Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Kart 169/19 (V)

Datum:	16.03.2022
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	3 Kart 169/19 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2022:0316.3KART169.19V.00

Leitsätze:

1.
Die Bundesnetzagentur hat den ihr bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode zustehenden weiten Beurteilungsspielraum durch die Einbeziehung des Jahres 2006 in den bei der Törnqvist-Methode zugrunde gelegten Betrachtungszeitraum (sog. Stützintervall) rechtsfehlerhaft ausgefüllt.

2.
Die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur hinsichtlich des als Deflator für die Umsatzerlöse bei der Ermittlung des Outputs nach der Törnqvist-Methode herangezogenen sog. Monitoring-Index ist (allein) deshalb zu beanstanden, weil sie dessen Eignung in untauglicher, da von nicht belastbaren Tatsachenannahmen ausgehender Weise begründet hat.

3.
Im Übrigen ist die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors rechtmäßig. Dies gilt sowohl für die weitere Ermittlung der Outputfaktoren nach der Törnqvist-Methode als auch für die der Inputfaktoren (Berechnung der

Abschreibungen nach handelsrechtlichen Vorgaben, Heranziehung eines jährlich aktualisierten Zinses für das eingesetzte Fremdkapital, Gewichtung von Preisbestandteile). Bei der Anwendung der Malmquist-Methode gilt dies insbesondere für den Rückgriff auf die Modelle und Daten der statischen Effizienzvergleiche, die Abbildung der Eigenkapitalzinsen, den Verzicht auf eine Bereinigung der mit der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA) berechneten Werte um Aufholeffekte, die im Zusammenhang mit der Dateneinhüllungsanalyse (DEA) getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen, den Verzicht auf eine Bestabrechnung sowie die Beurteilung der Robustheit. Auch die Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile anhand einer Residualbetrachtung ist nicht zu beanstanden.

4.
Die von der Beschwerdeführerin beantragte Beiziehung und Offenlegung der Akten der Datenerhebungsverfahren betreffend die Törnqvist-, Malmquist- und Monitoring-Daten war nicht veranlasst, da ein entscheidungserheblicher Inhalt der Akten nicht ersichtlich ist. Dies gilt auch im Lichte der Neuregelung der Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten durch die Bundesnetzagentur in § 23b EnWG.

Tenor:

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.11.2018, Az. BK4-18-056, wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, über die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Verfahrensbeteiligten tragen die Beschwerdeführerin und die Bundesnetzagentur jeweils zur Hälfte.

Der Beschwerdewert wird auf … Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

G r ü n d e : 1

A. 2

3

Die Beschwerdeführerin, eine Elektrizitätsverteilernetzbetreiberin, wendet sich gegen die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 9 Abs. 3 ARegV für die dritte Regulierungsperiode durch die Bundesnetzagentur.

Im Rahmen der Anreizregulierung werden von den Regulierungsbehörden die Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 1 ARegV nach Maßgabe der §§ 5-16, 19, 22, 24 und 25 ARegV und in Anwendung der Regulierungsformel gemäß Anlage 1 zu § 7 ARegV bestimmt. Nach dieser Formel werden Bestandteile, die nicht dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenbestandteilen nach § 11 Abs. 2 ARegV angehören, mithilfe des Verbraucherpreisgesamtindex (im Folgenden: VPI) an die allgemeine Geldentwicklung mit einem Zweijahresverzug (t-2) jährlich angepasst, da eine jährliche Kostenprüfung nicht länger stattfindet. Die Formel sieht mit der Abkürzung (PFt) unter anderem die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (auch als Xgen bezeichnet) vor. Dieser ist in § 9 ARegV geregelt und ermittelt sich aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung. 4

Zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Elektrizitätsversorgungsnetzbetreiber für die dritte Regulierungsperiode holte die Bundesnetzagentur ein Gutachten des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH (WIK) ein, dessen Fassung vom 16.12.2016 sie im Markt konsultierte und dessen finale Fassung am 10.07.2017 veröffentlicht wurde (im Folgenden: WIK-Gutachten). Hinsichtlich der Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile sprach sich das WIK für die Anwendung einer sog. Residualbetrachtung aus, da für die Gesamtwirtschaft kein einheitlicher deutschlandweiter Einstandspreisindex existiert. Die Residualbetrachtung macht sich zunutze, dass bei funktionierendem Wettbewerb die die Veränderungsrate des Verbraucherpreisindex (VPI) als allgemeine Inflationsrate die Differenz zwischen der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung und dem gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt ausdrückt. Zur Bestimmung der netzwirtschaftlichen Bestandteile identifizierten die Gutachter zwei gleichwertig geeignete Methoden: Den Törnqvist- und den Malmquist-Index. Der Törnqvist-Index gehört zu den sog. Indexzahlen und bildet die Produktivität als Verhältnis von Output (Ausbringungsmengen) und Input (hierfür erforderliche Produktionsfaktoren) von Unternehmen mit Hilfe von Daten aus der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung ab. In methodischer Hinsicht werden Mengen- und Preisindizes gebildet, die Veränderungen von realen Mengen und Preisen über die Zeit beschreiben. Steigt der Output im Zeitablauf stärker als der Input, wird dies dem technischen Fortschritt zugeschrieben. Der Malmquist-Index vergleicht die Änderung von statischen Effizienzwerten von Unternehmen in unterschiedlichen Perioden miteinander und quantifiziert, inwieweit sich die effizienten Kosten über die Zeit hinweg verändern. 5

Die zur Anwendung dieser Methoden erforderliche Datenerhebung erfolgte aufgrund der - jeweils in der Entwurfsfassung vorher konsultierten - Beschlüsse zur Festlegung von Vorgaben zur Erhebung von Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode vom 31.01.2018 (Az. BK4-17-094, im Folgenden: Törnqvist-Datenfestlegung) und zur Festlegung von Vorgaben für die ergänzende Erhebung von Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom vom 18.05.2018 (Az. BK4-18-001, im Folgenden: Malmquist-Datenfestlegung). Die für die Berechnung jeweils erforderlichen Daten und Berechnungswerkzeuge (Törnqvist-Tool bzw. Malmquist- 6

Programmiercodes) waren auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht, wobei die Datengrundlage für den Malmquist-Index, die bereits Schwärzungen der Daten von zwei Netzbetreibern enthielt, in Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 31 ARegV vom 11.12.2018 (EnVR 1/18) von der Internetseite wieder entfernt wurde.

Am 19.08.2018 stellte die Bundesnetzagentur den Entwurf eines Beschlusses zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der lediglich eine Bandbreite der Ergebnisse aus den beiden verwendeten Methoden bezifferte, zur Konsultation und führte im weiteren Verlauf eine Nachkonsultation aufgrund des Papiers vom 15.11.2018 durch. 7

Am 28.11.2018 hat sie den hier streitgegenständlichen Beschluss zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (Az. BK4-18-056) erlassen und diesen auf 0,90 % festgesetzt. Die Bundesnetzagentur hat dabei, der Empfehlung im WIK-Gutachten folgend, zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile auf die Veränderungsrate des VPI abgestellt, also eine gemeinsame Abbildung der Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung vorgenommen, und zur Begründung ausgeführt, dass die Volkswirtschaft in Deutschland wettbewerblich organisiert sei und die allgemeine Inflationsrate deshalb die Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise der Gesamtwirtschaft und der Rate des technologischen Fortschritts ausdrücke. Des Weiteren hat sie die von ihr final ermittelten Werte von 1,35 % (Malmquist-Index) bzw. 1,82 % (Törnqvist-Index) als plausiblen unteren Wert bzw. plausiblen oberen Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor angesehen, wobei unter methodischen Gesichtspunkten kein Vorteil einer bestimmten Methode zu erkennen sei. Deshalb und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich vorliegend um die erstmalige Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors handele, sei es zur Sicherstellung eines validen, aber auch erreichbaren und übertreffbaren Werts angemessen, sich sicherheitshalber am unteren Rand der Bandbreite zu orientieren. Hierdurch werde den gegebenenfalls bestehenden Restunsicherheiten gesondert Rechnung getragen. Um keine unbeabsichtigten Brüche zwischen dem Elektrizitäts- und Gassektor zu verursachen, hat es die Bundesnetzagentur schließlich für angemessen gehalten, mit Blick auf den im Beschluss vom 21.02.2018 (Az. BK4-17-093) festgelegten, deutlich abweichenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode (auch: genereller sektoraler Produktivitätsfaktor Gas) von 0,49 % einen Abschlag von einem Drittel des rechnerisch-methodischen Werts von 1,35 % zu machen. 8

In die zum Az. BK4-18-056 geführte, beigezogene Verwaltungsakte hat die Beschwerdeführerin bereits Akteneinsicht erhalten. Die Akten der beiden Datenfestlegungsverfahren sowie sonstige Verwaltungsvorgänge wie die der von der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt durchgeführten Monitoring-Datenerhebungen der Jahre 2006 bis 2017 sind nicht vorgelegt und vom Senat auch nicht angefordert worden. 9

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors rechtswidrig sei und nimmt insbesondere auf das von ihr als Anlage BF 3 vorgelegte Gutachten „Ökonomische Kritik der Festlegung „Xgen Strom“ durch die Bundesnetzagentur“ vom 11.11.2019 von NERA Economic Consulting (NERA-Gutachten) und das als Anlage BF 13 vorgelegte Gutachten zur Frage einer sachgerechten Indizierung des Bruttoproduktionswerts im Xgen Strom vom 01.07.2021 von E-Bridge (E-Bridge-Gutachten) Bezug. Bei einer zutreffenden Interpretation der erhobenen Daten zeige sich – noch deutlicher als bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas –, dass ein realistischer genereller sektoraler Produktivitätsfaktor negativ sein oder aber mangels hinreichend signifikanter Ergebnisse mit Null festgesetzt werden müsse. Die 10

abweichenden Schlussfolgerungen der Bundesnetzagentur beruhten auf zahlreichen fachlichen Ermittlungs- und rechtlichen Beurteilungsfehlern. Auch unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas hätten jedenfalls bei der Wahl eines geeigneten Stützintervalls und eines geeigneten Netzentgeltindizes zur Deflationierung der Umsatzerlöse greifbar überlegene andere methodische Vorgehensweisen zur Verfügung gestanden, die zu einem erheblich niedrigeren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom geführt hätten.

Der Senat sei unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas zu einer umfangreichen Prüfung des entscheidungserheblichen Sachverhalts aufgerufen. Neben dem Aufzeigen unzureichend reflektierter Defizite bei der Entscheidungsfindung sei auch die Benennung eines abweichenden, greifbar überlegenen Vorgehens durch die Beschwerdeführerin erforderlich. Dies bedinge sogar eine weitergehende Untersuchung des Sachverhalts. Jedenfalls müsse die Behörde – soweit man ihr einen Spielraum bei der normativen Verarbeitung von Unsicherheiten zubilligen wollte – im Rahmen der Abwägungsentscheidung reflektieren, welches Maß an Ergebnisunsicherheit sie meine, zulasten der regulierten Netzbetreiber in Kauf zu nehmen zu dürfen. Eine weitergehende Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle wäre verfassungswidrig, eine entsprechende Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für den erkennenden Senat unbeachtlich. 11

Die Bundesnetzagentur habe sich rechtsfehlerhaft gegen die erforderliche doppelte Differenzbetrachtung und für die sogenannte Residualbetrachtung unter Heranziehung des VPI entschieden, was nach dem klaren Wortlaut des § 9 Abs. 1 ARegV unzulässig sei und gegen § 9 Abs. 3 ARegV verstoße. 12

Des Weiteren sei der nach dem Törnqvist-Index ermittelte generelle sektorale Produktivitätsfaktor von 1,82 % wegen der Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall kein realistischer, sondern ein um Sonder- und Basisjahreffekte deutlich nach oben verzerrter Wert, andere Stützintervalle, die nicht mit dem Jahr 2006 anfingen, seien deutlich überlegen. 13

Zunächst seien die Daten des Jahres 2006 nicht hinreichend valide. Dies gelte insbesondere für die Netzentgelte, die zur Ermittlung des Bruttoproduktionswerts zur Preisbereinigung der herangezogenen Umsatzerlöse verwendet würden. Die verwendeten Monitoring-Daten seien als Datenquelle ungeeignet, da hierfür nur die Netzentgelte in der Niederspannung und Mittelspannung für bestimmte Kundengruppen abgefragt würden, was zu einer erheblichen Unterschätzung der Netzentgeltentwicklung führe. Eindeutig besser geeignet sei daher ein Netzentgeltindex, der unter Rückgriff auf den vom Statistischen Bundesamt im Rahmen der Erzeugerpreisindizes für gewerbliche Produkte veröffentlichten Index der durchschnittlichen Netznutzungsentgelte für Strom (im Folgenden: Destatis-Index) und auf die von der Bundesnetzagentur selbst erhobenen jeweiligen Entnahmemengen je Spannungsebene gebildet werde. Jedenfalls seien die Monitoring-Daten für das Jahr 2006 unverwertbar. Sie seien zu hoch angesetzt, da zum Erhebungsstichtag, dem 01.04.2006, noch keine genehmigten Netzentgelte vorgelegen hätten und die erstmaligen, mit erheblichen initialen Entgeltkürzungen verbundenen Genehmigungen zum Großteil erst im weiteren Verlauf des Jahres ergangen seien. Dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor Strom allein durch die Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall von 0,53 % auf 1,82 % steige, gebe Anlass zur Prüfung, ob die Deflatoren insoweit zutreffend bestimmt seien, was die Bundesnetzagentur versäumt habe. Plausibilisiert worden seien nach dem Vorbringen der Bundesnetzagentur zudem nur die bei den Netzbetreibern, nicht auch die bei den Lieferanten 14

erhobenen Daten. Aber auch mit Blick auf erstere sei angesichts der zahlreichen Auffälligkeiten insbesondere bei älteren Daten, die die Annahme der Lieferung richtiger und vollständiger Daten durch die Netzbetreiber empirisch widerlegten, die hinreichende Plausibilisierung fraglich. Die Datenqualität des Jahres 2006 sei auch im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas entscheidungsrelevant, da unstreitig mindestens 76 Netzbetreiber im Jahr 2006 nach dem 01.04. eine erste Netzentgeltgenehmigung erhalten hätten, die zu einer signifikanten Senkung der durchschnittlichen Netzentgelte geführt habe, womit grundlegende Verzerrungen in der Datengrundlage belegt seien. Zudem markierten die Jahre 2006 und 2007 den Beginn der Netzentgeltregulierung, weshalb die Entwicklung der Produktivität in diesem Zeitraum durch Sondereffekte geprägt sei. Hierzu zähle die Bildung erheblicher Rückstellungen durch die Netzbetreiber für den Fall einer Mehrerlösabschöpfung, die zu einer Steigerung des Bruttoproduktivitätswerts allein durch periodenfremde Preis- und Umsatzeffekte geführt hätten. Die Größe des verzerrenden Effektes dieses Einmalereignisses hätte untersucht werden müssen. Durch das gewählte Stützintervall würden zudem Investitions- und Innovationszyklen von Netzbetreibern, namentlich der sog. Basisjahreffekt, selektiv bzw. verzerrt abgebildet. Gewichtige Vorteile des gewählten Stützintervalls, die dafür sprächen, den verzerrenden Basisjahreffekt in Kauf zu nehmen, bestünden nicht, die geringfügige Verlängerung des Stützintervalls um das Jahr 2006 stelle keinen solchen Grund dar.

Vor allem zeige eine sachgerechte Plausibilisierung mittels vergleichender Betrachtung anderer Zeitintervalle, dass die Heranziehung der durchschnittlichen Produktivitätsentwicklung der Jahre 2006 bis 2017 nicht annähernd repräsentativ für die Entwicklung der letzten sieben Jahre sei. Einer positiven Produktivitätsentwicklung in den Jahren 2006 bis 2010 folge ein jüngerer Zeitraum von 2011 bis 2017, in dem fast in jedem Zweijahresintervall ein (zumeist deutlicher) Produktivitätsrückgang zu verzeichnen sei. Es sei hinreichend erkennbar und auch plausibel, dass diese Entwicklung nicht auf zufälligen Schwankungen, sondern einer Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beruhe. Ein Stützintervall könne deshalb frühestens 2011 beginnen. Der von der Bundesnetzagentur zur Plausibilisierung des ermittelten Törnqvist-Werts herangezogene Mittelwert von 2,05 % sei erkennbar ungeeignet und wissenschaftlich unvertretbar, weil sie diesen nur mittels einer erheblichen Untergewichtung der aktuelleren Jahre erzielt habe. Hätte sie statt der Endjahre des Stützintervalls dessen Anfangsjahre variiert, wie bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas geschehen, hätte sie einen Mittelwert von - 0,83 % erhalten. Jedenfalls seien erkennbare Trends innerhalb eines Betrachtungszeitraums bei der abschließenden Wahl des Stützintervalls, spätestens aber bei der Interpretation der ermittelten Werte, zu berücksichtigen. 15

Des Weiteren sei der Deflator zur Preisbereinigung der Umsatzerlöse, der eine hohe Relevanz für die resultierenden Ergebnisse habe, unabhängig von den schon aufgezeigten empirischen Unzulänglichkeiten mit Blick auf das Jahr 2006 schlicht ungeeignet, wie im Einzelnen aus dem E-Bridge-Gutachten folge. Zunächst sei der Index nicht auf Basis repräsentativer Preis- und Mengendaten gebildet worden. Die Lieferanten hätten für die Monitoring-Berichte die gezahlten Netzentgelte lediglich für drei von neun gemeinhin unterschiedliche Abnahmefälle angeben müssen, die sich unterschiedlich entwickelt hätten. Angesichts eines erheblichen Anteils von 24 % Stromentnahmen unmittelbar in der Hochspannung und Höchstspannung blieben die Netzentgelte dieser Spannungsebenen unterrepräsentiert, wenn sie lediglich mittelbar über die Entgelte der Nieder- und Mittelspannungskunden Eingang fänden, zumal sie – vor allem auf der Höchstspannungsebene – überproportional gestiegen seien. Der überproportionale Anstieg 16

sei in gleicher Weise zu verzeichnen, wenn man auf die nach § 19 StromNEV reduzierten Netzentgelte abstelle, nur auf einem geringeren Niveau. Aus der hierdurch begründeten Überschätzung der Produktivitätsentwicklung folge ein rund 2,4 Prozentpunkte zu hoher Wert. Zudem sei die Datenqualität bezogen auf das Jahr 2006 unzureichend. Bis 2014 sei für die Lieferanten unklar gewesen, wie die abgefragten Durchschnittsentgelte zu berechnen gewesen seien. Größere Abnehmer rechneten oftmals direkt mit den Netzbetreibern ab und seien von der Abfrage deshalb nicht erfasst. Die Abfrage bei Lieferanten führe dazu, dass nicht jedes Netzgebiet mit gleicher bzw. korrekter Mengengewichtung im Monitoring-Index abgebildet werde. Auch fehle es an einer konstant angewandten Methodik.

Das aus dem Monitoring-Index gewonnene Ergebnis der Deflationierung sei unplausibel, wie ein Vergleich der preisbereinigten Umsatzentwicklung mit der Entwicklung der Jahresarbeit zeige, die sich in etwa gleich entwickeln müsste, aber unterschiedliche Verläufe zeige. Die aufgezeigten Defizite ließen sich vermeiden, weil Destatis die Netzentgeltentwicklung auf allen Netzebenen statistisch erfasse und die Verteilung der Abnahmemengen auf die Netzebenen wiederum von der Bundesnetzagentur bei den Netzbetreibern erhoben worden sei. Der im E-Bridge-Gutachten aus diesen Daten entwickelte Index (kombinierter Index) sei unter allen Gesichtspunkten – zutreffend mengengewichtete Reflektion aller Netzebenen, Datenqualität, Erhebung nach konstanten Vorgaben – besser als Deflator geeignet, die Wahl des Monitoring-Index unter keinem Blickwinkel vertretbar. Soweit die Bundesnetzagentur gegen die Berücksichtigung der Netzentgelte auf der Höchstspannung einen „fortwährenden Wechsel der Preisfindungsprinzipien“ anführe, handele es sich um eine von ihr im Übrigen abgelehnte selektive Korrektur der ermittelten Daten. Die These, dass ohne eine Berücksichtigung der Netzentgeltreduzierungen nach § 19 StromNEV die Preisentwicklung der Netzentgelte für Entnahmen auf der Hoch- und Höchstspannungsebene erheblich überschätzt werde, werde von der Bundesnetzagentur nicht belegt. Es sei angesichts der Umlagefinanzierung methodisch richtig, den Deflator aus nicht rabattierten Netzentgelten abzuleiten. Eine Bereinigung um die Erstattung entgangener Erlöse hätten ausweislich eines von PwC durchgeführten Benchmarking-Projekts nur 29 % der Netzbetreiber vorgenommen. 17

Darüber hinaus sei die Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung fehlerhaft erfolgt. Zu beanstanden sei, dass die Bundesnetzagentur inkonsistente Gewichtungen von Preisbestandteilen vorgenommen habe. So habe sie im Rahmen der Residualbetrachtung bei der Berechnung der Inputpreisentwicklung der Stromnetzwirtschaft eine jahresscharfe Gewichtung nach GuV-Anteilen vorgenommen, während bei der Ermittlung von Preisentwicklungen regelmäßig die Gewichtung von Preisen in einem Index auf ein bestimmtes Basisjahr fixiert werde, namentlich bei dem für die Einstands- und Produktivitätsentwicklung der Gesamtwirtschaft herangezogenen VPI. Bei der Bestimmung der Preisentwicklung für Eigenkapital beachte die Bundesnetzagentur nicht das Zusammenspiel von kalkulatorischer Eigenkapitalzinsbestimmung und generellem sektoralem Produktivitätsfaktor. Weiterhin habe sie bei der Ermittlung der Einstandspreisentwicklung für Fremdkapital rechtsfehlerhaft einen jährlich aktualisierten Zins des Fremdkapitals herangezogen und damit eine unbelegte und wenig realitätsnahe jährliche Refinanzierung des gesamten Fremdkapitalbestandes unterstellt, die ihrer eigenen Bewertung in anderen Kontexten widerspreche. Eine Bereinigung dieses Fehlers würde zu einem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom nach der Törnqvist-Methode von 1,62 % führen. Zudem müsse die Annahme, dass sich der Trend der deutlichen Zinsreduktion von 2006 bis 2017 im Zeitraum 2019 bis 2023 fortsetze, kritisch hinterfragt werden. Rechtswidrig sei auch das Vorgehen der Bundesnetzagentur, bei der Berechnung der Abschreibungen als Bestandteil der Einstandspreisentwicklung auf handelsrechtliche statt auf kalkulatorische Grundsätze abzustellen und in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass der Aufwand für 18

Abschreibungen keiner Preisentwicklung unterliege.

Bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach Törnqvist sei der Bundesnetzagentur zudem aufgrund einer fehlerhaften Reihenfolge der Rechenschritte ein Fehler bei der Bildung des Jahresmittelwerts des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Stützintervall unterlaufen. Sie hätte für jedes Jahr des Stützintervalls aus den drei Komponenten einen jährlichen Wert ermitteln und diese Werte dann mitteln müssen. Die mathematisch richtige Vorgehensweise führe zu einem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von 1,80 % statt 1,82 %. Schließlich hätte die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft nicht weiter untersucht, in welcher Höhe der nach Törnqvist bestimmte Wert zu reduzieren sei, um die durch Aufholeffekte (den sog. „Catch-up“) verursachten Steigerungen der totalen Faktorproduktivität zu eliminieren. 19

Auch die angewandte Malmquist-Methode sei in ihrer konkreten Ausgestaltung durch die Bundesnetzagentur rechtswidrig. Der ermittelte Malmquist-Produktivitätsindex von 1,35 % sei schon nicht hinreichend robust. Richtigerweise hätte die Bundesnetzagentur die erheblichen Abweichungen und teilweise sogar entgegengesetzte Befunde liefernden Ergebnisse in den verschiedenen, insgesamt 32 Modellvarianten zum Anlass weiterer Nachforschungen nehmen müssen und schließlich den verbleibenden Unsicherheiten durch Anwendung des Best-of-Four-Prinzips Rechnung tragen müssen. Es hätte ein Signifikanztest für jede einzelne Modellspezifikation durchgeführt werden müssen, da lediglich die im Regelverfahren regulierten Netzbetreiber exklusive Übertragungsnetzbetreiber in den Effizienzvergleich einbezogen worden seien, also eine Stichprobe vorliege. 20

Zudem begegne auch die methodische Ausgestaltung und Anwendung der Malmquist-Methode Bedenken. Die Vertretbarkeit der von der Bundesnetzagentur gewählten methodischen Weichenstellungen könne kaum ohne sachverständige Hilfe beantwortet werden. 21

Der Malmquist-Index beruhe auf einer fehlerhaften bzw. ungeeigneten Datengrundlage. Die von der Bundesnetzagentur erhobenen Daten seien unzureichend plausibilisiert worden. Die bereits im Konsultationsverfahren festgestellten auffälligen Entwicklungen von Strukturparametern bei zahlreichen Netzbetreibern belegten die viel zu hohe Fehlerquote des ursprünglichen Datensatzes, so dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zum fehlenden Erfordernis der umfassenden Plausibilisierung der erhobenen Daten nicht greife. Die durch die hohe Fehlerquote begründeten Zweifel an der Datengrundlage seien durch die Nachfrage der Bundesnetzagentur bei rund 100 Netzbetreibern und die sodann erfolgte Datenkorrektur durch rund die Hälfte derselben nicht ausgeräumt worden. Es hätte vielmehr einer Prüfroutine bedurft, die unplausible und fehlerverdächtige Werte identifiziert und einer weiteren Überprüfung unterzieht. Durch die Betrachtung der Kosten der Basisjahre 2006, 2011 und 2016 erhielten diese ein besonders starkes Gewicht, die Ergebnisse würden durch diese Jahre betreffende Sonderfaktoren stärker verzerrt. 22

Darüber hinaus berücksichtige die Bundesnetzagentur im Rahmen der Plausibilisierung der Kostendaten fehlerhaft nicht, dass ihre eigenen regulatorischen Entscheidungen Kostendaten der Netzbetreiber erheblich beeinflussten, z.B. durch veränderte Ansätze bei der Kostenprüfung, durch die Verschiebung von Kosten in die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten oder die Anerkennungspraxis des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens in der Verzinsungsbasis bzw. von Verlustenergiekosten. Derartige Verzerrungen hätten vermieden, jedenfalls aber bei der Interpretation der Ergebnisse berücksichtigt werden müssen. Der Rückgriff auf regulatorische Daten berge auch mit Blick auf die selektive Betrachtung der Kostenbasis das Risiko von Verzerrungen, namentlich, wenn Kosten in die Kategorie der 23

dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten verschöben würden, weil in diesem Fall nur die Kostensenkung der beeinflussbaren Kosten erfasst werde und dieses als vermeintlicher Effizienzgewinn interpretiert werden könne, was zu einer Überschätzung der Produktivitätsentwicklung führe. Den Umfang der Verzerrung hätte die Bundesnetzagentur ermitteln müssen, um entscheiden zu können, ob bzw. in welchem Umfang diesen Rechnung zu tragen sei. Die von der Bundesnetzagentur durchgeführten Berechnungen mit Blick auf virtuelle Vergleichsunternehmen und strukturell geänderte Unternehmen seien nur kursorisch beschrieben, ihr Vorgehen nicht hinreichend transparent und deshalb nicht ausreichend begründet.

Beim Ansatz der Eigenkapitalzinsen verkenne die Bundesnetzagentur das Zusammenspiel mit der Eigenkapitalzinsbestimmung. Die Bundesnetzagentur hätte neutrale Eigenkapitalzinssätze ansetzen müssen, um eine Doppelberücksichtigung von zinsbedingten Kostenreduktionen zu vermeiden. Es sei deshalb auch methodisch fehlerhaft, für die Jahre 2016 und 2017 bereits die Eigenkapitalzinssätze der dritten Regulierungsperiode anzusetzen. Dies gelte auch deshalb, weil die Vorgehensweise inkonsistent zum Vorgehen der Bundesnetzagentur beim Törnqvist-Index sei. Auch die Vermischung eines prognostisch ermittelten Zinswerts mit einer periodengetreu ermittelten Verzinsungsbasis sei inkonsistent. Eine Berechnung unter Anwendung des aktuellen Eigenkapitalzinssatzes gegenüber dem von der Bundesnetzagentur bei der Malmquist-Methode angesetzten prognostischen Eigenkapitalzinssatz zeige die durch letztere begründete systematische Überschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. 24

Die Malmquist-Methode erlaube zwar im Grundsatz die isolierte Bestimmung von Aufholeffekten und „Frontier Shift“. Bei der Berechnungsweise der Bundesnetzagentur würden diese beiden Effekte allerdings nicht getrennt, weshalb bestritten werde, dass die nach der SFA-Methode berechneten Malmquist-Werte wie geboten um Aufholeffekte bereinigt seien. Das Ausmaß von Aufholeffekten und deren Einfluss auf den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor müsse auch unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgeklärt werden. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur bei der Berechnung des „Frontier Shift“ über die DEA-Methode sei des Weiteren im Hinblick auf die Annahme zu Skalenerträgen inkonsistent, da sie bei 12 der insgesamt 16 DEA-Spezifikationen von steigenden, bei den übrigen vier von konstanten Skalenerträgen ausgehe. Geboten sei eine konsistente Verwendung von konstanten Skalenerträgen, die zu einer Absenkung des nach der Malmquist-Methode ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von 1,35 % auf 1,17 % führten. Die zwischenzeitliche Änderung der Vorgaben für den statischen Effizienzvergleich nach § 12 ARegV rechtfertige es nicht, bei dessen Ermittlung für unterschiedliche Zeiträume von unterschiedlichen Annahmen auszugehen. 25

Schließlich berge der Rückgriff auf die Parameterwahl beim statischen Effizienzvergleich nach § 12 ARegV für die Bestimmung des dynamischen technologischen Fortschritts nach der Malmquist-Methode zusätzliche Unsicherheiten. Dass die Bundesnetzagentur hierzu keine Erwägungen angestellt habe, stelle einen Begründungsmangel dar und sei ermessensfehlerhaft. 26

Insgesamt sei der generelle sektorale Produktivitätsfaktor Strom auf Basis beider angewendeter Methoden nicht hinreichend robust hergeleitet. Die Malmquist-Ergebnisse lieferten nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ ein von den Törnqvist-Ergebnissen abweichendes und damit inkonsistentes Gesamtbild. Während die Törnqvist-Methode für die erste Regulierungsperiode zumeist positive Werte für das Differential aus Produktivitäts- und 27

Einstandspreisentwicklung ermittele, weise die Malmquist-Methode für diesen Zeitraum negative Wachstumsraten aus. Zudem sei zu beachten, dass, auch wenn der Verordnungsgeber den Netzbetreibern ein gewisses regulatorisches Risiko deshalb auferlegen dürfe, weil die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors mit naturwissenschaftlicher Genauigkeit unrealistisch sei, das Verfassungsrecht dieser Risikoverlagerung enge Grenzen setze. Da die Festlegung eines positiven generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ein belastender Verwaltungsakt in der Eingriffsverwaltung sei und wie eine zusätzliche Effizienzvorgabe wirke, müsse bei Unsicherheit, ob im Vergleich zur Gesamtwirtschaft zusätzliche sektorale Produktivitätsgewinne oder Einstandspreisreduzierungen möglich seien, eine solche zusätzliche Absenkung der Erlösobergrenzen unterbleiben. Eine zusätzliche Belastung durch einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor größer Null „auf Verdacht“ konterkariere die Bestimmung risikoangepasster Eigenkapitalzinssätze und verstoße gegen das Gebot angemessener Netzentgelte in § 21 EnWG und zudem gegen Art. 12 und Art. 14 GG. Im Streitfall sei die Ergebnisunsicherheit so hoch, dass mit hinreichender Sicherheit nicht auszuschließen ist, dass der wahre generelle sektorale Produktivitätsfaktor negativ sei und um fast drei Prozentpunkte vom festgelegten Wert abweiche. Dies folge aus den Schwankungen des ermittelten Werts nach Törnqvist bei einer Variation der Startjahre des Stützintervalls von 1,82 % bis - 1,70 % und den Ergebnissen des gebotenen Signifikanztests mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von 5 %, wie im NERA-Gutachten im Einzelnen dargelegt. Auch die – je nach Modellspezifikation und bei geringfügigen Variationen einzelner Annahmen – stark schwankenden Malmquist-Ergebnisse seien weder robust noch signifikant von Null verschieden. Das auch vom Bundesgerichtshof geforderte verlässliche und aussagekräftige Ergebnis liege damit nicht vor. Insbesondere hinge das von den Netzbetreibern als regulatorisches Risiko hinzunehmende Maß der Unsicherheit auch vom Maß der Unsicherheit in Relation zum VPI und der Eigenkapitalverzinsung ab. Angesichts der relativ geringen Werte des VPI (Bandbreite von 0,5 bis 2,6 % seit 1994) dürfe ein Korrekturfaktor nicht mit einem Unsicherheitsbereich behaftet sein, der die Größe des VPI erreiche. Auch sinkende Eigenkapitalverzinsungen bewirkten eine Reduktion der beim generellen sektoralen Produktivitätsfaktor hinnehmbaren Fehlertoleranz.

Mit Schriftsatz vom 02.07.2021 hat die Beschwerdeführerin beantragt, bei der Bundesnetzagentur sämtliche Verwaltungsvorgänge zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (BK4-18-056), also sämtliche Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 Abs. 3 ARegV für die dritte Regulierungsperiode anzufordern, darunter auch den Verwaltungsvorgang zur Datenerhebung vom 31.01.2018 (BK4-17-094) sowie die Vorgänge aus der durchgeführten Monitoring-Datenerhebung der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts der Jahre 2006 bis 2017, soweit sie die Erhebung von Stromnetzentgelten betreffen (im Folgenden: Vorgänge der Monitoring-Datenerhebung), und diese – inklusive der bisher vorenthaltenen Daten – zur Einsichtnahme in der Kanzlei ihrer Verfahrensbevollmächtigten zu überlassen, wobei das auch für die elektronischen Daten der Verwaltungsvorgänge gelte. Hilfsweise für den Fall, dass die Bundesnetzagentur die Zustimmung zur Einsicht in die unter 1. genannten Verwaltungsvorgänge ganz oder teilweise versagt, beantragt sie, dass der Senat die vollständige Offenlegung dieser Verwaltungsvorgänge im Zusammenhang mit der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 Abs. 3 ARegV für die dritte Regulierungsperiode beschließt. 28

Die Beschwerdeführerin ist insoweit der Ansicht, dass die begehrte Akteneinsicht angesichts der zwischenzeitlichen Rechtsänderung durch die Einführung des § 23b Abs. 1 Nr. 13 29

EnWG zu gewähren sei. Hinter der nunmehr gesetzlich normierten umfassenden Veröffentlichungspflicht der bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Anwendung findenden Daten stehe die Wertung des Gesetzgebers, dass diese Daten nicht schutzbedürftig seien. Mit Blick auf die Daten aus den jährlichen Erhebungen für die Monitoring-Berichte gelte dies ebenfalls. Netzentgelte seien mit Blick auf § 27 Abs. 1 StromNEV veröffentlichungspflichtig. Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 31 ARegV könne sich die Bundesnetzagentur nicht mehr berufen. Hinsichtlich des Umfangs der Datenerhebung sei auf den materiellen Aktenbegriff abzustellen. Die Daten aus den im Akteneinsichtsantrag in Bezug genommenen Akten seien jeweils Grundlage der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors geworden. Diese Erwägungen beanspruchten auch für die hilfsweise beantragte Entscheidung des Senats über die Offenlegung der betroffenen Verwaltungsvorgänge Geltung. Für die Entscheidung werde es zudem auf die durch die Offenlegung prüfbaren Tatsachen und Beweismittel ankommen, da es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eines mindestens stichprobenartigen Nachweises bedürfe, dass die erhobenen Daten fehlerhaft oder verzerrt seien. Auch der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung des § 23b EnWG anerkannt, dass die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erst mit Kenntnis sämtlicher zugrundeliegender Daten nachvollzogen und vollständig auf seine Rechtmäßigkeit geprüft werden könne.

Die Bundesnetzagentur hat mit Schriftsatz vom 20.08.2021 den Akteneinsichtsanspruch der Beschwerdeführerin in der Sache abschlägig beschieden und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass die von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Daten und Unterlagen kein Bestandteil des der streitgegenständlichen Festlegung zugrundeliegenden Verwaltungsvorgangs seien. Sie seien deshalb nur dann vom Recht auf Akteneinsicht nach § 84 Abs. 2 S. 1 EnWG erfasst, wenn sie als Beiakten zum laufenden Beschwerdeverfahren durch den erkennenden Senat beigezogen würden, was bislang nicht geschehen sei und wozu auch kein Anlass bestehe. 30

Die Beschwerdeführerin beantragt, 31

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.11.2018, Az. BK4-18-056, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden. 32

Die Bundesnetzagentur beantragt, 33

die Beschwerde zurückzuweisen. 34

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe und ist der Ansicht, dass sie den ihr nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas vom 26.01.2021 zukommenden umfassenden Beurteilungsspielraum sowohl im Hinblick auf die Methodenwahl als auch hinsichtlich deren Ausgestaltung fehlerfrei ausgeübt habe. 35

Die Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom sei auf Grundlage einer residualen Betrachtungsweise zutreffend erfolgt. Diese stehe nicht im Widerspruch zur Regelung des § 9 ARegV, der nicht als detaillierte Berechnungsanleitung aufgebaut sei. Auch die systematische Aufteilung der Vorgaben in den einzelnen Absätzen des § 9 ARegV spreche gegen eine Entscheidung des Verordnungsgebers zur Berechnung der zu berücksichtigenden Komponenten, ebenso 36

teleologische und historische Überlegungen. Sie sei bei ihrer Entscheidung zugunsten der Residualmethode zudem von einer zutreffenden Tatsachengrundlage ausgegangen. Es handele sich um eine bloße Formelumstellung, die auf einen wissenschaftlich anerkannten Zusammenhang zwischen Inputpreis-, Outputpreis- und Produktivitätsentwicklung bei wettbewerblich organisierten Märkten abstelle. Die zugrundeliegende Prämisse der wettbewerblichen Ausgestaltung der Gesamtwirtschaft ergebe sich aus dem europäischen und nationalen Rechtsrahmen sowie aufgrund eines internationalen Vergleichs und werde auch vom Verordnungsgeber unterstellt. Von Monopolen geprägte Wirtschaftsbereiche seien teilweise wirksam reguliert und die verbleibenden nicht regulierten Bereiche mit Blick auf den durchschnittlichen deutschlandweiten Produktionswert von geringer Bedeutung. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin seien nicht geeignet, die der Residualmethode zugrundeliegende Äquivalenzhypothese zu entkräften. Bei der individuellen Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Komponenten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sei aufgrund diverser zu beantwortender, offener Wertungsfragen und Freiheitsgraden eine erhebliche Ergebnisstreuung zu beobachten, so dass aus einer Ergebnisabweichung nicht auf den fehlenden Äquivalenz-Zusammenhang mit Blick auf den VPI geschlossen werden könne. Auch der Bundesgerichtshof nehme an, dass ein Vorgehen nach der sog. Differenzmethode nicht greifbar überlegen sei.

Der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand des Törnqvist-Index in Höhe von 1,82 % liege eine sachgerechte methodische Vorgehensweise zugrunde. 37

Die Berechnungen beruhten auf einer belastbaren Datengrundlage. Da eine Vielzahl von Netzbetreibern die aufgrund der Törnqvist-Datenfestlegung erhobenen Daten nicht, im Wesentlichen lückenhaft oder nicht in der geforderten Form geliefert habe und der überwiegende Teil der Datensätze bei der ersten Prüfung anhand geeigneter Vergleichsdaten als auffällig habe eingestuft werden müssen, sei ein (zeit-) aufwändiger Plausibilisierungsprozess erforderlich gewesen, an dessen Ende aber 850 von 860 möglichen Datensätzen als plausibel und vollständig hätten eingestuft werden können. Ihre Vorgehensweise genüge damit den auch im Streitfall anwendbaren höchstrichterlichen Anforderungen an den Umgang mit großen Datenmengen, die von der Beschwerdeführerin gestellten Anforderungen seien hingegen überzogen. 38

Die Einbeziehung des Jahres 2006 sei sachgerecht gewesen. Es stehe gerade im Einklang mit der Funktion des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Korrekturterm, wenn für regulierte Unternehmen gegenüber im Wettbewerb stehenden Unternehmen typische Effekte berücksichtigt würden, zu denen der Beginn der Regulierung und die damit einhergehenden Effekte auf die Netzentgeltbildung, u.a. der „Sondereffekt“ der Mehrerlösabschöpfung, ebenso gehörten wie Regulierungsentscheidungen, die sich auf das laufende Geschäft der Netzbetreiber auswirkten. Die Nichtberücksichtigung unterjähriger Netzentgeltabsenkungen im Monitoring-Index des Jahres 2006 lasse keine Ergebnisverzerrung befürchten, da Netzentgeltabsenkungen in bedeutenderem Umfange erst ab November bzw. Dezember 2006 erfolgt seien. Ihre Angabe zum Kostenvolumen der 2006 erteilten Netzentgeltgenehmigungen dürfte sich nur auf ihren eigenen Zuständigkeitsbereich bezogen haben, so dass hinsichtlich aller 800 Stromnetzbetreiber ein deutlich kleinerer Wert anzunehmen sei. Bei rund 247 Netzbetreibern in ihrer Zuständigkeit seien im Jahr 2006 nur 76 Netzentgeltgenehmigungen erteilt worden. 39

Das Törnqvist-Index-Ergebnis sei zudem hinreichend robust. Zu Recht habe sie mit dem Stützintervall von 2006 bis 2017 den längst möglichen Zeitraum gewählt, um so eine größtmögliche Glättung der Einzelergebnisse bei der Produktivitäts- und 40

Einstandspreisentwicklung zu erreichen. Schwankungen seien den Werten der totalen Faktorproduktivität immanent, was sich an den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten stark disaggregierten Indizes, die einen geeigneten Vergleichsmaßstab darstellten, sowie dem Ergebnis einer Studie zur Produktivitätsentwicklung von Elektrizitätsnetzbetreibern im Vereinigten Königreich zeige. Mit Blick auf die Berücksichtigung von „Sondereffekten“ wie der Mehrerlösabschöpfung sei ein Stützintervall, das nur deshalb „zusammengekürzt“ werde, um solche regulatorischen Effekte zu kompensieren, nicht greifbar überlegen. Dass Preis- und Mengenkomponenten nicht jahresscharf korrespondieren müssten, zeige sich an anderen Mechanismen der Anreizregulierung wie dem Regulierungskonto und dem Qualitätselement. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung finde sich kein Hinweis darauf, dass ihr Umgang mit dem Basisjahreffekt zu beanstanden sei. Angesichts der positiven Folgen, die die Verschiebung von Kosten in das Basisjahr für Netzbetreiber habe, würde auch ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen die hierdurch bedingten negativen Folgen bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors hinnehmen, so dass eine Nichtberücksichtigung des Basisjahreffekts der gewünschten Simulation von Wettbewerb entgegenstehen würde. Ihre Vorgehensweise bei der Plausibilisierung des Ergebnisses sei Bestandteil ihres Beurteilungsspielraums. Sie habe die Konsultationsbeiträge zum Anlass einer Plausibilisierungsrechnung genommen, bei der das Jahr 2006 aus den Berechnungen verordnungskonformer Stützintervalle herausgenommen worden sei. Dies sei von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Es sei unklar, inwieweit die Plausibilisierung ungeeignet und „wissenschaftlich unvertretbar“ sein solle, wobei offenbleiben könne, ob es einer solchen zusätzlichen Plausibilisierung angesichts der schon für sich genommen validen Ergebnisse überhaupt bedurft hätte. Ein greifbar überlegenes Stützintervall sei nicht ersichtlich. Der von der Beschwerdeführerin behauptete Strukturbruch ab dem Jahr 2010 lasse sich wegen des kurzen Beobachtungszeitraums nicht mit Tests belegen. Es könne sich auch um eine Abwärtsbewegung in einem längerfristigen Zyklus (Wellenbewegung) handeln.

