt. Dies ergibt sich auch aus dem Normzweck des § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG, der Regulierungsbehörde eine ausreichende Flexibilität einzuräumen, um die Bedingungen und Methoden an veränderte Umstände anzupassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 37). Entsprechend dieses Normzweckes ist der Anwendungsbereich auch dann eröffnet, wenn die veränderten Umstände darin liegen, dass eine (unbewusst) angewandte Methode sich als nicht sachgerecht erweist.

§ 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG statuiert im Zusammenhang mit §§ 48, 49 VwVfG keine zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 41, 45).

§ 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG ist unabhängig davon anwendbar, ob es sich um eine anfänglich rechtmäßige oder anfänglich rechtswidrige Entscheidung der Regulierungsbehörde handelt. Eine Einschränkung auf anfänglich rechtmäßige Festlegungen unter Verweis auf den Wortlaut, dass die Bedingungen und Methoden „weiterhin“ den gesetzlichen Voraussetzungen genügen müssten (Schmidt-Preuß, in: Säcker, Energierecht Band 1, 3. Aufl. 2014, § 29 EnWG Rn. 71), überzeugt nicht. Dies würde durch die Privilegierung solcher Entscheidungen, die von Beginn an rechtswidrig waren, zu Wertungswidersprüchen führen. Anfänglich rechtswidrige Entscheidungen könnten nur nach § 48 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG zurückgenommen werden und hätten damit einen stärkeren Bestand als anfänglich rechtmäßige Entscheidungen (Britz/Herzmann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 21).

3. Ermessen

Die Regulierungsbehörde trifft die Entscheidung über die Änderung bzw. die Aufhebung von Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG nach pflichtgemäßem Ermessen. Ihr im Rahmen des durch § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG eingeräumtes Ermessen hat die Beschlusskammer dahingehend ausgeübt, den rechtswidrigen Beschluss zur Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des Netzbetreibers für die zweite Regulierungsperiode nicht aufzuheben.

Auch im Rahmen des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ergibt sich keine Ermessensreduktion auf Null. Mit der Änderungsbefugnis des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG hat der Gesetzgeber dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit keineswegs unbedingten Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit einräumen wollen. Die Änderung steht im Ermessen der Regulierungsbehörde und soll die Umsetzung neuer Erkenntnisse unabhängig von den strengeren Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG ermöglichen. Eine Verpflichtung der Regulierungsbehörden, bestandskräftige Festlegungen permanent einer erneuten Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen, ergibt sich daraus nicht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2015 – VI-3 Kart 11/14 (V), 3 Kart 11/14 (V) –, juris Rn. 50). Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur Ermessensreduktion unter I. 3. c) verwiesen.

Bei ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer nach dem Zweck der Ermächtigung insbesondere das von ihr verfolgte Ziel der Angemessenheit und Diskriminierungsfreiheit von Bedingungen und Methoden (BT-Drucks. 15/3917, S. 62) sowie das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Beachtung des Grundsatzes der Bestandskraft andererseits in ihre Ermessenserwägungen eingestellt und abgewogen. Dabei hat sie auch Aspekte des Vertrauensschutzes sowie die Konsequenzen einer Rücknahme sowohl für Netzbetreiber als auch für die Netznutzer berücksichtigt.

Zweck des § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG ist, unter im Vergleich zu §§ 48, 49 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG vereinfachten Voraussetzungen, die Effektivität der Regulierung zu gewährleisten. Durch die vereinfachte Möglichkeit zur Änderung und Aufhebung von Festlegung soll sichergestellt werden, dass Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG an die geänderte Sach- und Rechtslage bzw. anhand neuer Erkenntnisse bei der Regulierungsbehörde angepasst werden können. So können die Ziele des EnWG nach § 1 Abs. 1 und 2 EnWG durch eine möglichst effektive Regulierung bestmöglich erreicht werden. Zur Wahrung der Rechte der Betroffenen sind dabei prinzipiell keine Vertrauensaspekte einzustellen, wie dies bei § 48 Abs. 1 VwVfG bzw. § 48 BremVwVfG der Fall ist. Allerdings ist, ausgehend von allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen, ein gewisses Maß an Vertrauensschutz in ergangene Festlegungen maßgeblich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2015, VI-3 Kart 96/13 [V], juris Rn. 56 f.).

Vorliegend hat der Grundsatz der Rechtssicherheit ein hohes Gewicht, da die Festlegung bestandskräftig geworden ist. Insoweit wird auf die Ausführungen unter I.3.b) und c) verwiesen.

Aus Sicht der Beschlusskammer überwiegt auch bei § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG der gegen eine Aufhebung streitende Aspekt der Rechtssicherheit und der Bestandskraft. Zwar dient die Regulierung der Erreichung der in § 1 Abs. 1 und 2 EnWG sowie § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG genannten Ziele. Angemessene und diskriminierungsfreie Bedingungen und Methoden gewährleisten eine sichere, preisgünstige und effiziente leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas. Im vorliegenden Fall erachtet die Beschlusskammer allerdings aufgrund der Bestandskraft und des Vertrauens in den Bestand der Festlegung den Grundsatz der Rechtssicherheit als überwiegend. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen unter I.3.c) und d) verwiesen. Ein milderer Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist nicht ersichtlich.

Die Ablehnung der Aufhebung nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG erweist sich auch als angemessen. Aus Sicht der Beschlusskammer überwiegt das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit den Grundsatz einer effektiven Regulierung. Auf die im Rahmen des § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG ebenso geltenden Erwägungen unter I.3.d) wird insoweit verwiesen.

III. Kostenentscheidung

Hinsichtlich der Kosten nach § 91 EnWG ergeht ein gesonderter Bescheid.

RECHTSBEHELFSBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen (Hausanschrift: Am Wall 198, 28195 Bremen) eingeht. Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs.1 EnWG).

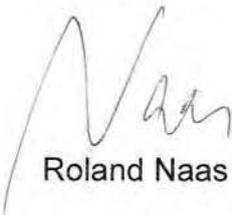
Bonn, den 20.05.2016

Vorsitzender



Helmut Fuß

Beisitzer



Roland Naas

Beisitzerin



Anne-Christine Zeidler