Auch der Bruttoproduktionswert als gewählter Outputfaktor sei sachgerecht ermittelt worden, der verwendete Monitoring-Index zur Deflationierung der Umsatzerlöse geeignet. Der Beschwerdeführerin sei es nicht gelungen, einen greifbar überlegenen Ansatz anzuführen oder aufzuzeigen, dass der verwendete Monitoring-Index für die ihm zugedachte Funktion offensichtlich mangelhaft sei. Die Berücksichtigung des Jahres 2006 sei aus den bereits zum Stützintervall angestellten Überlegungen sachangemessen. Zudem sei die Aussagekraft der Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Bildung von Rückstellungen für eine Mehrerlösabschöpfung zweifelhaft, da sie weder den Zeitpunkt noch die Höhe der einzelnen Rückstellungen kenne. Es komme auch nicht auf den Zeitraum an, in dem die Rückstellungen gebildet, sondern wann die Rückzahlungen tatsächlich erfolgt seien. Die weitergehende methodische Kritik der Beschwerdeführerin an der Erhebung der Daten des Monitoring-Index verfange nicht, es sei im Zeitverlauf lediglich zu Klarstellungen bzw. Konkretisierungen, etwa im Zuge der auf das Bundeskartellamt übergehenden Zuständigkeit zur Datenerhebung gekommen, ohne dass die Qualität der Datenabfrage oder die Belastbarkeit des Ergebnisses hierdurch tangiert worden wären. Lieferanten als Abrechnungsschnittstellen zu Kunden seien die richtigen Adressaten für eine Abfrage, die Bereitstellung korrekter Abrechnungsdaten liege in ihrem ureigenen Interesse. 41

Die Entwicklung der Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden bis zur Mittelspannungsebene bilde auch die Entwicklung der Netzentgelte auf den oberen Spannungsebenen ab, da die Netzentgelte weitestgehend durch die Kunden der Mittel- und Niederspannungsebene bezahlt worden seien (Entgeltbildungskonvention der sog. Kaskadierung). Hinsichtlich der unmittelbar an Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung angeschlossenen Letztverbraucher sei zu beachten, dass diese wegen des 42

Privilegierungsregimes für intensive Netznutzung die gestiegenen Netzentgelte weitestgehend nicht hätten zahlen müssen, so dass die sich aus dem Index ergebende Entwicklung der Netzentgelte die tatsächliche Entwicklung hinreichend widerspiegele. Auf den höheren Spannungsebenen existierten eine Vielzahl von optisch preiserhöhenden Effekten, etwa Änderungen beim Pooling, bei der Speicherbehandlung (Herausnahme von Pumpspeichern aus der Absatzmenge) und bei der Einbeziehung von Engpasserlösen („Netzentgelte ausländischer Netznutzer“), die aber nicht unbedingt in Kostensteigerungen bei Sonderkunden der Hoch- bis Höchstspannungsebene oder gar den Weiterverteilern und erst recht nicht bei den direkt angeschlossenen Kunden mündeten. Die von der Beschwerdeführerin eingewandte fehlende Relevanz individueller Netzentgelte mit Blick auf das Umlageverfahren stehe bis zum Jahr 2012 ohnehin nicht mit der Historie des § 19 Abs. 2 StromNEV im Einklang, da die Umlage erst seit dem 01.01.2012 angewandt werde. In der Datenerhebungsfestlegung habe sie die Herausrechnung der Umlagen aus den Umsatzerlösen der Netzbetreiber angeregt, im Rahmen der Plausibilisierung sei von der Mehrzahl der Netzbetreiber am Ende des Plausibilisierungsprozesses eine solche Vorgehensweise bestätigt worden.

Sie habe die Verwendung des Destatis-Index ermessensfehlerfrei abgelehnt. Unabhängig davon, dass die von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Ergebnisse bei Einrechnung der außer Betracht gebliebenen Umsätze aus § 19-Umlagen einen Wert eher bei 0,5 % ergäben, sei eine greifbare Überlegenheit des Index nicht vorgetragen. Wie aufgezeigt sei die Berücksichtigung aller Spannungsebenen kein Alleinstellungsmerkmal des Destatis-Index. Dieser bilde die jährliche Preisentwicklung nur aufgrund einer Stichprobe der Netzbetreiber in Deutschland ab, während der Monitoring-Index auf Datenabfragen bei allen Lieferanten in Deutschland zurückgehe. Sie habe den unstreitig bestehenden Nachteil des Destatis-Index hinsichtlich seines Verzerrungspotentials mit Blick auf die Gewichtung der einzelnen Netzebenen auch nicht quantifizieren müssen, sondern die Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie bzw. der Praktikabilität berücksichtigen dürfen, zumal hierdurch potentielle Fehlerquellen bei der Umrechnung vermieden worden seien. Auch ein Netzentgeltdeflator auf Grundlage von eigens hierfür erhobenen Daten der Netzbetreiber wäre dem Monitoring-Index nicht greifbar überlegen gewesen. Angesichts der Belastbarkeit der Monitoring-Erhebung sei die Forderung nach einer vollständigen Datenerhebung bei allen Netzbetreibern für einen Zeitraum von 11 Jahren mit Blick auf den Grundsatz der Datensparsamkeit und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überzogen. 43

Der von ihr ermittelte Outputindex sei plausibel, ein Vergleich der Entwicklung mit der derjenigen einzelner oder auch mehrerer ungewichteter Strukturparameter nicht aussagekräftig. Zudem lasse die Beschwerdeführerin außer Acht, dass neben der Arbeits- auch eine Leistungskomponente bei der Netzentgeltbildung zu berücksichtigen sei, wenn sie die Entwicklung der Jahresarbeit vergleichend heranziehe. 44

Sie habe auch die netzwirtschaftliche Einstandspreisentwicklung sachgerecht ermittelt, ihre methodische Vorgehensweise sei höchstrichterlich bereits gebilligt worden. Die Gewichtung der Preisbestandteile sei sachgerecht. Ihre Entscheidung für die Abbildung der Preisentwicklung nach dem in der Verordnungsbegründung ausdrücklich genannten Törnqvist-Index auf rollierender Basis beruhe auf Konsistenzerwägungen zu den Produktivitätsberechnungen. Die Preisentwicklung für Eigenkapital sei zutreffend abgebildet. Ein konstantes Eigenkapitalzinsniveau würde die tatsächliche Entwicklung der Eigenkapitalzinsen im Betrachtungszeitraum vollständig ausblenden und wäre wenig sachgerecht. Zudem habe sie es zugunsten der Netzbetreiber für begründet gehalten, die festgelegten bzw. vom Verordnungsgeber vorgegebenen Eigenkapitalzinssätze als 45

konservative Abbildung der Inputpreisentwicklung der Elektrizitätswirtschaft anzusetzen. Auch die Heranziehung eines jährlich aktualisierten Zinses hinsichtlich der Preisentwicklung für Fremdkapitalzinsen sei nicht zu beanstanden. Da vorliegend keine Kostenprüfung durchgeführt worden sei, sei es zulässig, von der Anwendung des § 7 Abs. 7 StromNEV abzusehen. Der angewandte Zinssatz spiegle die tatsächlichen Gegebenheiten am Kapitalmarkt wider. Maßgeblich sei, zu welchen Preisen sich die Netzbetreiber als Branche im jeweiligen Jahr des Betrachtungszeitraums am Kapitalmarkt mit Krediten hätten versorgen können. Eine vollständige jährliche Rekapitalisierung der Netzbetreiber unterstelle sie nicht. Ihre Betrachtungsweise sei konsistent zum Vorgehen bei der Abbildung anderer Komponenten der Einstandspreisentwicklung, eine greifbare Überlegenheit der von der Beschwerdeführerin präferierten Vorgehensweise nicht ersichtlich. Es sei des Weiteren sachgerecht, bei den Abschreibungen des Sachanlagevermögens keine Preisentwicklung zu berücksichtigen, sondern eine konstante Veränderungsrate anzunehmen, da die handelsrechtlichen Abschreibungen linear und ohne Berücksichtigung eines Preisfaktors ermittelt würden. Die stärker an handelsrechtlichen Gegebenheiten orientierte Vorgehensweise sei konsequent, weil der Törnqvist-Index auf einer handelsrechtlichen Datengrundlage beruhe. Eine Ausrichtung an den Vorgaben in §§ 6, 6a StromNEV sei nicht geboten und führe im Ergebnis zu einer doppelten Berücksichtigung der Preisentwicklung, einmal in den Abschreibungen und ein weiteres Mal im Rahmen der Abbildung des Eigenkapitalzinssatzes.

Ihre Prognoseentscheidung sei nicht zu beanstanden. Zwar erlaubten aktuellere Jahre grundsätzlich einen verlässlicheren Blick in die Zukunft als weit in der Vergangenheit liegende Zeiträume. Ob dies es im Streitfall rechtfertige, entgegen ihrer Vorgehensweise, alle Jahre des Stützintervalls zur Glättung von Besonderheiten gleichmäßig zu berücksichtigen, die jüngeren Jahre stärker zu betonen bzw. das Stützintervall nur auf die jüngeren Jahre zu erstrecken, sei indes fraglich. Vorliegend werde kein Zeitraum von 25 Jahren oder mehr in den Blick genommen. Der zeitliche Unterschied zwischen dem Beginn und dem Ende des Stützintervalls sei eher gering, was die Notwendigkeit der beschriebenen Vorgehensweise relativiere. Zudem würde die beschriebene Glättung von jährlichen Besonderheiten bei einem Stützintervall von 2014 bis 2017 kaum mehr eintreten und auch eine Betonung der jüngeren Jahre in einem längeren Stützintervall die beschriebenen Glättungseffekte reduzieren. Der von der Beschwerdeführerin präferierten Vorgehensweise seien vergleichbare Unsicherheiten wie der beanstandeten Vorgehensweise immanent. 46

Auch die sonstigen Einwendungen gegen die Vorgehensweise beim Törnqvist-Index griffen nicht durch. Soweit die Beschwerdeführerin eine fehlende Unterscheidung zwischen „Frontier Shift“ und „Catch-up“ rüge, dürfte diesem Effekt durch eine konservative Vorgehensweise bei der Ausgestaltung der Eigenkapitalverzinsung ausreichend begegnet worden sein. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liege auch kein Rechenfehler bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf der Grundlage des Törnqvist-Index vor, der Verordnungsgeber verpflichte sie nicht, den Durchschnitt des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors über einen bestimmten Zeitraum zu ermitteln. 47

Des Weiteren sei die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch auf Grundlage des Malmquist-Index rechtmäßig erfolgt und das ermittelte Ergebnis in Höhe von 1,36 % nicht zu beanstanden. 48

Sie habe die Berechnungen anhand des Malmquist-Index auf einer belastbaren Datengrundlage durchgeführt. Dass ihre Berechnung auf einem Datensatz mit den drei für die Durchführung der Effizienzvergleiche erhobenen Datenpunkten beruhe, stehe im Einklang mit 49

der Vorgabe des § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV, da sogar ein Zeitraum von insgesamt elf Jahren in den Blick genommen werde, und sei gegenüber einer jährlichen Betrachtung vorzugswürdig. Der Umfang der Datenerhebung sei nicht zu beanstanden, insbesondere sei der Verzicht auf eine retrospektive Datenerhebung bei den am vereinfachten Verfahren teilnehmenden Netzbetreibern ermessensfehlerfrei. Die Datengrundlage sei auch hinreichend konsistent. Die höchstrichterlich gestellten Anforderungen an die Plausibilisierung sehr großer und komplexer Datenmengen seien erfüllt. Die in den Effizienzvergleichen verwendeten Strukturdaten seien umfassend auf Plausibilität geprüft worden. Auch im Rahmen des Datenerhebungsverfahrens zum Malmquist-Index sei sie Hinweisen auf fehlerhafte Daten, in erster Linie wegen einer gegenläufigen Entwicklung von Anschlusspunkten und Zählpunkten einerseits und versorgter Fläche und Leitungslänge andererseits im Zeitverlauf, nachgegangen. Rund 50 % der angeschriebenen ca. 100 Netzbetreiber hätten dabei ihre Datenangaben korrigiert, ohne dass diese zusätzliche Plausibilisierung im Durchschnitt zu einer nennenswerten Änderung der Datengrundlage geführt habe, wobei es allein auf den Einfluss auf den branchenweiten Wert ankomme. Einer Signifikanzprüfung des netzbetreiberbezogenen „Frontier Shift“ habe es nicht bedurft, da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor keine netzbetreiberindividuelle Vorgabe sei. Die These, dass „bei den meisten Netzbetreibern der geschätzte generelle sektorale Produktivitätsfaktor nicht signifikant von Null verschieden sei“, werde auch im NERA-Gutachten nicht belegt. Es sei sachgerecht, in geeigneten Fällen von Netzveränderungen und bei Vorliegen entsprechender Daten ein virtuelles Gesamtnetz für die Berechnung der Verschiebung der Effizienzgrenzen zu generieren. Sie habe auch die bestmögliche Datenqualität bei großen Netzveränderungen im Hinblick auf den Parameter „zeitgleiche Jahreshöchstlast“ gewährleistet. Dem Tabellenblatt „Übersicht der Ergebnistabelle für den Malmquist-Index“ ließen sich die zur Robustheitsprüfung der Ergebnisse durchgeführten Sensitivitätsanalysen entnehmen. Die Belastbarkeit der Datengrundlage sei auch durch eine jeweils methodenspezifische Ausreißeranalyse sichergestellt worden, die der Vorgehensweise in den statischen Effizienzvergleichen entsprochen habe und sachgerecht sei, da Ausgangspunkt der Betrachtung die Effizienzgrenzen seien. Eine dynamische Kostentreiberanalyse und eine Ausreißeranalyse auch im dynamischen Kontext seien bei klassischen panelökonometrischen Ansätzen geboten, nicht aber bei den frontier-basierten Methoden DEA und SFA. Es sei nicht ersichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin präferierte dynamische Kostentreiberanalyse deutlich überlegen gewesen wäre. Konsistenzgesichtspunkte, der Grundsatz der Verfahrensökonomie und verschiedene Unwägbarkeiten (Absorbation des Großteils der Gesamtvariation durch fixe Effekte und Zeittrendkomponenten, Erfordernis einer ingenieurswissenschaftlichen Untersuchung potentieller dynamischer Kostentreiber) stünden letzterem Ansatz entgegen.

Die herangezogene Datengrundlage sei auch nicht durch regulatorische Vorgaben verzerrt. 50
Es liege in der Natur der Sache, dass diese bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht „herausgerechnet“ oder ausgeblendet würden. Die mit Rechtsänderungen, Rechtsprechungsänderungen und Änderungen der regulierungsbehördlichen Prüfpraxis einhergehenden Auswirkungen auf die Tätigkeit der Netzbetreiber entsprächen den Einstandspreis- und Produktivitätsveränderungen, die ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen auf Grund der Marktkräfte erfahren würde. Verzerrungen durch die Basisjahrbetrachtung mit Blick auf die Aufwandsparameter bzw. die diesen zugrundeliegenden Unternehmensdaten seien eher unwahrscheinlich und deshalb nicht geeignet, zu ergebnisrelevanten Verzerrungen der Datengrundlage zu führen. Der von der Beschwerdeführerin in Bezug genommene Anstieg dauerhaft nicht beeinflussbarer Kosten begründe sich im Wesentlichen durch einen Anstieg der vorgelagerten Netzkosten und der vermiedenen Netzentgelte, die Entwicklung sei inhaltlich von denen der

vorübergehend nicht beeinflussbaren und beeinflussbaren Kosten abgekoppelt.

Ihre Vorgehensweise bei der Berücksichtigung der Eigenkapitalverzinsung sei – wie vom Bundesgerichtshof auch bereits bestätigt – nicht zu beanstanden. Ihre Vorgehensweise sei konsistent mit den Effizienzvergleichen der vorangegangenen Regulierungsperioden. Sie habe im Rahmen des Malmquist-Index den retrospektiven Ansatz nicht für eine prognostische Entscheidung aufgegeben. Eine Bereinigung der Aufwandsparameter, die die Summe unterschiedlichster Kostenartenentwicklungen darstellten, hinsichtlich des Eigenkapitalzinssatzes wäre selektiv und willkürlich. Die Vorgehensweise beim Törnqvist-Index weiche ab, da sich die Indizes nicht nur methodisch stark unterschieden, sondern auch unterschiedliche Datengrundlagen gewählt worden seien. Es komme auch nicht zu einer doppelten Benachteiligung der Netzbetreiber. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass der im Rahmen des Malmquist-Index ermittelte Wert nur den sektoralen nominalen „Frontier Shift“ ausweise, der auch die sektorale Inputpreisentwicklung beinhalte, und das Vorgehen konsistent über den ganzen Zeitraum angewendet worden sei. Würde die Veränderung der Eigenkapitalverzinsung beim Malmquist-Index nicht berücksichtigt, führe dies zu einer Verzerrung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, da die Veränderungen der Eigenkapitalverzinsung dann nur einseitig bei der Gesamtwirtschaft Berücksichtigung fänden. 51

Die Ausgestaltung des Malmquist-Index im Hinblick auf die SFA und die DEA sei ebenfalls zutreffend. Die Kritik an der Annahme unterschiedlicher Skalenerträge bei der DEA verfange nicht. Die Annahme sowohl unterschiedlicher als auch einheitlicher Skaleneffekte sei in der wissenschaftlichen Literatur anerkannt. Es komme zu keiner Verzerrung bei der Ermittlung des „Frontier Shift“, da sie in beiden betrachteten Perioden entweder jeweils nicht-fallende Skalenerträge oder jeweils konstante Skalenerträge unterstellt habe. Auch das Modell der sog. Pooled SFA sei nicht zu beanstanden. Eine explizite Modellierung des „Catch-up“ sei für die Ermittlung des „Frontier Shift“ nicht erforderlich. Ein Ansatz mit expliziter Modellierung des Ineffizienzterms führe nur zu einem in der dritten Nachkommastelle abweichenden Ergebnis. Die in der Festlegung verwendete Ausgestaltung der SFA beinhalte Annahmen über die beiden stochastischen Terme Ineffizienz und Störterm und erlaube grundsätzlich eine Separierung der Ineffizienz als Basis des „Catch-up“. Alternativen, die eine explizite Modellierung der Ineffizienzen über die Zeit vornähmen, wiesen angesichts der im Streitfall geringen Beobachtungsanzahl deutlich größere Probleme auf als der gewählte Ansatz. Mit Blick auf die durchgeführten Sensitivitätsrechnungen sei zu beachten, dass sog. time-varying-models wegen der beschränkten Beobachtungsanzahl Konvergenz- bzw. anderen numerischen Problemen unterlägen bzw. – bei einfacherer Ausgestaltung – nicht als robust einzustufen seien. Sie würden je nach Ansatz auch deutlich über den ermittelten Werten liegende Ergebnisse liefern. Ein Vergleich der Ergebnisse von DEA, die „Catch-up“ und „Frontier Shift“ separiere, und SFA zeige schließlich, dass sich bei den SFA-Modellen ein durchschnittlich niedrigerer genereller sektoraler Produktivitätsfaktor ergebe. 52

Das anhand des Malmquist-Index ermittelte Ergebnis sei zudem hinreichend robust. Ergebnisschwankungen der totalen Faktorproduktivität seien keine Seltenheit, wie ein Blick in andere Länder und andere Branchen wie die der Telekommunikation zeige. Darüber hinaus ergebe sich für den berechneten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ein Konfidenzintervall von 0,99 bis 1,70 %, der ermittelte Mittelwert mit 1,35 % liege in diesem Intervall. Der Median sei mit 1,34 % fast identisch. Der Durchführung von Signifikanztests für jede Spezifikation habe es nicht bedurft, da von der individuellen (In-)Signifikanz einzelner Beobachtungen nicht auf die Signifikanz von Lageparametern einer Verteilung, hier des Mittelwerts, geschlossen werden könne und dürfe. Im Übrigen lägen keine stichhaltigen empirischen Beweise dafür vor, dass für die Mehrheit der Netzbetreiber kein signifikanter 53

netzbetreiberspezifischer Wert habe ermittelt werden können. Eine Betrachtung von unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“ zur Beurteilung der Methodenrobustheit sei schlichtweg nicht zielführend. Eine Bestabrechnung sei weder sachlich gerechtfertigt noch rechtlich geboten. Die Mittelwertbildung sei eine wissenschaftlich anerkannte Methode zur Plausibilisierung von Ergebnissen. A priori ein Modell stärker als ein anderes zu gewichten, wäre willkürlich. § 12 Abs. 3 und 4a ARegV sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Für eine analoge Anwendung fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, aber auch an einer vergleichbaren Interessenlage, da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor keine „kollektive“ Effizienzvorgabe sei.

Schließlich sei auch die finale Herleitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht zu beanstanden. Da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Effizienzvorgabe sei, habe die Erreichbarkeit des durchschnittlichen Branchenwerts für den einzelnen Netzbetreiber bei der Abwägungsentscheidung richtigerweise keine Berücksichtigung gefunden. Ihre Prognoseentscheidung bewege sich innerhalb des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums. Eine greifbare Überlegenheit der von der Beschwerdeführerin eingeforderten weitergehenden Berücksichtigung eines etwaigen Trends, wonach die Nachholeffekte, deren Abschöpfung die Einführung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ursprünglich gedient hätten, im Zeitverlauf geringer ausfielen, bestehe deshalb nicht, weil auch insoweit Prognoseunsicherheiten bestünden. Den zunächst größeren Nachholeffekten sei dadurch Rechnung getragen, dass der vorliegend festgelegte Wert deutlich unter dem Wert liege, den der Verordnungsgeber in der zweiten Regulierungsperiode vorgegeben habe. Dass das Spektrum an plausiblen Werten oberhalb des für den Gasbereich festgelegten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors liege, stehe der Plausibilität nicht entgegen, da die ermittelten Ergebnisse auf originären Daten der Elektrizitätsnetzbetreiber beruhten und die Gasbranche andere Produktivitäts- und Inputpreisveränderungen aufweisen könne. Voneinander abweichende Entwicklungen des Törnqvist- und Malmquist-Index stünden der Plausibilität des ermittelten Wertespektrums angesichts des möglichst langen Betrachtungszeitraums nicht entgegen. Es erhöhe die Validität der Aussage, zwei Methoden mit unterschiedlichen Sichtweisen – handelsrechtlich bzw. regulatorisch – zu verwenden. Voneinander abweichende Ergebnisse seien deshalb absehbar, im Ergebnis näherten sich die Berechnungen aber sogar an. Eine Entscheidung für das niedrigere Ergebnis sei vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Eine Wahrscheinlichkeit von 95 % für einen von Null verschiedenen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sei nicht zu verlangen, da eine Bestabrechnung im Rahmen des Malmquist-Index in keiner Ausgestaltung erfolgen dürfe bzw. müsse und die Berechnung von Signifikanzintervallen bei einer deterministischen Methode wie dem Törnqvist-Index aufgrund einer Vollerhebung nicht angezeigt sei. Angesichts der Komplexität der Schätzung eines branchenweiten Werts sei der Ansatz eines pauschalen Sicherheitsabschlags, mit dem sie auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ihrer Prognoseentscheidung immanenten Unsicherheiten entgegenwirke und gleichzeitig angemessene Netzentgelte gemäß § 21 Abs. 1 EnWG gewährleiste, schließlich ebenfalls nicht zu beanstanden. 54

Das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin erstrecke sich auf Akten aus rechtlich anderen Verwaltungsverfahren. Im energiewirtschaftlichen Beschwerdeverfahren sei das an den materiellen Aktenbegriff des Verwaltungsverfahrensgesetzes anknüpfende Begriffsverständnis der Beschwerdeführerin, bei dem vom Verwaltungsvorgang zur Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen dann auch die Festlegungen der Eigenkapitalverzinsung, des Qualitätselements und des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors umfasst seien, nicht zu rechtfertigen. 55

Eine Verpflichtung des Senats zur Beiziehung der Akten der Datenerhebungsverfahren bestehe nicht, da nicht zu erwarten sei, dass hieraus materiell-rechtliche Erkenntnisse resultierten. Dies gelte auch in Ansehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas. Der Bundesgerichtshof verlange von der Beschwerdeführerin nicht, dass diese die gesamte Datengrundlage der Entscheidung bis auf die letzte Zahl analysiere, um den Nachweis der fehlenden Validität der Datengrundlage zu erbringen. Eine Vollüberprüfung aller Bestandteile der Datengrundlage durch die Beschwerdeführerin sei nur dann als erforderlich anzusehen, wenn sie, die Bundesnetzagentur, selbst auch zu deren vollständiger Überprüfung verpflichtet wäre, was jedenfalls aus rechtlichen Gründen nicht der Fall sei. Im Übrigen habe sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ausführlich mit der vermeintlichen Mangelhaftigkeit der Datengrundlage für die Ermittlung des Törnqvist-Index insgesamt und insbesondere mit der Datengrundlage für den Netzentgeltdeflator auseinandergesetzt. 56

Mit der Neuregelung des § 23b EnWG sei keine Aussage hinsichtlich der Reichweite des Akteneinsichtsrechts im Rahmen des energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahrens verbunden. Aus der Veröffentlichung der Netzentgelte durch die Netzbetreiber gemäß § 27 Abs. 1 StromNEV bzw. § 21 Abs. 3 S. 1 EnWG in der am 27.07.2021 in Kraft getretenen Fassung folge nichts für die bei den Lieferanten erhobenen, nicht netzgebietsbezogen mitgeteilten Netzentgelte. 57

Schließlich bestehe kein Anspruch auf Einsicht in solche Unterlagen, die nicht Aktenbestandteil eines Verwaltungsverfahrens geworden seien, weil sie lediglich Zwischenstände der Bearbeitung darstellten bzw. den notwendigen Austausch zwischen den an einem aufwändigen Verfahren Beteiligten widerspiegelten und bei denen es sich deswegen nicht um rechtlich erhebliche Tatsachen handele, die als erforderlicher Bestandteil der Akten anzusehen wären. 58

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 09.12.2021 Bezug genommen. 59

B. 60

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. 61

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1 und Abs. 2, § 78 Abs. 1 und Abs. 3 EnWG statthaft, da sich aus § 9 Abs. 3 S. 1 EnWG ein Anspruch der Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin auf eine regulierungsbehördliche Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom ergibt (so bereits Senat, Beschl. v. 10.07.2019 - VI-3 Kart 719/18 [V], juris Rn. 49 f.). 62

Sie ist auch begründet. Die Bundesnetzagentur hat die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Sinne des § 9 Abs. 3 ARegV rechtswidrig ermittelt und festgesetzt, indem sie den Beurteilungsspielraum, der ihr bei Anwendung der Törnqvist-Methode bei der Wahl des Betrachtungszeitraums, des sog. Stützintervalls, zusteht, rechtsfehlerhaft ausgefüllt hat. Darüber hinaus ist ihre Auswahlentscheidung hinsichtlich des als Deflator für die Umsatzerlöse herangezogenen Monitoring-Index zu beanstanden, da sie dessen Eignung unzureichend begründet hat. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer rechtmäßigen Festsetzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode dieser einen niedrigeren Wert annimmt als der nach der Malmquist- 63

Methode ermittelte generelle sektorale Produktivitätsfaktor und die Bundesnetzagentur insgesamt einen niedrigeren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festgesetzt hätte als den von ihr festgesetzten Wert von 0,90 %. Die angefochtene Festlegung ist somit aufzuheben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu verpflichten. Die von der Beschwerdeführerin darüber hinaus gegen die Rechtmäßigkeit der Festlegung geführten Angriffe bleiben hingegen ohne Erfolg.

I. Die gerichtliche Prüfung der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch die Bundesnetzagentur unterliegt nach zwischenzeitlich gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 26.01.2021 – u.a. EnVR 7/20, juris Rn. 17 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. v. 26.10.2021 – EnVR 17/20, juris Rn. 15 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) nur einem eingeschränkten Prüfungsmaßstab. 64

1. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist gesetzlich bzw. verordnungsrechtlich nicht vollständig determiniert. 65

a) § 9 ARegV, der die verordnungsrechtlichen Anforderungen an die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors normiert, beruht auf § 21a Abs. 4 S. 7 EnWG, nach dem die Vorgaben für die Festlegung und Entwicklung der Obergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung unter Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vorsehen müssen. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor kann als Korrekturfaktor angesehen werden, durch den der VPI um Effizienzveränderungen in der Netzwirtschaft bereinigt wird. Er bildet mithin die unterschiedliche Kostenentwicklung beim Betrieb eines Strom- oder Gasnetzes im Vergleich zur gesamtwirtschaftlichen Preisentwicklung ab und ist daher in der Regulierungsformel auch als Abzug vom VPI ausgestaltet. 66

b) Nach § 9 Abs. 1 ARegV wird der generelle sektorale Produktivitätsfaktor aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung ermittelt. Während der Verordnungsgeber den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Gas- und Stromnetzbetreiber für die erste Regulierungsperiode auf 1,25 % und für die zweite Regulierungsperiode auf 1,5 % jährlich festgelegt hat (§ 9 Abs. 2 ARegV), hat seit der dritten Regulierungsperiode nach § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor jeweils vor Beginn einer Regulierungsperiode für die gesamte Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, zu ermitteln. Die Ermittlung hat unter Einbeziehung der Daten von Netzbetreibern aus dem gesamten Bundesgebiet für einen Zeitraum von mindestens vier Jahren zu erfolgen, § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV. Die Bundesnetzagentur kann, wie für die dritte Regulierungsperiode geschehen, jeweils einen Wert für Stromversorgungsnetze und für Gasversorgungsnetze ermitteln, § 9 Abs. 3 S. 4 ARegV. 67

c) Diese Vorgaben beanspruchen auch im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden Geltung. Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 02.09.2021 in der Rechtssache C-718/18 die Umsetzung der EU-Richtlinien 2009/72/EG (Strom) sowie 2009/73/EG (Gas) durch den deutschen Gesetzgeber für europarechtswidrig erklärt, weil § 24 S. 1 EnWG der Bundesregierung unmittelbar bestimmte Zuständigkeiten überträgt, die nach den Richtlinien ausschließlich der Regulierungsbehörde vorbehalten sind. Die Unabhängigkeit, die der Regulierungsbehörde im Rahmen der durch Art. 37 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 41 der Richtlinie 2009/73/EG 68

ausschließlich ihr übertragenen Aufgaben und Befugnisse verliehen wird, kann nicht durch Rechtsakte wie die von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats auf der Grundlage von § 24 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen beschränkt werden. Dies gilt auch für die auf der Grundlage von § 21a Abs. 6 EnWG erlassene Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV und die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 ARegV. Diese Vorschriften sind aber, wie vom Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden, grundsätzlich weiterhin anwendbar (BGH, Beschl. v. 08.10.2019 – EnVR 58/18, juris Rn. 60. ff – Normativer Regulierungsrahmen; a.a.O., Rn. 15 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

2. Auswahlentscheidungen der Bundesnetzagentur, die sie bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der Wahl einer zu seiner Ermittlung geeigneten Methode und deren Modellierung und Anwendung im Einzelnen zu treffen hat, sind nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Dies folgt aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle, die dieser in verschiedenen Rechtsbeschwerdeverfahren betreffend die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode (a.a.O., Rn. 17 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) gemacht hat. 69

a) Der gerichtlichen Kontrolle unterliegen danach in erster Linie die Kriterien, an denen sich die Regulierungsbehörde bei der ihr vom Verordnungsgeber übertragenen Auswahl und der Anwendung einer bestimmten von mehreren in Betracht kommenden Methoden orientiert, mit der sie den Produktivitätsfaktor als regulatorische, nicht exakt bestimmbare Größe abschätzt. Insoweit hat die Bundesnetzagentur in eigener Würdigung zu entscheiden, welche Kriterien heranzuziehen und in welcher Weise diese anzuwenden und zu anderen Kriterien ins Verhältnis zu setzen sind, wobei sie sich dabei gegebenenfalls sachverständiger Hilfe bedienen kann. 70

Die Validität der Datengrundlagen gehört dabei zu den Umständen, die die Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung des Stands der wissenschaftlichen Erkenntnis zu prüfen und zu bewerten und zu anderen Gesichtspunkten wie der Datenverfügbarkeit, dem erforderlichen Ermittlungsaufwand sowie gegebenenfalls rechtlichen Vorgaben etwa zur Fehlertoleranz in Beziehung zu setzen hat. Deshalb erstreckt sich die Verpflichtung des zur Rechtskontrolle der Entscheidung der Regulierungsbehörde berufenen Gerichts nicht auf eine vollständige Nachprüfung der Validität der Datengrundlagen einer gewählten Methode. 71

Des Weiteren muss die Bundesnetzagentur ermitteln, welche wissenschaftlich anerkannten Verfahren grundsätzlich in Betracht kommen und deren jeweilige Vor- und Nachteile gegeneinander abwägen, ohne dass sie vor der Entscheidung für eine bestimmte Methode alle möglicherweise geeigneten, in der Wissenschaft diskutierten Verfahren und Modelle umfassend aufarbeiten und in allen Einzelheiten auf ihre Anwendbarkeit, die konkrete Modellierbarkeit, die Verlässlichkeit und die Robustheit danach zu gewinnender Ergebnisse überprüfen müsste. Wählt die Regulierungsbehörde mit schlüssigen Erwägungen einen bestimmten, dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Ansatz, hängt es daher von den Umständen des Einzelfalls ab, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie entweder vor dieser Entscheidung oder bei deren Umsetzung verpflichtet ist, Alternativen zu prüfen oder sich um eine zusätzliche Absicherung des gefundenen Ergebnisses zu bemühen. Der Maßstab hierfür ergibt sich dabei nicht allein aus dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis, vielmehr ist rechtlich zu bestimmen, in welchem Umfang niemals vollständig zu vermeidende tatsächliche Unsicherheiten bei der Prognosegrundlage hinzunehmen sind und 72

wie sie sich auswirken.

Bei der Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen oder der Ausübung eines ihr eingeräumten (Regulierungs-)Ermessens ist die Bundesnetzagentur zudem grundsätzlich nicht verpflichtet, im Zweifel die den Netzbetreibern günstigere Entscheidung zu treffen. Die regulatorische Entscheidung dient dazu, für die Netzbetreiber wettbewerbsanaloge Entgelte zu ermitteln, weshalb die Netzbetreiber die - den Maßstäben des Gesetzes und insbesondere der Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG entsprechende - Regulierung ihrer Entgelte insgesamt und nicht nur insoweit hinnehmen müssen, als im Einzelfall festgestellt werden kann, dass ein bestimmtes Entgelt in einer hypothetischen Wettbewerbssituation nicht erzielbar wäre. Damit wäre eine uneingeschränkte Anlegung der Maßstäbe, die für Eingriffe in Freiheitsrechte gelten, die zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung getroffen werden, nicht vereinbar. 73

b) Demzufolge sind Auswahlentscheidungen der Bundesnetzagentur, die sie bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der Wahl einer zu seiner Ermittlung geeigneten Methode und deren Modellierung und Anwendung im Einzelnen zu treffen hat, nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, nämlich nur - insoweit aber vollständig - darauf hin, ob die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Grenzen eingehalten worden sind, die die Bundesnetzagentur zu beachten hatte. Eine von der Bundesnetzagentur bei der Wahl der Methode oder der Anwendung der gewählten Methode getroffene Auswahlentscheidung kann von Rechts wegen nur dann beanstandet werden, wenn sich feststellen lässt, dass der gewählte methodische Ansatz von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm nach dem durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde auszufüllenden gesetzlichen Rahmen zukommt, oder wenn ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (so auch bereits BGH, Beschl. v. 03.03.2020 – EnVR 26/18, juris Rn. 33 – Eigenkapitalzinssatz III). 74

c) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstab bestehen nicht. Der Bundesgerichtshof hat diesbezüglich zu Recht darauf hingewiesen, dass er aus den Grenzen der rechtlichen Determinierung und Determinierbarkeit der Aufklärung und Bewertung komplexer ökonomischer Zusammenhänge im Allgemeinen und der regulatorischen Aufgaben im Besonderen folgt und deshalb sowohl mit Art. 19 Abs. 4 GG als auch mit dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes vereinbar ist (BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Besonderheiten, die sich für die gerichtliche Kontrolle aus der in diesem Kontext von der Bundesnetzagentur zu treffenden Vielzahl an wertenden Auswahlentscheidungen ergeben, hatte der Bundesgerichtshof bereits in seinen Entscheidungen zum „Eigenkapitalzinssatz III“ (u.a. Beschl. v. 03.03.2020 – EnVR 26/18, juris Rn. 33) gewürdigt. Hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerden hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 29.07.2021 (1 BvR 1588/20, 1 BvR 1776/20, 1 BvR 1778/20, BeckRS 2021, 23595) nicht zur Entscheidung angenommen. 75

d) Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Prüfungsmaßstab trägt zudem den Anforderungen des Unionsrechts Rechnung, konkret der von den Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG nach Maßgabe der von der europäischen Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 03.12.2020 – C-767/19; Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, juris) verlangten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen. Gemäß dem in langjähriger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entwickelten Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung sind die Regelungen der 76

Anreizregulierungsverordnung wo auch immer möglich und bis zu der den Gerichten durch den Willen des nationalen Gesetzgebers gezogenen Grenzen im Sinne einer Gewährleistung und Sicherung dieser Unabhängigkeit auszulegen (BGH, a.a.O., Rn. 15 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II m.w.N.).

II. Danach ist die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile angewandte sog. Residualbetrachtung, bei der sie auf die Veränderungsrate des VPI abgestellt und eine gemeinsame Abbildung der Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung vorgenommen hat, nicht zu beanstanden. 77

1. Die Anwendung der Residualbetrachtung begründet die Bundesnetzagentur – wie bereits bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas – im Wesentlichen damit, dass § 9 Abs. 1 ARegV nicht zwingend vorgebe, dass die einzelnen Komponenten für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors individuell zu berechnen seien. Die Problematik, dass es keinen einheitlichen Einstandspreisfaktor für die Gesamtwirtschaft gebe, spreche vielmehr für eine residuale Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile. Die allgemeine Inflationsrate drücke bei einer wettbewerblich orientierten Volkswirtschaft die Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise der Gesamtwirtschaft und der Rate des gesamtwirtschaftlichen technologischen Fortschritts aus. Diese anerkannten volkswirtschaftlichen Zusammenhänge könnten vorliegend genutzt werden, um die Änderung der gesamtwirtschaftlichen Inputpreise residual aus der Inflationsrate und dem allgemeinen Produktivitätsfortschritt (gemessen als Änderung der totalen Faktorproduktivität der Gesamtwirtschaft) abzuleiten. Diese Vorgehensweise erschöpfe sich damit in methodischer Hinsicht in einer Umstellung der ursprünglichen Formel mittels Äquivalenzumformungen (Festlegung, S. 20 ff.). 78

2. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur entspricht den gesetzlichen Vorgaben. Auch wenn sich nach § 9 Abs. 1 ARegV der generelle sektorale Produktivitätsfaktor aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung ergibt, bedeutet dies nicht, dass die Bundesnetzagentur zunächst diese vier Größen zu ermitteln hätte. Dies folgt weder aus dem Wortlaut noch aus der Begründung, wie bereits höchstrichterlich entschieden. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichtshofs (BGH, a.a.O. Rn. 35 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I, zuvor bereits Senat, a.a.O., Rn. 81 ff.) wird zur Vermeidung von Wiederholung Bezug genommen. Die Beschwerdeführerin hat keine rechtlichen Gesichtspunkte aufgezeigt, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. 79

3. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur entspricht des Weiteren dem Stand der Wissenschaft. Insbesondere ist nicht aufgezeigt, dass die Annahme der Bundesnetzagentur zur Äquivalenz des VPI einerseits und der Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise der Gesamtwirtschaft und der Rate des gesamtwirtschaftlichen technologischen Fortschritts andererseits nicht tragfähig wäre, weil die deutsche Volkswirtschaft – entgegen den bereits in den Beschwerdeverfahren zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas getroffenen Feststellungen – nicht als wettbewerblich organisiert angesehen werden könnte oder weil sich die Wettbewerbsintensität und allokative Ineffizienz in der Gesamtwirtschaft verändert hätten. Einer gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob die Wettbewerbsintensität und die allokative Ineffizienz in der Gesamtwirtschaft als über den Betrachtungszeitraum unverändert angenommen werden durften, bedurfte es nach alledem nicht. 80

81

4. Es ist schließlich nicht vorgetragen, dass ein anderer Ansatz der Residualbetrachtung greifbar überlegen wäre. Dies gilt namentlich für die Differenzmethode, bei der die in § 9 Abs. 1 ARegV genannten Parameter getrennt ermittelt werden. Wie vom Senat in seinen Entscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas ausgeführt, lässt sich eine Überlegenheit des Differenzansatzes nicht damit begründen, dass dieser eine Kompensation gegenseitiger, auf der gesamtwirtschaftlichen ebenso wie auf der netzwirtschaftlichen Seite der Formel auftretender Fehler herbeiführen könnte. Eine solche Kompensationswirkung hängt von der Gültigkeit zahlreicher Grundannahmen ab, deren Erfüllung unwahrscheinlich erscheint (i.E. Senat, a.a.O., Rn. 85 ff.). Im Übrigen ist der Umstand, dass sich bei Heranziehung des Differenzansatzes ein für die Netzbetreiber günstigerer genereller sektoraler Produktivitätsfaktor ergeben mag, nach den eingangs dargestellten höchstrichterlichen Maßstäben rechtlich unerheblich (BGH, a.a.O., Rn. 25, 42 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und vermag erst Recht keine wissenschaftliche Überlegenheit des Ansatzes zu begründen.

Da schon nicht in erheblicher Weise vorgetragen ist, dass es sich bei dem Differenzansatz um ein wissenschaftlich geläufiges Verfahren zum Ausschluss von Verzerrungen bei der Ermittlung volkswirtschaftlicher Größen wie den vorliegenden handelt, musste ihn die Bundesnetzagentur auch weder zur Plausibilisierung heranziehen noch den wissenschaftlichen Nachweis führen, dass und warum dieser Ansatz dem von ihr gewählten jedenfalls nicht überlegen ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 44 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 82

III. Unter Anlegung des eingangs dargestellten Prüfungsmaßstabes ist jedoch die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode mit Blick auf die Wahl des Betrachtungszeitraums, konkret die Einbeziehung des Jahres 2006, rechtswidrig. 83

1. Nach § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor unter Einbeziehung der Daten von Netzbetreibern für einen Zeitraum von mindestens vier Jahren zu ermitteln. Danach obliegt die Wahl des konkreten, vier Jahre gegebenenfalls überschreitenden Zeitraums, den sie ihrer Festlegung zugrunde legt, der Bundesnetzagentur (BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Zeitraum in der Vergangenheit, auf den sich hiernach die Prognose für die Zukunft stützt und von dem angenommen wird, dass die im Vergangenheitszeitraum beobachteten Entwicklungen auch für den Prognosezeitraum ihre Gültigkeit behalten, wird auch als Stützintervall bezeichnet (WIK-Gutachten, S. VII). Die Entscheidung der Bundesnetzagentur für ein solches Stützintervall ist dann zu beanstanden, wenn der gewählte Zeitraum von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen der gewählten Berechnungsmethode zukommt, oder ein anderer Zeitraum unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (BGH, a.a.O., Rn. 28, 73 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 84

Ob und in welchem Maß ein Stützintervall als Prognosegrundlage für die zukünftige Entwicklung geeignet ist, kann sich dabei im Einzelfall nach einer Vielzahl von Umständen bemessen, zu denen neben der Länge des Stützintervalls und der hierdurch erwarteten Glättung um zufällige Besonderheiten insbesondere auch die Qualität der Datengrundlage für die gewählten Jahre, die vollständige Abbildung von Investitionszyklen, Strukturbrüche der Produktivitätsentwicklung im zeitlichen Verlauf und die Plausibilität des ermittelten Ergebnisses anhand von Vergleichsbetrachtungen gehören können. 85

2. Zur Begründung der getroffenen Wahl hat die Bundesnetzagentur ausgeführt, dass für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors grundsätzlich ein möglichst langer Zeitraum berücksichtigt werden sollte, um die Glättung temporärer Effekte zu gewährleisten. Durch die Berücksichtigung des von ihr gewählten Zeitraums würden sich elf Veränderungspunkte ergeben, wobei das Jahr 2006 das erste Jahr darstelle, in dem von allen Netzbetreibern Jahresabschlüsse zu erstellen gewesen seien, weshalb erst ab diesem Jahr die für die Berechnung benötigten Daten verfügbar gewesen seien (Festlegung, S. 22). 86

Die von Konsultationsteilnehmern geäußerte Kritik an der Einbeziehung des wegen starker Abweichungen der Daten von denen der Folgejahre als auffällig bzw. sogar unplausibel bezeichneten Jahres 2006 verfange nicht. Es liege in der Natur der Sache dass sowohl Kostenpositionen als auch Umsatzerlöse von Jahr zu Jahr schwankten, nicht plausible Unterschiede zu den Folgejahren seien nicht festzustellen. So seien etwa die geleisteten Arbeitsstunden der Netzbetreiber stärker, aber nicht in unplausiblem Umfang zurückgegangen, da es in diesem Zeitraum vermehrt zu Gründungen von kleinen und anschließend wieder von großen Netzgesellschaften gekommen sei. Zudem handele es sich bei allen in die Berechnung eingehenden Daten um umfangreich plausibilisierte Daten aus den Jahresabschlüssen der Stromnetzbetreiber. Mögliche strukturelle Veränderungen bildeten daher – unabhängig davon, ob sie die Produktivität möglicherweise erhöhen oder senken würden – die tatsächlichen Gegebenheiten ab (Festlegung, S. 23). 87

Das unverkürzte Zeitintervall sei auch im Vergleich mit um das Jahr 2006 verkürzten Stützintervallen als robust anzusehen. Eine Untersuchung von acht weiteren theoretischen Zeiträumen (2007 bis 2017, 2007 bis 2016, 2007 bis 2015, 2007 bis 2014, 2007 bis 2013, 2007 bis 2012, 2007 bis 2011 und 2007 bis 2010) ergebe, dass alle in den genannten Zeiträumen ausgewiesenen Ergebnisse im positiven Bereich lägen mit einem Mittelwert von 2,05 %. Die Einbeziehung der Daten des Jahres 2006 sei daher sachgerecht, eine Verkürzung des Stützintervalls aufgrund der aufgezeigten Schwankungen willkürlich und ein sachlicher Grund hierfür nicht erkennbar (Festlegung, S. 23 f). 88

3. Das gewählte Stützintervall ist nicht bereits deshalb als Grundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ungeeignet, weil die beobachtete totale Faktorproduktivität und demgemäß auch die jährlichen Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im gewählten Stützintervall stark streuen, was insbesondere auf Schwankungen bei den Umsatzerlösen und dort den als Deflator verwendeten Netzentgelten zurückzuführen ist. Die Bundesnetzagentur hat nachvollziehbar dargelegt, dass hohe Schwankungen bei der Preisentwicklung auch auf einzelnen Märkten, die den jährlichen VPI bestimmen, üblich seien. Mit zunehmender Disaggregation lassen sich steigende Volatilitäten feststellen, wie von ihr exemplarisch für einzelne Märkte dargelegt. Erhebliche Schwankungen lassen sich etwa auch bei der Produktivitätsentwicklung bei Elektrizitätsverteilernetzbetreibern im Vereinigten Königreich feststellen. Vor diesem Hintergrund vermag allein die Volatilität der ermittelten Werte keine erheblichen Zweifel an deren Robustheit zu begründen und es bestand für die Bundesnetzagentur kein Anlass, die Ursache der Schwankungen näher zu untersuchen (so auch bereits zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas BGH, a.a.O., Rn. 77 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 41 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 89

4. Die Wahl des Stützintervalls von 2006 bis 2017 ist auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Jahr 2006 von vornherein keine geeignete Grundlage darstellt, um gemäß den Vorgaben in § 9 Abs. 3 S. 1 und 2 ARegV Abweichungen zwischen der Entwicklung der 90

netzwirtschaftlichen und der gesamtwirtschaftlichen Produktivität und Einstandspreisentwicklung zu ermitteln.

a) Aus rechtlichen Gründen kann eine fehlende Eignung nicht allein mit den regulatorischen Besonderheiten, die im Jahr 2006 als dem ersten Jahr der Netzentgeltregulierung zu verzeichnen waren, begründet werden. 91

Es ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig geblieben, dass das Jahr 2006 ein „Ausreißerjahr“ darstellt, weil es durch den Beginn der Netzentgeltregulierung geprägt ist. Dies hat sich im Wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten unmittelbar auf die Ermittlung der Produktivitätsentwicklung niedergeschlagen. 92

Zum einen war die Höhe der Netzentgelte im Jahr 2006 ganz oder teilweise noch durch den Übergang vom Regelungsregime des „verhandelten“ zu dem des „regulierten“ Netzzugangs geprägt, der durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005 geschaffen wurde. Da die Netzentgeltgenehmigungen durch die Bundesnetzagentur auf die entsprechenden Anträge der Netzbetreiber unstreitig erst im Verlaufe des Jahres 2006 bzw. teilweise erst im Jahr 2007 ergangen sind, galten zu Beginn des Jahres 2006 noch die „verhandelten“ Netzentgelte aufgrund der Verbändevereinbarung (VV II plus), die häufig höher lagen als die später im Rahmen der neuen gesetzlichen Vorgaben genehmigten Entgelte. Berücksichtigt wurden für das Jahr 2006 deshalb unter Umständen höhere Netzentgelte als diejenigen, die sich unter dem System der Netzentgeltregulierung ergaben. Da die Netzentgelte zur Umrechnung der nominalen in die preisbereinigten Umsatzerlöse, mithin als Deflator, verwendet werden, wirkt sich ihre Höhe in erheblicher Weise auf die Ermittlung des Bruttoproduktionswerts aus. 93

Zum anderen durften gemäß § 118 Abs. 1b S. 2 i.V.m. § 23b Abs. 5 S. 1 EnWG a.F. Stromnetzbetreiber bis zur Entscheidung über den ersten Genehmigungsantrag die bis dahin geltenden Entgelte erst einmal beibehalten. Da die zunächst beibehaltenen Entgelte die später genehmigten Entgelte teilweise überstiegen, bildeten zahlreiche Netzbetreiber im Jahr 2006 erhebliche Rückstellungen für später abzuschöpfende Mehrerlöse. Dies führte jeweils zu einer Minderung der Umsatzerlöse in diesem Jahr, was den Bruttoproduktionswert nach unten verzerrt. 94

Die Bundesnetzagentur hat aber im Ausgangspunkt zutreffend darauf verwiesen, dass Effekte, die auf regulatorische Eingriffe der zuständigen Stellen zurückzuführen sind und die sich auf die netzwirtschaftliche Produktivitäts- und/oder Einstandspreisentwicklung auswirken, sei es in Gestalt von Einmaleffekten oder von regelmäßig wiederkehrenden Effekten, im regulierten Monopol immer wieder auftreten. Es liefe deshalb dem Sinn und Zweck der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Korrekturfaktor für den VPI, Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Branche in Abgrenzung zur Gesamtwirtschaft abzubilden, zuwider, wenn man die Datengrundlage um sämtliche regulatorischen Effekte bereinigen würde. Dies gilt - mit den im Folgenden noch auszuführenden Einschränkungen - auch für Einmaleffekte, da bei der für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anzustellenden Prognoseentscheidung zu berücksichtigen ist, dass auch in Zukunft unabsehbare, regulatorisch bedingte Einmaleffekte auftreten können. Allein der Umstand, dass sich regulatorische Vorgaben auf die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung auswirken bzw. diese überlagern, kann deshalb für sich gesehen noch nicht die Annahme rechtfertigen, dass eine von diesen Effekten geprägte Datenbasis als Grundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ausscheidet. 95

96

b) Auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Zweifel an der Validität der Datengrundlage des Jahres 2006 schließen eine Einbeziehung dieses Jahres in das Stützintervall nicht von vornherein aus. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Datengrundlage für das Jahr 2006 in einem Maße unzureichend oder unzuverlässig gewesen wäre, dass die Einbeziehung dieses Jahres in das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall bereits wegen der mangelnden Datenqualität ausscheiden muss. Dies würde nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, a.a.O., Rn. 68 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage für das Jahr 2006 vorgetragen bzw. jedenfalls stichprobenartig aufgewiesen hat, was nicht der Fall ist. Dies gilt insbesondere für die Qualität der Daten zu den durchschnittlichen Netzentgelten, die von der Bundesnetzagentur zur Deflationierung der Umsatzerlöse herangezogen worden sind.

Unbeschadet der Frage der grundsätzlichen Eignung des Monitoring-Index als Deflator für die Umsatzerlöse (nachstehend unter IV.) hat die Beschwerdeführerin mit Blick auf die regulatorischen Besonderheiten des Jahres 2006 nicht hinreichend konkret aufgezeigt, dass diese zu grundlegenden Fehlern oder erheblichen Verzerrungen in der Datengrundlage geführt hätten. Zwar ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig, dass der Stichtag für die Erhebung der Monitoring-Daten der 01.04.2006 war und es im Verlauf des Jahres 2006 infolge der sukzessive erfolgenden Genehmigungen von Netzentgelten durch die Bundesnetzagentur nach dem 01.04.2006 zu unterjährigen Netzentgeltanpassungen gekommen ist, die damit in der Datengrundlage keine Berücksichtigung mehr gefunden haben. Dass die auf Grundlage des Monitoring-Index angesetzten Daten in so erheblichem Umfang von den tatsächlich vereinnahmten Netzentgelten abwichen, dass sie insgesamt nicht mehr belastbar wären, lässt sich dem allerdings nicht entnehmen. Die Bundesnetzagentur hat zu ihrer Vorgehensweise bei den ersten Netzentgeltgenehmigungen vorgetragen, dass sie grundsätzlich die großen vor den kleinen Netzbetreibern geprüft habe und deshalb beim ersten Übertragungsnetzbetreiber mit Wirkung zum 01.07.2006 die erste Entgeltgenehmigung ausgesprochen habe und beim ersten Verteilernetzbetreiber mit Wirkung zum 01.08.2006. Im weiteren Verlauf habe sie mit Wirkung zum 01.10.2006 bei weiteren 23 Netzbetreibern, mit Wirkung zum 01.11.2006 bei 33 Netzbetreibern und mit Wirkung zum 01.12.2006 bei weiteren 70 Verteilernetzbetreibern Netzentgelte genehmigt. Damit ist im Jahr 2006 nur einem Teil der über 700 Netzbetreiber eine Netzentgeltgenehmigung erteilt worden, die Anlass für eine Netzentgeltanpassung hätte geben können. Selbst wenn man annimmt, dass hiervon ein Großteil des Kostenvolumens im Strombereich umfasst sein sollte, wofür die als Anlage BF 12 vorgelegte Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 20.12.2006 spricht, und weiter berücksichtigt, dass ausweislich eines von PwC durchgeführten Benchmarking-Projekts zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom, an dem sich 164 Netzbetreiber beteiligt haben (im Folgenden: Projekt Benchmarking-Transparenz), mindestens 69 Netzbetreiber auch tatsächlich unterjährige Netzentgeltanpassungen vorgenommen haben, so sind diese unter Berücksichtigung des Genehmigungszeitpunkts ganz überwiegend erst zum Jahresende hin erfolgt, so dass sich etwaige Netzentgeltanpassungen allenfalls über einen sehr kurzen Zeitraum des Jahres 2006 erstreckt haben und hierdurch eine spürbare Verzerrung der Datengrundlage nicht erfolgt sein muss. 97

Allein der Umstand, dass die Datenbasis für das Jahr 2006 weniger belastbar ist als für die Folgejahre, schließt im Übrigen die Heranziehung der Daten nicht von vornherein aus. Vielmehr obliegt es der Bundesnetzagentur, die Validität unter Berücksichtigung des Stands wissenschaftlicher Erkenntnis zu prüfen und zu bewerten, wobei sie die Validität zu anderen Gesichtspunkten wie insbesondere der Datenverfügbarkeit und dem erforderlichen 98

Ermittlungsaufwand ins Verhältnis zu setzen hat (BGH, a.a.O., Rn. 19, 80 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Ob dies im Streitfall eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch die Bundesnetzagentur zum Umfang der unterjährigen Netzentgeltanpassungen erfordert hätte, um die Validität der Datengrundlage beurteilen und die Datengrundlage ggfs. verbessern zu können, kann mit Blick auf die fehlende Eignung des Jahres 2006 als Prognosegrundlage aus anderen Gründen dahinstehen.

c) Wie vom Bundesgerichtshof zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas bereits entschieden, ist des Weiteren die Einbeziehung des Jahres 2006 als Basisjahr in ein Stützintervall, das in einem auf ein Basisjahr folgendes Jahr endet, nicht per se beurteilungsfehlerhaft (BGH, a.a.O., Rn. 70 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 99

Zwar wirkt sich bei der Wahl eines solchen Stützintervalls der sog. Basisjahreffekt zulasten der Netzbetreiber aus. Der Basisjahreffekt bezeichnet den Umstand, dass Netzbetreiber Investitionen, bei denen ein entsprechender zeitlicher Spielraum besteht, vorzugsweise in ein Basisjahr verschieben, wodurch sich für die folgende Regulierungsperiode höhere Erlösobergrenzen und damit höhere Netzentgelte ergeben (BGH, a.a.O., Rn. 71 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Basisjahreffekt wirkt sich mithin auf die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Jahre und damit auf die Produktivitätsentwicklung aus. Werden Kosten aus dem Jahr vor bzw. nach einem Basisjahr in selbiges verschoben, führt dies in denjenigen Jahren, aus denen Kosten verlagert werden, zu einer Reduktion auf der Inputseite, womit bei gleichbleibendem Output das Jahr besonders produktiv erscheint. Das Basisjahr selbst erscheint hingegen weniger produktiv, da der Input erhöht wird, ohne dass es korrespondierend zu einer Erhöhung des Outputs käme. Bei der Betrachtung der Produktivitätsentwicklung führt dies zu einer Überschätzung der Produktivitätssteigerung im Verhältnis des Basisjahres zum Folgejahr, die allerdings im Ergebnis durch die Unterschätzung der Produktivitätssteigerung zwischen dem Jahr vor dem Basisjahr und dem Basisjahr einerseits und dem Folgejahr eines Basisjahres und dem Folge-Folge-Jahr andererseits kompensiert wird. Werden diese Zyklen jeweils vollständig abgebildet, kann sich der Basisjahreffekt somit nicht verzerrend auf die angenommene Produktivitätsentwicklung auswirken. Im Streitfall ist dies indes nicht gewährleistet. Basisjahre waren im Strombereich die Jahre 2006, 2011 und 2016, womit die Betrachtung bei dem von der Bundesnetzagentur gewählten Stützintervall mit einem Basisjahr beginnt und mit dem Folgejahr eines Basisjahres endet. Hierin ist eine Überschätzung der Produktivitätsentwicklung insgesamt angelegt, da die Überschätzung des Produktivitätsfortschritts für alle drei in dem Zeitraum liegenden Basisjahre vollständig, die Unterschätzung des Produktivitätsfortschritts hingegen mit Blick auf das erste und letzte Basisjahr unvollständig abgebildet wird. 100

Allerdings ist eine hierdurch ausgelöste mögliche Ergebnisverzerrung nur ein Aspekt, der bei der Auswahl des Stützintervalls von Bedeutung sein und gegebenenfalls ein anderes Stützintervall als greifbar überlegen erscheinen lassen kann. Wie vom Bundesgerichtshof zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas bereits entschieden (BGH, a.a.O., Rn. 74 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), spiegelt der Basisjahreffekt eine tatsächliche Entwicklung wider und rechtfertigt für sich genommen noch nicht die Annahme, ein Stützintervall, in dem sich dieser Effekt überproportional auswirkt, sei deshalb von vornherein ungeeignet. Weder aus Sinn und Zweck des Systems der Anreizregulierung noch aus den Vorschriften zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors lässt sich danach ableiten, dass ein mit der Praxis der Netzbetreiber, durch Verlagerung von Kosten in das Basisjahr eine Steigerung der Erlösobergrenze zu erreichen, verbundener negativer Effekt bei der Berechnung eines anderen für die Erlösobergrenze relevanten 101

Faktors, hier des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, zwingend auszugleichen wäre.

Die Einbeziehung des Jahres 2006 in das gewählte Stützintervall kann mithin nicht allein mit der Begründung, Investitionszyklen mit Blick auf das Basisjahr würden – im konkreten Fall zum Nachteil der Netzbetreiber – unvollständig abgebildet, als rechtswidrig beanstandet werden. 102

d) Schließlich ist das gewählte Stützintervall von 2006 bis 2017 auch nicht deshalb schon im Ausgangspunkt ungeeignet, die ihm zukommende Funktion bei der Schätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die dritte Regulierungsperiode zu erfüllen, weil es einen Strukturbruch in Gestalt eines ab dem Jahr 2010 bzw. 2012 einsetzenden Negativtrends unberücksichtigt ließe. 103

Zwar lässt sich feststellen, dass die sich jährlich ergebenden Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bei einer Betrachtung der einzelnen Beobachtungen vom jährlichen Veränderungswert 2012-2013 bis zum letzten möglichen Veränderungswert 2016-2017 ausschließlich im negativen Bereich liegen, nämlich 2012-2013 bei -2,19 %, 2013-2014 bei -1,56 %, 2014-2015 bei -2,81 %, 2015-2016 bei -1,57 % und 2016-2017 bei -0,33 % (vgl. etwa die Abbildung „XGen Jahreswerte Törnqvist-Index“ in der BDEW-Stellungnahme „Xgen Strom, Der Einfluss des Betrachtungszeitraums“ vom 17.01.2019). 104

Bei Berücksichtigung des bereits dargestellten Basisjahreffekts, der mit Blick auf das Basisjahr 2011 zu einer systematischen Überschätzung des Produktivitätsfortschritts von 2011 auf 2012 bei einer gleichzeitigen Unterschätzung des Produktivitätsfortschritts von 2010 auf 2011 bzw. von 2012 auf 2013 geführt haben dürfte, liegt sogar die Annahme nahe, dass der Trend zu negativen jährlichen Veränderungswerten bereits seit der Beobachtung 2010-2011 mit einem Veränderungswert von -3,70 % besteht, weil der sich für 2011-2012 ergebende positive Wert von 2,39 % durch den Basisjahreffekt getrieben ist und ohne diesen niedriger und möglicherweise ebenfalls im negativen Bereich gelegen hätte. 105

Die einzelnen Jahreswerte gebieten es jedoch nicht zwingend, bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode einen Betrachtungszeitraum zu wählen, der frühestens ab dem Jahr 2010 beginnt und damit den aufgezeigten Negativ-Trend maßgeblich berücksichtigt. Die Beobachtungsdauer, die der Prognose für die Entwicklung der netzwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung im Verhältnis zur gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung maximal zugrunde gelegt werden kann, beträgt insgesamt 12 Jahre (2006 bis 2017). Ein separater Jahresabschluss als taugliche Datengrundlage war von den Netzbetreibern gemäß § 10 i.V.m. § 114 EnWG a.F. erstmals für das Jahr 2006 zu erstellen. Gleichzeitig folgt aus dem Umstand, dass nach § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor vor Beginn der Regulierungsperiode, hier also dem 01.01.2019, zu ermitteln hat, in tatsächlicher Hinsicht, dass 2017 das letzte Jahr ist, das nach der verfügbaren Datengrundlage (vollständig) in die Betrachtung einbezogen werden konnte (vgl. bereits BGH, a.a.O., Rn. 65 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Damit können insgesamt 11 Beobachtungen für die Veränderung der Produktivität zwischen zwei Jahren getroffen werden. Hierbei handelt es sich um eine verhältnismäßig geringe Anzahl an Beobachtungen, die es in besonderem Maße nahelegt, im Interesse einer Glättung um temporäre Effekte einen möglichst langen Betrachtungszeitraum zu wählen, worauf die Bundesnetzagentur auch ausdrücklich abstellt. Zudem liegen keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich bei den zuletzt ermittelten negativen Jahreswerten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors um einen verfestigten Trend handelt, dessen Fortsetzung auch in der dritten Regulierungsperiode sicher zu erwarten ist. Der Jahreswert ist bei den letzten drei Beobachtungen von -2,81 % 106

(2014-2015) über -1,57 % (2015-2016) auf -0,33 % (2016-2017) gestiegen und nährt sich damit dem Nullwert bzw. dem positiven Bereich wieder deutlich an. Allein bei einer Fortschreibung dieser eher kurzfristigen Entwicklung ließe sich für die dritte Regulierungsperiode die Erwartung positiver Werte begründen. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass es sich bei dem Jahr 2016 um ein Basisjahr handelt und der Jahreswert 2015-2016 nach unten und der Jahreswert 2016-2017 nach oben verzerrt sein dürften. Denn angesichts der im Zeitverlauf vorgenommenen Änderungen der ARegV ist davon auszugehen, dass sich der Basisjahreffekt zunehmend abschwächt. Zu den zwischenzeitlich erfolgten Eingriffen des Verordnungsgebers, die den Basisjahreffekt abmildern, zählen der durch die Änderungsverordnung vom 07.09.2010 eingeführte § 6 Abs. 2 ARegV, wonach Kosten, die auf einer Besonderheit des Geschäftsjahres beruhen, auf das sich die Kostenprüfung bezieht, bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt bleiben, und der durch die Änderungsverordnung vom 14.09.2016 eingeführte Kapitalkostenaufschlag. Nach § 10a ARegV können Verteilernetzbetreiber ihre Investitionskosten in Form von Kapitalkosten über eine jährliche Erhöhung der Erlösobergrenze nunmehr ohne Zeitverzug zurückverdienen. Damit sind maßgebliche Anreize für die (Verteiler-)Netzbetreiber, Investitionen in das Basisjahr zu verlegen, um mit einer möglichst hohen Ausgangsbasis in die Regulierungsperiode zu gehen, entfallen.

Die Annahme, dass sich der jüngere Trend zu negativen jährlichen Werten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch in der dritten Regulierungsperiode fortsetzen wird, lässt sich auch nicht hinreichend belastbar auf allgemeine Entwicklungen im Bereich der Stromnetze stützen. Der Schluss, dass der aufgezeigte Trend maßgeblich durch die Energiewende und den hierdurch hervorgerufenen Investitionsbedarf bedingt ist, der sich auch in den kommenden Jahren fortsetzen wird und deshalb zwangsläufig auch künftig zu negativen Werten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen wird, ist schon deshalb nicht zwingend, weil sich die jährlichen Werte bei einer Ermittlung nach der Malmquist-Methode gegenläufig entwickeln und in jüngerer Zeit im positiven Bereich liegen. 107

Nach alledem bewegt sich die Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zustehenden Beurteilungsspielraums, wenn sie den aufgezeigten Negativtrend bei der Wahl des Stützintervalls nicht maßgeblich berücksichtigt. 108

5. Die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur zugunsten des Stützintervalls von 2006 bis 2017 ist indes rechtsfehlerhaft, weil sich dieses im Rahmen der erforderlichen Plausibilisierung wegen der Einbeziehung des Jahres 2006 nicht als hinreichend aussagekräftig und belastbar erweist und andere Stützintervalle als Prognosegrundlage deutlich überlegen sind. Damit genügt die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. 109

a) Die von der Bundesnetzagentur bei Anwendung der Törnqvist-Methode getroffene Auswahlentscheidung für ein Stützintervall bedarf der Absicherung durch eine Plausibilisierung. 110

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Bundesnetzagentur vor einer methodischen Entscheidung oder bei deren Umsetzung verpflichtet ist, Alternativen zu prüfen oder sich um eine zusätzliche Absicherung des gefundenen Ergebnisses zu bemühen. Insbesondere kommt es darauf an, ob sich bei der Verfolgung eines gewählten Ansatzes Anhaltspunkte dafür ergeben, dass und gegebenenfalls in welcher Beziehung und in welchem Umfang eine grundsätzliche Methodenentscheidung oder die Weichenstellung in einem Einzelpunkt der 111

Untersuchung einer erneuten Überprüfung bedarf, um ein verlässliches und aussagekräftiges Ergebnis zu gewinnen (BGH, a.a.O., Rn. 23 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

Solche Anhaltspunkte, die eine Absicherung erforderlich machen, liegen im Streitfall mit Blick auf die Einbeziehung des Jahres 2006 vor. 112

aa) Dies gilt zunächst wegen der Einordnung des Jahres 2006 als „Ausreißerjahr“. 113

(1) Wie vorstehend unter 4.a) und b) aufgezeigt, war das Jahr 2006 durch einmalige Sondereffekte geprägt, die im Zusammenhang mit dem Beginn der Netzentgeltregulierung stehen, und die sich auch auf die Qualität der für das Jahr zur Verfügung stehenden Daten, insbesondere zu den durchschnittlichen Netzentgelten, ausgewirkt haben. 114

Dies zeigt sich auch bei einer Betrachtung der jährlichen Veränderungsraten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors: Diejenige zwischen den Jahren 2006 und 2007 nimmt mit 15,47 % nicht nur den höchsten ermittelten positiven Wert an, sondern übersteigt auch den zweithöchsten, für 2009-2010 ermittelten Wert von 7,87 % um das Doppelte. Dass es sich bei dem Jahr 2006 mit Blick auf seinen Einfluss auf die Produktivitätsentwicklung um ein „Ausreißerjahr“ handelt, wird letztlich auch von der Bundesnetzagentur nicht in Frage gestellt, die in dem gemeinsam mit dem Bundeskartellamt vorgelegten Monitoringbericht 2018 (Stand: 21.11.2018, S. 153 Fn. 50) selbst unter Hinweis auf Sondereffekte bei der Einführung der Regulierung eine hierdurch bedingte, nur sehr eingeschränkte Eignung des Jahres 2006 als Bezugsjahr für einen Zeitreihenvergleich konzediert hat. 115

(2) Diese Einordnung begründet im Streitfall das Erfordernis einer zusätzlichen Absicherung. Anders als von der Bundesnetzagentur im Verhandlungstermin vertreten, lässt sich die Einbeziehung des Jahres 2006 nicht allein mit der Wahl des längst möglichen Stützintervalls rechtfertigen mit der Folge, dass weitere Plausibilisierungserwägungen entbehrlich wären. 116

(a) Zwar dürfen historische Daten, die als Grundlage für die Abschätzung des zukünftigen Produktivitätsfortschritts dienen, auch auf besonderen, sich nicht wiederholenden regulatorischen Einflüssen beruhen. Die Abbildung der Auswirkungen regulatorischer Vorgaben ist sogar geboten, weil der generelle sektorale Produktivitätsfaktor die Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Branche in Abgrenzung zur Gesamtwirtschaft abbilden soll. Einmalige regulatorische Sondereffekte sind im Zeitablauf immer wieder zu beobachten. Auch in dem zu prognostizierenden Zeitraum können sie auftreten, ohne dass ihr Auftreten und dessen konkrete Auswirkungen auf den Produktivitätsfortschritt absehbar wären. Ein sachangemessener Umgang mit einmaligen regulatorischen Sondereffekten wird deshalb regelmäßig durch die Heranziehung eines möglichst langen Betrachtungszeitraums gewährleistet, der den Einfluss einmaliger Effekte glättet und dadurch sicherstellt, dass eine möglichst belastbare Prognosegrundlage für die zukünftige Entwicklung besteht. Dieser Ansatz entspricht auch der Intention des Verordnungsgebers, nach dessen Willen der in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV vorgegebene Mindestzeitraum von vier Jahren, für den die Daten von Netzbetreibern in die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors einzubeziehen sind, dazu dienen soll, die Belastbarkeit des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu gewährleisten (BR-Drs. 417/07 S. 49; BT-Drs. 17/7632 S. 5; vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 65 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 117

(b) Die deshalb im Ansatz zutreffende Annahme der Bundesnetzagentur, dass die Heranziehung eines möglichst langen Zeitraums als Stützintervall auch einen möglichst starken Glättungseffekt zeitigt und deshalb die Prognosegüte verbessert, gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Auch der Bundesgerichtshof geht nicht davon aus, dass die Entscheidung 118

für das längst mögliche Stützintervall stets die richtige ist, sondern hält lediglich die Annahme der Bundesnetzagentur, dass das längst mögliche Stützintervall grundsätzlich vorzugswürdig ist, für fehlerfrei. Zugleich erkennt er aber an, dass die Vorteile des längst möglichen Beobachtungszeitraums mit der Eignung einzelner Jahre als Grundlage für die Prognoseentscheidung in Konflikt geraten können, der durch eine Abwägungsentscheidung zu lösen ist (BGH, a.a.O., Rn. 35 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

Einmalige Sondereffekte können sich in so erheblicher Weise auf die Prognosegrundlage auswirken, dass der Glättungseffekt seine Wirkung nicht mehr entfalten kann und sich die Prognosegüte erheblich verschlechtert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Betrachtungszeitraum noch keine solche Länge erreicht, dass ein Glättungseffekt schon wegen der Vielzahl der getroffenen Beobachtungen zwingend zu erwarten ist. Wenn wie im Streitfall maximal lediglich 11 jährliche Produktivitätsentwicklungen betrachtet werden können, kann gerade nicht ausgeschlossen werden, dass einmalige Sondereffekte wie der dargestellte Ausreißercharakter des Jahres 2006 das Ergebnis wesentlich bestimmen. Die Bundesnetzagentur hat deshalb zu untersuchen, ob das gefundene Ergebnis mit Blick auf die darin abgebildeten Sondereffekte für die zukünftige Entwicklung aussagekräftig ist oder durch diese so stark verzerrt wird, dass es keine robuste Prognosegrundlage mehr darstellt. Dies geschieht im Wege der Plausibilisierung üblicherweise mittels einer Vergleichsbetrachtung anderer in Betracht kommender Stützintervalle. 119

(c) Das Erfordernis einer solchen Plausibilisierung hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss auch selbst erkannt, wenn sie dort (S. 22 ff.) ausdrücklich – im Wesentlichen wortgleich mit ihren Ausführungen in der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas – darauf verweist, dass bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors *grundsätzlich* ein möglichst langer Zeitraum berücksichtigt werden sollte, für ein möglichst großes Stützintervall sprechende Gesichtspunkte aufzeigt und sodann eine Untersuchung der Ergebnisse auf ihre Robustheit anhand von Vergleichsbetrachtungen anstellt. Dafür, dass sie ihre Auswahlentscheidung allein mit der ihrer Ansicht nach stets richtigen Grundsatzentscheidung für das längst mögliche Stützintervall begründen wollte und die Untersuchungen zur Robustheit allein mit Blick auf die im Konsultationsverfahren geäußerte Kritik an der Einbeziehung des Jahres 2006 in die im Gasbereich angestellten Vergleichsbetrachtungen erfolgt sind, wie von ihr im Verhandlungstermin vertreten, findet sich im angefochtenen Beschluss hingegen kein Anhalt. 120

bb) Hiervon abgesehen bedarf das von der Bundesnetzagentur anhand des längst möglichen Stützintervalls ermittelte Ergebnis auch deshalb einer Absicherung, weil Investitionszyklen mit Blick auf den sog. Basisjahreffekt nur unvollständig abgebildet sind und deshalb eine Überzeichnung des Produktivitätsfortschritts zu befürchten ist. 121

Aus der vorstehend unter 4.c) dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Umgang mit dem Basisjahreffekt folgt entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur nicht, dass die unvollständige Abbildung von Investitionszyklen mit Blick auf das Basisjahr schon deshalb gerechtfertigt wäre und das Stützintervall keiner weiteren Plausibilisierung mehr bedürfte, weil es sich um einen regulatorisch bedingten und schon deshalb bei der Produktivitätsmessung zu berücksichtigenden Effekt handelt. Dies gilt schon deshalb nicht, weil der Basisjahreffekt zwar eine Besonderheit der Netzwirtschaft ist, deren Produktivitätsentwicklung es abzubilden gilt, er selbst aber nicht zu Veränderungen bei der Produktivitätsmessung führt, sondern nur die unvollständige Abbildung des ihm zugrundeliegenden Investitionszyklus, mithin die Wahl des Betrachtungszeitraums. 122

123

Erfolglos macht die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang zudem geltend, dass sich der Basisjahreffekt an anderer Stelle im Rahmen des Regulierungssystems erlössteigernd auswirken würde und dies auf unternehmerischen Entscheidungen der Netzbetreiber beruhe. Dafür, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor der Abschöpfung etwaiger Übererlöse aus dem Basisjahreffekt dienen würde, finden sich weder im Verordnungswortlaut noch in der Verordnungsbegründung Anhaltspunkte. Zudem hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas hervorgehoben, dass keine Bindung an die Vorgaben der einschlägigen Netzentgeltverordnungen besteht (etwa BGH, a.a.O., Rn. 107 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und damit die systematische Unabhängigkeit des § 9 ARegV von den weiteren Vorgaben der Netzentgeltregulierung betont.

b) Die von der Bundesnetzagentur zur Plausibilisierung des Stützintervalls gewählte Vorgehensweise ist ungeeignet, da sie für die mit Blick auf die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erforderliche, zukunftsgerichtete Prognose fernliegt und ihre Eignung deshalb einer Begründung bedurft hätte, die nicht vorliegt. 124

aa) Die Bundesnetzagentur hat den sich bei Wahl eines Stützintervalls von 2006 bis 2017 ergebenden Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors plausibilisiert, indem sie den Mittelwert aus acht Vergleichszeiträumen betrachtet hat, die mit dem Jahr 2007 beginnen und bei denen jeweils das Endjahr variiert wird, so dass sich als kürzestes Stützintervall der Zeitraum von 2007 bis 2010 ergibt. Hierbei erfahren die Jahre 2007 bis 2010 eine Übergewichtung, da sie in sämtlichen betrachteten Stützintervallen berücksichtigt werden, die jüngeren Jahre werden hingegen untergewichtet. 125

bb) Eine solche Vorgehensweise ist, wenn sie nicht durch besondere Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt ist, nicht sachangemessen. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die kommende Regulierungsperiode erfordert eine zukunftsgerichtete Prognose. Erfolgt diese, wie in § 9 ARegV vorgesehen, anhand der Analyse der Verhältnisse der Vergangenheit, so liegt die Annahme nahe, dass bei Betrachtung eines längeren Zeitraums den kürzer in der Vergangenheit liegenden Jahren für die zu treffende Prognose eine höhere Aussagekraft zukommt als den weiter in der Vergangenheit liegenden Jahre, nicht aber umgekehrt. 126

Von einer solchen Annahme ist die Bundesnetzagentur in einem vergleichbaren regulatorischen Kontext auch selbst explizit ausgegangen. In der vorangegangenen Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas vom 21.02.2018 (dort S. 20) hat sie die Robustheit des dort gleichfalls gewählten längst möglichen Stützintervalls von 2006 bis 2016 untersucht, indem sie einen Vergleich mit dem Mittelwert angestellt hat, der sich ergibt, wenn das gewählte Stützintervall jeweils um das am längsten zurückliegende Jahr verkürzt wird. Das kürzeste sich unter Berücksichtigung der verordnungsrechtlichen Vorgabe eines Mindestzeitraums von vier Jahren ergebende Stützintervall war 2013 bis 2016. Diese Jahre waren von allen betrachteten Zeiträumen umfasst und erhielten damit eine stärkere Gewichtung. Ihre damalige Vorgehensweise begründete die Bundesnetzagentur ausdrücklich mit der Annahme, dass die vier aktuellsten Jahre für eine zukunftsgerichtete Prognose die größte Aussagekraft besäßen. Diese Annahme entspricht auch dem Ansatz, den sie bereits im zweiten Referenzbericht „Generelle sektorale Produktivitätsentwicklung im Rahmen der Anreizregulierung“ vom 26.01.2006 (abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Instit Anreizregulierung/2_ReferenzberichtAnreizregulierung.html) vertreten hatte und wonach neuere Zahlenwerte näher an den heutigen Verhältnissen liegen als die älteren. Diese 127

Einschätzung hat auch der erkennende Senat (Beschl. v.10.07.2019 – VI-3 Kart 721/18 [V], Rn. 131) bereits für plausibel erachtet, was höchstrichterlich nicht beanstandet wurde (BGH, a.a.O., Rn. 87 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

Mit Blick auf die Zukunftsgerichtetheit der zu treffenden Prognose hätte die Bundesnetzagentur deshalb Gründe darlegen müssen, die die Untergewichtung der jüngeren Jahre gegenüber den älteren Jahren des Betrachtungszeitraums als sachangemessen erscheinen lassen. Dies gilt umso mehr, als die hier streitgegenständliche vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise der von ihr durchgeführten Plausibilisierung bereits im Konsultationsverfahren moniert und auf die Ergebnisse einer gegenwartsbezogenen Betrachtungsweise analog der Vorgehensweise bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas hingewiesen worden ist (etwa Stellungnahme des BDEW vom 09.11.2018, S. 11 f., Bl. 4108 ff. VV, nebst dem von diesem vorgelegten Kurzgutachten von Oxera „Untersuchung der Törnqvist-Methode zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors-Strom für die dritte Regulierungsperiode“ vom 09.11.2018, S. 3 f., Bl. 4129 f. VV). 128

Solche Gründe hat die Bundesnetzagentur nicht dargelegt. Besondere Umstände, die für eine größere Aussagekraft von länger in der Vergangenheit liegenden Beobachtungen für die zukünftige Entwicklung sprechen könnten im Vergleich zu solchen, die in jüngerer Vergangenheit liegen, etwa singuläre netzwirtschaftliche Besonderheiten der letzten Jahre, hat sie nicht benannt und sind auch nicht ersichtlich. Die Übergewichtung der länger in der Vergangenheit liegenden Jahre lässt sich auch nicht mit dem von der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung herausgestellten Anliegen begründen, sie habe keine Überprüfung der Robustheit der Prognose des gesamten einbezogenen Zeitraums, sondern nur eine auf das Jahr 2006 bezogene durchführen wollen. Sie kann sich zwar dazu entscheiden, zur Validierung des Jahres 2006 Stützintervalle zu bilden, die sich zeitlich stärker an dem zu untersuchenden Jahr orientieren, mithin die länger zurückliegenden Jahre stärker zu gewichten. Um einen unverzerrten Vergleich von Intervallen mit und ohne Jahresscheibe 2006 zu ermöglichen, hätte sie bei einer solchen Vorgehensweise jedoch nicht den sich aus einer Betrachtung der möglichen Stützintervalle mit dem Startjahr 2007 ergebenen Mittelwert mit dem Wert vergleichen dürfen, den der generelle sektorale Produktivitätsfaktor bei dem gewählten Stützintervall von 2006 bis 2017 annimmt. Bei dieser Vergleichsbetrachtung wirkt sich die Übergewichtung der länger zurückliegenden Jahre nur einseitig und damit verzerrend auf den Mittelwert der Stützintervallvarianten mit dem Startjahr 2007, nicht aber auf das gewählte Stützintervall aus. Eine belastbare Validierung der Einbeziehung des Jahres 2006 setzt indes voraus, dass sich die sich gegenüberstehenden Intervallvarianten im Wesentlichen nur mit Blick auf die Einbeziehung des Jahres 2006 unterscheiden und nicht durch einseitig wirkende Effekte überlagert werden. Demzufolge hätte die Bundesnetzagentur allenfalls eine Vergleichsbetrachtung zwischen den denkbaren Stützintervallvarianten mit dem Startjahr 2006 und denjenigen mit dem Startjahr 2007 anstellen können, was sie jedoch gerade nicht gemacht hat. 129

c) Demgegenüber stützen naheliegende, im Wesentlichen bereits im Konsultationsverfahren aufgezeigte Vergleichsbetrachtungen anderer Zeiträume, die zur Plausibilisierung des von der Bundesnetzagentur ermittelten Ergebnisses herangezogen werden können, die Annahme, dass die Aufnahme des Jahres 2006 in das Stützintervall dem von der Bundesnetzagentur verfolgten Glättungseffekt nicht dienlich ist, sondern der ermittelte Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors wesentlich durch die Einbeziehung dieses „Ausreißerjahres“ bestimmt und dabei deutlich nach oben verzerrt wird. 130

131

aa) Dies wird zunächst bei einer Vorgehensweise entsprechend derjenigen deutlich, die die Bundesnetzagentur mit plausiblen Erwägungen bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für sachangemessen erachtet hat.

Bei der Bildung eines Mittelwerts über die möglichen neun Betrachtungszeiträume, die sich ergeben, wenn man ausgehend von dem Jahr 2017 als Endjahr die Anfangsjahre von 2006 bis 2014 variiert, ergibt sich ein durchschnittlicher Wert von -0,53 %, der um 2,35 Prozentpunkte unterhalb des Werts liegt, den die Bundesnetzagentur mit 1,82 % für das gewählte Stützintervall ermittelt hat. Wenn man unter – systematisch überzeugenderer – Außerachtlassung des Anfangsjahres 2006 den Mittelwert über die sich für acht Betrachtungszeiträume mit den Anfangsjahren 2017 bis 2014 ergebenden Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bildet, liegt dieser sogar noch weiter entfernt bei -0,83 %. 132

Auch bei einer Betrachtung der einzelnen sich für die einbezogenen Stützintervalle ergebenden Werte zeigt sich eine singuläre Stellung des gewählten Stützintervalls gegenüber denjenigen, die das Jahr 2006 nicht mit einbeziehen: So sinkt der für das Stützintervall 2007 bis 2017 ermittelte generelle sektorale Produktivitätsfaktor deutlich auf 0,53 %, der sodann in keinem anderen der verordnungskonform möglichen Stützintervalle mehr überschritten wird. 133

Der zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich damit deutlich und maßgeblich von demjenigen, der der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas zugrunde lag. Dort ergab sich für beide Alternativen der Vergleichsbetrachtung (mit und ohne Einbeziehung des Jahres 2006) mit 0,51 % jeweils ein Wert, der sogar geringfügig über dem für das dort gewählte Stützintervall errechneten Wert von 0,49 % lag. Darin hat der Bundesgerichtshof folgerichtig eine Bestätigung des von der Bundesnetzagentur gewählten Vorgehens erblickt (BGH, a.a.O., Rn. 88 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 134

bb) Auch eine in zeitlicher Hinsicht nicht gewichtete Betrachtung, bei der auf den Durchschnittswert aller Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors abgestellt wird, die sich aus sämtlichen verordnungskonform denkbaren Stützintervallen ergeben, zeigt eine deutliche Abweichung zum ermittelten Wert von 1,82 %. Bei Außerachtlassung des Jahres 2006 würde sich bei 36 möglichen Betrachtungszeiträumen ein Mittelwert von 0,26 % ergeben, bei einer Einbeziehung des Jahres 2006 bei 45 möglichen Betrachtungszeiträumen ein Mittelwert von 1,07 %. 135

cc) Wenn man den von der Bundesnetzagentur einseitig bei der Plausibilisierung gewählten Ansatz einer Übergewichtung länger zurückliegender Jahre aufgreift und, um einen unverzerrten Vergleich von Intervallen mit und ohne Einbeziehung des Jahres 2006 zu gewährleisten, den sich aus den Stützintervallvarianten mit dem Startjahr 2006 ergebenden Mittelwert von 4,31 % mit dem sich aus den Stützintervallvarianten mit dem Startjahr 2007 ergebenden Mittelwert von 2,05 % vergleicht, gelangt man ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Einbeziehung des Jahres 2006 erheblichen Einfluss auf den ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor hat. 136

d) Angesichts der deutlichen Verzerrung des gewählten Stützintervalls durch das „Ausreißerjahr“ sind andere Stützintervalle, die das Jahr 2006 nicht einbeziehen, als Grundlage für eine Prognose des für die dritte Regulierungsperiode anzusetzenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors deutlich überlegen, womit das gewählte Stützintervall nicht mehr den Vorgaben des § 9 Abs. 3 S. 1 und S. 2 ARegV genügt. 137

138

Dies gilt jedenfalls für das Stützintervall 2007 bis 2017, das dem gewählten Stützintervall in nahezu jeder Hinsicht überlegen ist. Es dient in hohem Maße der Glättung temporärer Effekte, da es sich über einen Betrachtungszeitraum von 11 Jahren erstreckt und damit 10 Beobachtungen ermöglicht, mithin nur geringfügig weniger als das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall, bei dem der angestrebte Glättungseffekt aber durch die Abbildung eines „Ausreißerjahres“ gerade konterkariert wird. Über die Vermeidung der Abbildung die Prognosegrundlage erheblich verzerrender Sondereffekte durch die Herausnahme des Jahres 2006 hinaus bildet ein solches Stützintervall auch die durch den Basisjahreffekt geprägten Investitionszyklen deutlich besser ab als das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall und führt deshalb in geringerem Maße zu Verzerrungen. Zwar werden die um die drei im möglichen Betrachtungszeitraum liegenden Basisjahre 2006, 2011 und 2016 liegenden Investitionszyklen nicht alle vollständig abgebildet, sondern nur der auf das Basisjahr 2011 zurückgehende. In der Gesamtbetrachtung wird aber jedenfalls die Produktivitätsentwicklung von zwei Basisjahren sowie jeweils von zwei einem Basisjahr vorangegangenen und nachfolgenden Jahren abgebildet. Mit Blick auf das Basisjahr 2006 findet nur der die Produktivitätsentwicklung überschätzende Effekt des Folgejahres, der sich in der Betrachtung der Entwicklung 2007-2008 zeigt, Berücksichtigung. Letzterer Effekt fehlt aber gerade mit Blick auf den Investitionszyklus um das Basisjahr 2016, da keine Daten für das Jahr 2018 mehr vorliegen und er sich in der Veränderungsrate 2017-2018 niedergeschlagen hätte.

Da nach alledem die Ungeeignetheit des gewählten Stützintervalls und die greifbare Überlegenheit anderer Stützintervalle bereits nach der Aktenlage offensichtlich ist, bedurfte es keiner weiteren Sachverhaltsermittlung durch den Senat, insbesondere nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Robustheit des Stützintervalls. 139

IV. Des Weiteren ist die Festlegung im Hinblick auf den von der Bundesnetzagentur gewählten Deflator der als Outputfaktor verwendeten Bruttoumsatzerlöse rechtswidrig, weil die Annahmen der Bundesnetzagentur zu dessen Eignung nicht tragfähig sind. Die übrigen Einwendungen gegen die Ermittlung des Outputfaktors bleiben indes ohne Erfolg. 140

1. Zur Ermittlung des generellen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode wird ein Outputfaktor ermittelt, der je Periode mit dem Inputfaktor ins Verhältnis gesetzt wird, um die Produktivitätsentwicklung jeder Periode und daraus sodann den Mittelwert der Produktivitätsentwicklung eines jeden Jahres zu bilden. Als Outputfaktor hat die Bundesnetzagentur den Bruttoproduktionswert des Netzbetriebs, der sich aus der Summe der Umsatzerlöse, der Bestandsveränderungen und der aktivierten Eigenleistungen errechnet, verwendet. Dabei müssen bei der Ausgestaltung des Törnqvist-Index als Mengenindex die preisbereinigten (realen) Größen herangezogen werden, um zu gewährleisten, dass reine Mengenentwicklungen abgebildet werden. Da die einzelnen Bestandteile des Bruttoproduktionswerts, u.a. die Umsatzerlöse, keine reine Mengengröße darstellen, sondern sowohl eine Mengen- als auch eine Preiskomponente beinhalten, ist eine Preisbereinigung (Deflationierung) der genannten Bestandteile nötig. Die erforderliche Preisbereinigung hat die Bundesnetzagentur anhand der durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden der Jahre 2006 bis 2017 vorgenommen (Festlegung, S. 26 ff.). 141

2. Rechtsfehlerfrei hat die Bundesnetzagentur als Outputfaktor den Bruttoproduktionswert des Netzbetriebs herangezogen. Anhaltspunkte dafür, dass andere mögliche Outputfaktoren greifbar überlegen gewesen wären, liegen nicht vor. Mit Blick auf den ebenfalls als Outputfaktor in Betracht kommenden Produktionswert haben die Gutachter der 142

Bundesnetzagentur unter Darstellung und Abwägung der Vor- und Nachteile keinen der denkbaren Outputfaktoren für überlegen angesehen (WIK-Gutachten, S. 30), ohne dass die Beschwerdeführerin hiergegen etwas erinnert hätte. Soweit im Konsultationsverfahren die alternative Verwendung physischer Outputs auf Grundlage der bei allen Stromnetzbetreibern erhobenen Strukturdaten vorgeschlagen worden ist (etwa S. 16 f. der Stellungnahme zum Produktivitätsfaktor Strom des BDEW, Bl. 4113 ff. VV, sowie das darin in Bezug genommene Oxera-Gutachten, Bl. 4127 ff. VV), ist nicht aufgezeigt worden, aus welchen Gründen dieses dem gewählten Outputfaktor greifbar überlegen sein sollte. Zwar besteht bei monetären Größen der Nachteil, dass diese preisbereinigt werden müssen. Die Kombination verfügbarer Strukturdaten zu einem physischen Outputindex verlangt indes eine Auswahl und Gewichtung verschiedener Variablen, mithin ebenfalls methodische Wertungen, und ist deshalb nicht bzw. jedenfalls nicht in erheblich geringerem Maß anfällig für Fehler oder Verzerrungen. Eine deutliche Überlegenheit physischer Outputfaktoren gegenüber monetär basierten Outputfaktoren kann aus diesem Grund nicht angenommen werden.

Im Übrigen war die Bundesnetzagentur auch nicht dazu verpflichtet, ohne konkrete Anhaltspunkte andere Faktoren auf ihre Überlegenheit gegenüber dem von ihr herangezogenen, als Outputfaktor grundsätzlich geeigneten Bruttoproduktionswert zu überprüfen (BGH, a.a.O., Rn. 48 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Sie hat dies aber bezugnehmend auf ein hierzu eingeholtes Gutachten, das von Swiss Economics (Bl. 120 ff. VV) stammt, gleichwohl auf S. 26 des angefochtenen Beschlusses mit Blick auf physische Outputfaktoren getan und ihre Entscheidung für die Vorzugswürdigkeit der von ihr gewählten Methode nachvollziehbar begründet. 143

3. Zu beanstanden ist indes die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Deflators. 144

a) Die Bundesnetzagentur hat angenommen, dass sich als Deflator für die Umsatzerlöse die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden der Jahres 2006 bis 2017 eigneten, da die Netzentgelte den wesentlichen Einflussfaktor für die Umsatzerlöse darstellten, und hat diese mit dem jeweiligen Verbrauchsanteil gewichtet. Die hierfür erforderlichen Daten hätten vorgelegen und seien im Zusammenhang mit der Monitoringverpflichtung der Bundesnetzagentur bzw. zwischenzeitlich auch des Bundeskartellamts gemäß § 63 Abs. 3 i.V.m. § 35 EnWG erhoben worden. 145

Die Verwendung des sog. Monitoring-Index als Deflator für die Umsatzerlöse hat sie im Wesentlichen damit begründet, dass dieser zur notwendigen, möglichst an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierten Ermittlung der Preisentwicklungen die geeignetste Quelle darstelle. Nachdem sie sich Zusammensetzung und Ermittlung des Destatis-Index sowie seine Zwecke durch das Statistische Bundesamt habe erläutern lassen, halte sie den Monitoring-Index für die spezifische Aufgabe der Festlegung besser geeignet als den nach allgemeinen, nicht nach Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftssektoren differenzierenden Grundsätzen ermittelten Destatis-Index. Der auf einer Vollerhebung basierende Monitoring-Index bilde sowohl die regionalen Preisveränderungen als auch die tatsächlich gezahlten Netzentgelte und die Netzentgeltsteigerungen der vorgelagerten Netzebene ab. Letzteres beruhe auf der Entgeltbildungskonvention der sog. Kaskadierung, bei der die Netzentgelte oberhalb der Mittelspannung durchgereicht und de facto erstmals durch die Kunden der Mittel- und Niederspannungsebene bezahlt würden. So entfielen z.B. 90 bis 95 % des Netzentgeltvolumens der Übertragungsnetzbetreiber nicht auf deren Kunden, sondern auf Kunden der nachgelagerten Ebenen. Für die Kunden der Höchstspannungsebene hätten sich die Preise sogar rückläufig entwickelt, da ein Großteil der in den Übertragungsnetzebenen 146

angeschlossenen Letztverbraucher Sondervertragskunden seien. Die diesen gewährten Rabatte überkompensierten den optischen Netzentgeltanstieg des Standardpreisblattes erheblich. Der Destatis-Index sei demgegenüber nicht besser bzw. sogar ungeeignet, da er auf einer Stichprobe und auf dem Standardpreissystem der Netzbetreiber beruhe und damit nicht auf den tatsächlich gezahlten, in die Umsatzerlöse eingeflossenen Netzentgelten. In Bezug auf die Gewichtung der einzelnen Spannungsebenen komme es zudem zu Unschärfen bei der ausgewiesenen Preissteigerung in den oberen Spannungsebenen (Festlegung, S. 27 ff.).

b) Die Annahme der Bundesnetzagentur, dass der Monitoring-Index als Deflator geeignet ist, obgleich in diesem die Netzentgelte der Ebenen oberhalb der Mittelspannung nicht enthalten sind, ist mit der von ihr gegebenen Begründung nicht tragfähig. 147

Die erforderliche, mathematisch korrekte Deflationierung der Umsatzerlöse gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 EnWG setzt voraus, dass die Preisbestandteile, die in den Umsatzerlösen enthalten sind, auch im Netzentgeltdeflator berücksichtigt worden sind, denn dieser muss die durchschnittliche Preisentwicklung aller Umsatzbestandteile abbilden. Sofern einzelne Preisbestandteile nicht unmittelbar in den Deflator eingeflossen sind, muss sichergestellt sein, dass sie jedenfalls mittelbar abgebildet werden bzw. ihre Nichtberücksichtigung keine ergebnisrelevanten Auswirkungen hat. Unstreitig sind in die nominalen Umsatzerlöse die Netzentgelte sämtlicher Spannungsebenen eingeflossen und damit auch die in den Monitoring-Daten nicht erfassten, auf den Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung angefallenen Netzentgelte. Die Verwendung eines Netzentgeltdeflators, in den nur die durchschnittlichen Netzentgelte der Mittel- und Niederspannungsebene bzw. der diese verbindenden Spannungsebene eingeflossen sind, ist deshalb nur unter der Annahme sachgerecht, dass die abgebildeten Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden auch für die übrigen Abnahmefälle repräsentativ sind. 148

Dies folgt im Streitfall nicht bereits daraus, dass die Preisentwicklung über alle Netzebenen im Wesentlichen gleich verlaufen wäre. Es ist zwischen den Verfahrensbeteiligten vielmehr unstreitig geblieben, dass die Netzentgelte auf den höheren Spannungsebenen (d.h. oberhalb der Mittelspannung) deutlich stärker gestiegen sind als die auf den nachgelagerten beiden Netzebenen (d.h. der Nieder- und Mittelspannungsebene einschließlich der diese verbindenden Umspannebene). 149

Die Beschwerdeführerin wendet zudem zu Recht ein, dass die Annahme der Bundesnetzagentur, die Netzentgelte bzw. Netzentgeltsteigerungen auf den höheren Spannungsebenen seien wegen des sog. Kaskadierungseffekts in Verbindung mit der Inanspruchnahme individueller Netzentgelte durch die auf diesen Ebenen angeschlossenen Letztverbraucher durch die in den Monitoring-Index eingeflossenen Netzentgelte hinreichend abgebildet, auf unzutreffenden Prämissen beruht. 150

aa) Zwar geht ein Großteil der auf den Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung angefallenen Netzentgelte deshalb in die Netzentgelte der Mittel- und Niederspannung ein, weil die weiterverteilenden Netzbetreiber die Kosten für die vorgelagerte Netznutzung jeweils an ihre Kunden weitergeben und sich deshalb steigende Netzentgelte auf den höheren Spannungsebenen unmittelbar in den Netzkosten der nachgelagerten Spannungsebenen widerspiegeln (sog. Kaskadierungseffekt). 151

Welchen Umsatzanteil Weiterverteiler an den Netzentgelten auf den höheren Spannungsebenen haben, ist jedoch – soweit ersichtlich – durch die Bundesnetzagentur nicht konkret ermittelt worden. Sie geht im angefochtenen Beschluss davon aus, dass 90 bis 95 % 152

des Netzentgeltvolumens der Übertragungsnetzbetreiber, die im Wesentlichen die Höchstspannungsebene und die darunter gelagerte Umspannebene zur Hochspannung betreiben, auf Kunden der nachgelagerten Ebenen entfallen. Angaben zu den mit Weiterverbrauchern bzw. Letztverbrauchern anteilig erzielten Umsatzerlösen auf den höheren Spannungsebenen insgesamt macht die Bundesnetzagentur nicht. Nach der von PwC durchgeführten Datenerhebung im Rahmen des Projekts Benchmarking-Transparenz, der die Daten von 164 Netzbetreibern zugrunde lagen und deren Repräsentativität von der Bundesnetzagentur bestritten wird, errechnet sich ein Umsatzanteil der von fremden Weiterverteilern erzielten Erlöse in den höheren Spannungsebenen – d.h. einschließlich der Hochspannungsebene und der dieser nachgelagerten Umspannebene zur Mittelspannung – für die Jahre 2016 und 2017 von lediglich 88 %. Dass nach einer Berechnung der Privatgutachter der Beschwerdeführerin anhand der Daten des Törnqvist-Tools der Bundesnetzagentur (Jahresarbeit an Letztverbraucher ohne Verlustenergie) der Anteil der Entnahmemenge der Letztverbraucher auf den höheren Spannungsebenen im Betrachtungszeitraum von 2006 bis 2017 im Durchschnitt ca. 24 % (S. 13 f. des E-Bridge-Gutachtens, insbesondere Abb. 9) betrug, könnte sogar noch einen deutlich höheren Umsatzanteil der mit Letztverbrauchern erzielten Erlöse auf den höheren Spannungsebenen nahelegen, auch wenn der Anteil entnommener Jahresarbeit und der Anteil gezahlter Netzentgelte nicht zwingend korrespondieren. Der Berechnung ist die Bundesnetzagentur erst mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 15.02.2022 unter pauschalem Verweis auf den offenen Widerspruch zu ihren Annahmen zum Anteil des Netzentgeltvolumens der Übertragungsnetzbetreiber entgegengetreten, ohne dass sie konkret vorgetragen hätte, welcher Anteil der Entnahmemenge der Letztverbraucher auf den höheren Spannungsebenen sich nach ihren eigenen Berechnungen aus den Törnqvist-Daten ergibt. Soweit sie mit diesem Vorbringen die Richtigkeit der von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Berechnungen bestreiten wollte, wäre dies nicht nur verspätet, sondern mangels Substanz auch unerheblich.

Danach kann festgestellt werden, dass der überwiegende Teil der Umsatzerlöse auf den höheren Spannungsebenen mit Weiterverteilern erzielt wird und deshalb unmittelbar dem Kaskadierungseffekt unterliegt. Gleichwohl ist der Anteil der mit Letztverbrauchern erzielten Umsatzerlöse ersichtlich so erheblich, dass die Preisentwicklung dieser Umsatzerlöse nicht von vornherein außer Betracht bleiben durfte. 153

bb) Die weitere Annahme der Bundesnetzagentur, dass es mit Blick auf die an die höheren Spannungsebenen angeschlossenen Letztverbraucher wegen deren Inanspruchnahme individueller Netzentgelte zu keiner deutlich anderen Preisentwicklung gekommen ist als auf den niedrigeren Spannungsebenen, ist mit der von der Bundesnetzagentur hierfür gegebenen Begründung nicht tragfähig. 154

(1) Zwar ist die Annahme der Bundesnetzagentur, dass Letztverbraucher, die auf einer der höheren Spannungsebenen angeschlossen sind, infolge ihres Abnahmeverhaltens in aller Regel individuelle Netzentgelte in Anspruch nehmen, mithin nicht die in den Standardpreisblättern ausgewiesenen Entgelte, sondern nur einen Bruchteil derselben zahlen, plausibel und nachvollziehbar. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass diese Annahme unzutreffend ist, hat die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen. 155

(2) Zudem ist mit Blick auf den Zeitraum von 2006 bis 2011 die Annahme der Bundesnetzagentur, dass auch die von Letztverbrauchern auf den höheren Spannungsebenen gezahlten Netzentgelte im Monitoring-Index abgebildet werden, deshalb tragfähig, weil in diesem Zeitraum eine Erstattung der Differenz zwischen den von den 156

Letztverbrauchern gezahlten individuellen Netzentgelten und den im Standardpreisblatt ausgewiesenen Netzentgelten über das eigene Entgeltsystem bzw. das eigene Regulierungskonto des jeweiligen Netzbetreibers erfolgte, so dass die entgangenen Erlöse über die von den eigenen Kunden generierten Netzentgelte refinanziert wurden. Insoweit kam aber wiederum der Kaskadierungseffekt zum Tragen, weil der überwiegende Teil der hierdurch entstehenden Kosten auf die nachgelagerten Netzebenen durchgereicht wurde und sich damit auch in den Netzentgelten der nachgelagerten Spannungsebenen, die im Monitoring-Index berücksichtigt werden, widerspiegelt.

(3) Etwas anderes gilt aber für den Zeitraum ab 2012, in dem eine Erstattung entgangener Erlöse über das durch das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26.07.2011 (BGBl. I S. 1554) eingeführte bundesweite Umlageverfahren nach § 19 StromNEV erfolgt ist. 157

(a) Der Ansatz, für die Betrachtung der Netzentgeltentwicklung auf den höheren Spannungsebenen auf die individuellen Netzentgelte abzustellen, ist nur insoweit zutreffend, als bei den zu deflationierenden Umsatzerlösen solche Umsätze, die die Netzbetreiber aus der Erstattung ergangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV generiert haben, unberücksichtigt geblieben sind. Eine sachgerechte Deflationierung setzt voraus, dass die im verwendeten Preisindex berücksichtigten Netzentgelte mit denen korrespondieren, die in die Umsatzerlöse eingeflossen sind. Sind bei der Ermittlung der Umsatzerlöse Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV berücksichtigt worden, d.h. die Netzbetreiber faktisch so gestellt worden, als wenn sie das Netzentgelt gemäß ihrem Standardpreisblatt generiert hätten, kann bei einer Betrachtung im Rahmen der Deflationierung nicht auf die – deutlich geringeren – individuellen Netzentgelte abgestellt werden. Die Preisbereinigung würde dann nicht für alle Umsatzerlöse erfolgen. 158

(b) Im Streitfall ist davon auszugehen, dass das Abstellen auf die von den auf den höheren Spannungsebenen angeschlossenen Letztverbrauchern zu zahlenden individuellen Netzentgelte nur mit Blick auf einen Teil derselben gerechtfertigt ist, weil nur ein Teil der Netzbetreiber bei den von ihr der Bundesnetzagentur mitgeteilten Umsatzerlösen eine Bereinigung um Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV vorgenommen hat. 159

Soweit die Bundesnetzagentur geltend gemacht hat, dass im Rahmen der Plausibilisierung von der Mehrzahl der Netzbetreiber am Ende des Plausibilisierungsprozesses im Zusammenhang mit der finanziellen Abwicklung von Umlagesachverhalten bestätigt worden sei, entsprechende Aufwands- und Ertragspositionen der Umlagen aus der Datenerhebung bereinigt zu haben, lässt dies keine belastbaren Rückschlüsse darauf zu, dass eine Bereinigung gerade um solche Erstattungszahlungen bestätigt worden ist. Die Bundesnetzagentur hatte in ihrer Datenfestlegung zum Törnqvist-Index, Az. BK4-17-094 (dort. S. 9), die Herausrechnung von Aufwendungen und Erträgen im Zusammenhang mit der Abwicklung von Umlagesachverhalten angeregt und hierzu eine zusätzliche Abfrageposition und einen Hinweis ergänzt. Sie hat aber nicht klargestellt, ob sich die Anregung nur auf die im unmittelbaren Zusammenhang mit der bundesweiten Umlage nach § 19 Abs. 2 S. 15 StromNEV stehenden Zahlungsströme (Vereinnahmung der § 19 StromNEV-Umlage durch die Netzbetreiber und deren Weiterreichung an die Übertragungsnetzbetreiber) aus den Umsatzerlösen erstreckt oder auch auf die Erstattung für infolge individueller Netzentgelte entgangene Erlöse nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV, die im engeren Sinne keinen Umlagesachverhalt darstellt. Nach den Darlegungen des Beschlusskammervorsitzenden im Verhandlungstermin vor dem Senat waren die Einzelheiten betreffend die Umlagesachverhalte nach § 19 Abs. 2 StromNEV im Rahmen des 160

Datenplausibilisierungsverfahrens nicht thematisiert worden. In Ermangelung einer für die Netzbetreiber eindeutigen Anweisung, Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV aus den Umsatzerlösen herauszurechnen, ist deshalb anzunehmen, dass dies nicht durch sämtliche Netzbetreiber erfolgt ist. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin legt vielmehr nahe, dass der größere Teil der Netzbetreiber keine Herausrechnung vorgenommen hat. Ausweislich der Ergebnisse des Projekts Benchmarking-Transparenz haben nur 29 % von 164 Netzbetreibern angegeben, dass sie in der Datenabfrage gemäß der Törnqvist-Datenfestlegung die in der Position B.1.2. ausgewiesenen Umsätze um die Erstattung entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV bereinigt haben.

(c) Durch die nach alledem gerechtfertigte Annahme, dass nur bei einem – nicht näher quantifizierten – Teil der Netzbetreiber die individuellen Netzentgelte ohne Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV in die zu deflationierenden Umsatzerlöse eingeflossen sind, wird die Eignung des Monitoring-Index, ein verlässliches und aussagekräftiges Ergebnis zu liefern, ernstlich in Zweifel gezogen. Bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu einer beachtlichen Ergebnisverzerrung kommt. Weder ist der Anteil der auf den oberen Spannungsebenen erzielten Umsatzerlöse, die unmittelbar dem Kaskadierungseffekt unterfallen, da sie mit Weiterverbrauchern erzielt werden, konkret oder jedenfalls näherungsweise beziffert bzw. belastbar abgeschätzt, noch der Anteil der dort mit Letztverbrauchern erzielten Umsatzerlöse, für den bei der Deflationierung das gezahlte Netzentgelt zuzüglich der Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV zu berücksichtigen ist. Es fehlt damit an Anknüpfungstatsachen, die verlässliche Rückschlüsse darauf zulassen, dass die erheblichen „optischen“ Preissteigerungen in den Standardpreisblättern der höheren Spannungsebenen, die gerade in den letzten Jahren zu verzeichnen sind, im Verhältnis zu den im Monitoring-Index abgebildeten Netzentgelten durch die Rabatte infolge individueller Netzentgelte erheblich überkompensiert (so die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss) oder jedenfalls im Wesentlichen kompensiert worden sind. Allein die Feststellungen der Bundesnetzagentur zur Höhe der gewährten Rabatte von im Zeitverlauf mindestens 50 % und zwischenzeitlich 85 % rechtfertigen eine solche Annahme nicht, wenn unklar ist, auf welchen Kundenanteil mit welchen Umsatzerlösen sich diese im Deflator überhaupt erlösmindernd ausgewirkt haben. 161

In diesem Zusammenhang ist eine erhebliche, tatsächliche Unsicherheit nicht hinnehmbar. Wie weit der Beurteilungsspielraum reicht, der der Bundesnetzagentur auch im Hinblick auf die Frage eröffnet ist, in welchem Umfang niemals vollständig zu vermeidende tatsächliche Unsicherheiten bei der Prognosegrundlage hinzunehmen sind, ist rechtlich zu bestimmen (BGH, a.a.O., Rn. 24 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Vorliegend verbietet sich die Inkaufnahme erheblicher tatsächlicher Unsicherheiten schon angesichts des auch von der Bundesnetzagentur anerkannten maßgeblichen Einflusses des Deflators auf das Endergebnis (hierzu bereits Senat, Beschl. v.10.07.2019, VI-3 Kart 721/18 [V], juris Rn. 139), der darauf zurückgeht, dass die nominalen Umsatzerlöse ca. 99 % des nominalen Bruttoproduktionswerts ausmachen. Zudem ist davon auszugehen, dass der Bundesnetzagentur die Gewinnung weiterer Erkenntnisse sowohl zum Anteil der mit Letztverbrauchern auf den höheren Spannungsebenen erzielten Umsatzerlöse als auch zur Berücksichtigung von Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV im Rahmen der von den Netzbetreibern gemeldeten Umsatzerlöse mit vertretbarem Aufwand ohne Weiteres möglich sein dürfte, insbesondere weil auf der Höchstspannungsebene nur vier Übertragungsnetzbetreiber tätig sind. 162

163

4. Die darüber hinaus gegen die Eignung des Monitoring-Index als Deflator für die Umsatzerlöse erhobenen Einwendungen bleiben hingegen ohne Erfolg.

a) Der Umstand, dass der Monitoring-Index bei den Lieferanten und nicht unmittelbar bei den Netzbetreibern erhoben worden ist, begründet keine Zweifel an dessen Eignung zur Abbildung der in die Umsatzerlöse eingeflossenen Netzentgelte. Auch Daten, die aus verschiedenen Quellen, im Streitfall einerseits von den Netzbetreibern (Umsatzerlöse im Zähler) und andererseits von den Lieferanten (durchschnittliche Netzentgelte im Nenner) stammen, können bei entsprechender Datenqualität konsistent sein und zu sachgemäßen Ergebnissen führen. 164

Insbesondere lässt sich eine Inkonsistenz der Datengrundlage nicht daraus herleiten, dass Direktkäufe, also der Strombezug ohne Involvierung von Lieferanten, von den Monitoringberichten nicht umfasst sind, die hierfür fälligen Netzentgelte in den erhobenen Umsatzerlösen der Netzbetreiber hingegen schon. Die Beschwerdeführerin, die auf die Ausführungen im NERA-Gutachten (dort S. 33) bzw. E-Bridge-Gutachten (dort S. 26) Bezug genommen hat, hat nicht aufgezeigt, dass dies zu einer signifikanten Inkonsistenz der Daten führen kann, da nicht davon auszugehen ist, dass sich die von den Direktkunden zu zahlenden Netzentgelte maßgeblich von denen unterscheiden, die den Datenmeldungen der Lieferanten zugrunde liegen. 165

Auch dass nicht jedes Netzgebiet mit der gleichen bzw. der korrekten Mengengewichtung im Monitoring-Index repräsentiert ist, weil faktisch mehr Daten für solche Netzgebiete gemeldet werden, in denen eine größere Anzahl von Lieferanten aktiv ist, lässt angesichts der Breite der Datenerhebung (Vollerhebung unter den Lieferanten der umfassten Kundengruppen) keine ergebnisrelevante Verzerrung befürchten. Wie die im E-Bridge-Gutachten eingeblendete Übersicht der Bundesnetzagentur über die Lieferantenkonzentration der Netzgebiete aus dem Monitoringbericht 2018 zeigt, sind in der ganz überwiegenden Zahl der Netzgebiete (89 %) über 51 Lieferanten tätig, in 70 % sogar 100 Lieferanten. Der Anteil der potentiell unterrepräsentierten Netzgebiete, die nur einen oder sehr wenige (2 bis 20) Lieferanten haben, ist demgegenüber sehr gering (1 % bzw. 4 %). Hierbei handelt es sich ersichtlich um sehr klein dimensionierte Netzgebiete, in denen entsprechend geringe Umsatzerlöse generiert werden dürften. 166

Es liegen des Weiteren keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Lieferanten die von ihnen abgefragten Angaben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht hätten und deshalb in erheblichem Umfang fehlerhaft Daten gemeldet worden wären. Somit vermag allein die Datenquelle keine erheblichen Zweifel an der Validität der erhobenen Daten zu begründen. 167

b) Zudem sind keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Vorgaben der Bundesnetzagentur, die sie an die Lieferanten aus Anlass der Erhebung des Monitoring-Index gerichtet hatte, im Zeitverlauf inkonsistent gewesen und die gemeldeten Netzentgelte damit im Rahmen eines Zeitreihenvergleichs fehleranfällig bzw. nicht aussagekräftig wären. 168

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, dass den Lieferanten bei der Abfrage für den Monitoringbericht nicht klar gewesen sei, wie die abgefragten Durchschnittspreise zu bilden gewesen seien, hat die Bundesnetzagentur nachvollziehbar darauf verwiesen, dass bis zum Erhebungsjahr 2013 die Daten vollständig und seitdem die Daten der Haushaltskunden durch sie selbst erhoben worden seien, und zwar nach dem Verfahren der Mengengewichtung. Das Bundeskartellamt führe seit dem Jahr 2014 die Datenabfrage für die Industrie- und Gewerbekunden durch und werte diese als Mittelwerte aus. Aus Anlass des Übergangs der Zuständigkeit für die Daten der Industrie- und Gewerbekunden von der Bundesnetzagentur 169

auf das Bundeskartellamt sei es zu Klarstellungen gekommen, indem eine Formel konkretisiert worden sei. Zudem seien – auch im Rahmen der Plausibilisierung – keine Anhaltspunkte dafür festgestellt worden, dass Unternehmen einzelne Fragen kategorisch falsch verstanden und somit falsch beantwortet hätten. Etwas anderes ist von der Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt worden. Zudem ist nicht in erheblicher Weise vorgetragen worden, dass etwaige Inkonsistenzen in der Vorgehensweise der Lieferanten bei der Gewichtung oder Durchschnittsbildung zu einer relevanten Ergebnisverzerrung hätten führen können.

Da nach alledem eine besondere Fehleranfälligkeit der Monitoring-Daten nicht vorgetragen ist, ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur diese aus Anlass der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht einer – erneuten – Plausibilisierung unterzogen hat. Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Plausibilisierung der Daten aus Anlass ihrer Erhebung in sachangemessener Weise erfolgt ist. Die Bundesnetzagentur hat ihren diesbezüglichen Vortrag im Verhandlungstermin dahingehend konkretisiert, dass in den Jahren 2006 bis 2017 eine durchgängige Prüfung der Daten auf Plausibilität und Konsistenz erfolgt sei, die in einem ersten Schritt die Prüfung auf Vollständigkeit umfasst habe, wobei bei größeren Lieferanten Nachforderungen veranlasst und unvollständige Meldungen aus dem Datensatz entfernt worden seien. Ferner seien Vorjahresvergleiche durchgeführt und in Zweifelsfragen Klärungen mit den Vertrieben bewirkt worden. Zudem sei die Gewichtung durch formelhafte Beschreibung sachgerecht sichergestellt und die Betrachtung durch eine Ausreißeranalyse abgesichert worden. 170

c) Auf die Belastbarkeit der für das Jahr 2006 erhobenen Monitoring-Daten kommt es aus den vorstehenden Erwägungen zur mangelnden Eignung des gewählten Stützintervalls, die sich gerade aus der Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall ergibt, nicht an. 171

d) Zudem lässt sich gegen die Eignung des Monitoring-Index als Deflator für die nominalen Umsatzerlöse auch nicht die mangelnde Plausibilität der Ergebnisse anführen. 172

aa) Es steht der Eignung des Monitoring-Index nicht entgegen, dass dieser nicht mit verschiedenen physischen Outputmengen konsistent ist. 173

Die Veränderungen der deflationierten Umsatzerlöse spiegeln zwar die Entwicklung von Outputmengen wider. Hieraus folgt aber nicht, dass sich physische Outputfaktoren wie die entnommene Jahresarbeit, die Jahreshöchstlast und die Anschlusspunkte zu diesen konsistent verhalten müssen. Die grundsätzlich zutreffende Überlegung, dass die Veränderung der Outputmenge nicht höher sein kann als die höchste Änderung eines einzelnen Outputs und nicht niedriger als die geringste vorkommende Änderung eines einzelnen Outputs, würde nur dann mit Blick auf einzelne physische Outputs oder eine gewichtete Kombination derselben zur Anwendung kommen können, wenn es sich bei den betrachteten Outputfaktoren um alle in Betracht kommenden Outputfaktoren handelte, die den physischen Output insgesamt repräsentierten. Dass dies der Fall ist, ist nicht vorgetragen, so dass die Betrachtung einzelner physischer Outputfaktoren zur Plausibilisierung der Ergebnisse der Deflationierung mit dem Monitoring-Index schon im Ausgangspunkt nicht aussagekräftig ist. Insbesondere gilt dies für die entnommene Jahresarbeit, die ohnehin nur die Arbeitskomponente und nicht auch die Leistungskomponente als Bestandteile der Netzentgeltbildung umfasst. 174

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch eine gegenläufige Tendenz von tatsächlicher Jahresarbeit und der sich mit dem streitgegenständlichen Netzentgeltdeflator ergebenden Outputmenge nicht als logische Inkonsistenz dar. 175

bb) Da andere in Betracht kommende Verfahren zur Deflationierung der Umsatzerlöse auf anderen Datenquellen beruhen, die wiederum mit eigenen Unsicherheiten behaftet sind, und zudem in der Umsetzung weitere methodische Entscheidungen erfordern, steht es der Plausibilität der von der Bundesnetzagentur bei der Deflationierung ermittelten Ergebnisse nicht entgegen, dass die Heranziehung anderer Indizes als des Monitoring-Index, etwa des Destatis-Index bzw. eines modifizierten Destatis-Index, zu abweichenden Ergebnissen führt. 176

e) Sollte die Bundesnetzagentur im Rahmen der erforderlichen Neubescheidung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis kommen, dass der Monitoring-Index zur Deflationierung geeignet und die darin enthaltenen Daten nicht mit ergebnisrelevanten Unsicherheiten behaftet sind, dürfte sich eine Auswahlentscheidung zugunsten des Monitoring-Index im Bereich des ihr zustehenden und nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielraums bewegen. 177

aa) Der Destatis-Index wäre dem von der Bundesnetzagentur als Deflator verwendeten Monitoring-Index nicht greifbar überlegen. Dies gilt auch für eine modifizierte Ausgestaltung, bei der die auf den einzelnen Spannungsebenen angefallenen Netzentgelte angemessen gewichtet werden. 178

(1) Wenn eine erneute Prüfung durch die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass der Monitoring-Index die Netzentgelte der höheren Netzebenen mittelbar über den Kaskadierungseffekt und die Besonderheiten der individuellen Netzentgelte hinreichend abbildet, darf diese ohne Beurteilungsfehler davon ausgehen, dass der Umstand, dass in den Destatis-Index Netzentgelte sämtlicher Spannungsebenen eingeflossen sind, keinen erheblichen Vorteil des Destatis- gegenüber dem Monitoring-Index begründet. Nichts anderes gilt für ihre Annahme, dass eine Vollerhebung einer stichprobenartigen Erhebung grundsätzlich überlegen sei. Dies gilt unabhängig davon, ob Bedenken gegen die Repräsentativität der Stichprobe bestehen oder ob die von Destatis gewählte Stichprobe hinreichend groß und so gewählt ist, dass der daraus hergeleitete Index robust und verlässlich ist. 179

Zu Recht hat die Bundesnetzagentur bereits in der angefochtenen Festlegung darauf verwiesen, dass bei der Verwendung des Destatis-Index spiegelbildlich zum Kaskadierungseffekt bei den Netzentgelten eine Übergewichtung der Netzentgelte der vorgelagerten Netzebenen drohe, und hat dies als Nachteil einer Verwendung des Destatis-Index als Deflator gegenüber der Verwendung des Monitoring-Index identifiziert. 180

(2) Dem kann auch nicht erfolgreich entgegengehalten werden, dass Kaskadierungseffekte in der Bestimmung der Netzentgelte von Destatis berücksichtigt werden könnten und damit präziser die tatsächliche Preisentwicklung für den Output abbildeten. Zwar ist eine Berücksichtigung der Kaskadierungseffekte durch die Bereinigung der Umsatzerlöse um Erlöse von Weiterverteilern auf Grundlage des Destatis-Index grundsätzlich möglich. Allerdings ist dies – wie jede Umrechnung vorhandener Daten auf der Grundlage zusätzlich zu erhebender Daten – mit einem größeren Maß an Unsicherheit behaftet als dies bei der Verwendung originärer (Netzbetreiber- oder Lieferanten-)Daten der Fall ist. Dies gilt insbesondere im Streitfall, in dem der Destatis-Index auf einer Stichprobe beruht, eine Bereinigung der erhobenen Daten aber im Zweifel auf Grundlage der bereits erhobenen Daten sämtlicher Netzbetreiber erfolgen würde. 181

Schon aus diesem Grund begegnet es keinen Bedenken, wenn die Bundesnetzagentur die Verwendung eines modifizierten Destatis-Index nicht als greifbar überlegen identifizieren würde, und zwar unabhängig davon, ob hierzu eine weitere Datenerhebung erforderlich wäre 182

oder sie auf ihr bereits vorliegende Daten zurückgreifen könnte, die sie für diese Zwecke lediglich aufbereiten müsste. Sie wäre deshalb auch nicht dazu verpflichtet, näher zu prüfen, in welcher Weise, insbesondere mit welchem konkreten Aufwand und welchem Maß an zusätzlicher Fehleranfälligkeit die von ihr erkannte Schwäche des Destatis-Index durch eine Umrechnung zu beheben wäre.

Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Bundesnetzagentur bei der Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen oder der Ausübung eines ihr eingeräumten (Regulierungs-)Ermessens – auch wenn eine in die Bestimmung der Erlösobergrenze einfließende Korrekturgröße wie der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in Rede steht – grundsätzlich nicht verpflichtet ist, im Zweifel die den Netzbetreibern günstigere Entscheidung zu treffen (a.a.O., Rn. 25 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), so dass es nicht darauf ankommt, dass sich bei Zugrundelegung eines modifizierten Destatis-Index ein niedrigerer genereller sektoraler Produktivitätsfaktor nach der Törnqvist-Methode errechnen würde als bei Anwendung des Monitoring-Index. 183

bb) Die Bundesnetzagentur wäre, wenn sie nach erneuter Prüfung die grundsätzliche Eignung des Monitoring-Index bejaht, auch nicht verpflichtet, die erforderlichen Daten zur Entwicklung der Netzentgelte in allen Spannungsebenen im Zuge der Datenerhebung für die Törnqvist-Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors selbst zu erheben oder alternativ einen Index auf Grundlage der Daten zu ermitteln, die ihr – ggfs. durch die Landesregulierungsbehörden vermittelt – aufgrund der Mitteilungspflichten nach § 28 ARegV zur Verfügung stehen. Weder aus § 9 Abs. 3 ARegV noch aus der verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung folgt, dass die Bundesnetzagentur, wenn sie den Monitoring-Index als einen geeigneten Deflator identifiziert haben sollte, alle anderen, möglicherweise ebenfalls geeigneten Indizes umfassend aufarbeitet und auf ihre Anwendbarkeit, die konkrete Modellierbarkeit, die Verlässlichkeit und die Robustheit danach zu gewinnender Erkenntnisse prüft. Das „Durchspielen“ möglicher Alternativen scheidet wegen des damit verbundenen Aufwands und auch deshalb aus, weil jede Methode mit eigenen Unsicherheiten belastet ist, die sich auf das Ergebnis auswirken können, ohne dass sich die Auswirkung verlässlich quantifizieren ließe (BGH, a.a.O., Rn. 21 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dies gilt umso mehr, wenn das „Durchspielen“ entsprechender Alternativen zunächst eine umfangreiche Datenerhebung über einen Zeitraum von 12 Jahren bei einer Vielzahl von Netzbetreibern voraussetzt. 184

V. Auch die Ermittlung der Inputfaktoren bei Anwendung der Törnqvist-Methode ist rechtmäßig. 185

1. Zur Abbildung der Einstandspreisentwicklung, die die Faktoren Arbeit, Kapital und Vorleistung abbilden soll, hat die Bundesnetzagentur auf das Bruttoanlagevermögen, die geleisteten Arbeitsstunden sowie die Vorleistungen abgestellt und – soweit nicht wie im Fall der Arbeitsstunden reine Mengendaten erhoben worden sind – eine Deflationierung vorgenommen, im Fall des Bruttoanlagevermögens auf Basis der in § 6a StromNEV genannten Preisindizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte. Da für die Netzwirtschaft (Gas oder Strom) keine aggregierten Daten vorhanden sind, hat die Bundesnetzagentur Daten aus den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen der Netzbetreiber (HGB-Daten) erhoben, um die Datenreihen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung für die Netzbetreiber nachzubilden. 186

2. Die Berechnung der Abschreibungen als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisermittlung ist nicht zu beanstanden. 187

188

a) Die Bundesnetzagentur hat im Streitfall nach handelsrechtlichen Vorgaben lineare Abschreibungen auf Basis historischer Anschaffungs- oder Herstellungskosten zugrunde gelegt. Abweichend von der Ermittlung kalkulatorischer Abschreibungen nach §§ 6, 6a StromNEV hat sie weder zwischen Alt- und Neuanlagen differenziert, noch hat sie die Preisentwicklung der Anlagegüter bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten berücksichtigt. Ihre Vorgehensweise hat sie im angefochtenen Beschluss unter anderem damit begründet, dass sie mit derjenigen bei der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Inputpreisentwicklung konsistent sei. Zudem führt sie für die Sachgerechtigkeit der Berücksichtigung der Abschreibungen als Konstante an, dass sich bei einer kalkulatorischen gegenüber einer handelsrechtlichen Betrachtung für Altanlagen zwar zunächst erhöhte Abschreibungen ergäben. Da die Altanlagen, die 70 % der gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten ausmachten, nach Ablauf ihrer Nutzungsdauer in den Jahren 2006 bis 2016 jedoch nach und nach entfielen, entstünde, selbst wenn man mit Preissteigerungen für Neuanlagen rechne, eine fallende Preisentwicklung bei Abschreibungen, zumal die Faktorreihe gemäß der StromNEV nicht auf Neuanlagen anzuwenden sei.

b) Wie vom Bundesgerichtshof zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas bereits entschieden (a.a.O., Rn. 93 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), widerspricht die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur keiner gesetzlichen Vorgabe und steht ihr auch bei der Methodik der Berechnung der Abschreibungen ein Beurteilungsspielraum zu, der bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 9 ARegV größtmöglich auszugestalten ist (BGH, a.a.O., Rn. 42 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) und den sie fehlerfrei ausgeübt hat. 189

Der vom Verordnungsgeber für die Berechnung der Abschreibungen im Rahmen der Kostenprüfung in §§ 6, 6a StromNEV vorgegebene kalkulatorische Ansatz ist nicht zwingend auch bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anzuwenden, da § 9 ARegV im Gegensatz zu der für die Kostenprüfung geltenden Regelung des § 6 Abs. 1 ARegV nicht auf die Vorschriften der Netzentgeltverordnungen verweist und auch Sinn und Zweck des § 9 ARegV es nicht gebieten, Abschreibungen als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung auf der Grundlage kalkulatorischer Vorgaben der Netzentgeltverordnungen zu ermitteln. Die methodenoffene Vorgabe des § 9 Abs. 1 ARegV lässt es zu, die Berechnung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung der Berechnung der entsprechenden gesamtwirtschaftlichen Parameter anzugleichen, um Verzerrungen beim Vergleich der Einstandspreisentwicklung zu vermeiden und so die Entwicklung der Netzwirtschaft auf der einen und der Gesamtwirtschaft auf der anderen Seite, deren Ermittlung auf entsprechenden handelsrechtlichen Grundsätzen beruht, besser gegenüberstellen zu können. Es ist deshalb konsequent, wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen des Törnqvist-Index auch die Abschreibungen nach handelsrechtlichen Grundsätzen ermittelt hat, da diese ebenfalls der Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgrößen zugrunde liegen. 190

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur für lineare Abschreibungen begegnet auch nicht deshalb Bedenken, weil das HGB lineare Abschreibungen nicht zwingend vorschreibt, sondern den handelsrechtlichen Wechsel der Abschreibungsmethode durch das Unternehmen zulässt. Die Bundesnetzagentur bewegt sich im Rahmen des ihr höchstrichterlich zugebilligten, weiten methodischen Beurteilungsspielraums, wenn sie ausgehend von den von ihr angenommenen sehr hohen Nutzungsdauern des Sachanlagevermögens von Elektrizitätsnetzbetreibern lineare Abschreibungen für sachgerecht erachtet. 191

192

Anhaltspunkte für eine greifbare Überlegenheit des kalkulatorischen gegenüber dem handelsrechtlichen Ansatz sind schließlich nicht vorgetragen. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof bereits in seiner Entscheidung zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas (a.a.O., Rn. 102 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) darauf hingewiesen, dass es einen Ausgleich für die Ermittlung der Abschreibungen auf Basis historischer Anschaffungs- oder Herstellungskosten darstellt, dass die Bundesnetzagentur bei der Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung zum Vorteil der Netzbetreiber eine Verzinsung der Restwerte der Anlagegüter nach dem Nominalzinssatz zugrunde gelegt hat, ohne – wie in § 7 Abs. 4 GasNEV bzw. StromNEV vorgesehen – zwischen Alt- und Neuanlagen zu unterscheiden. Diese Erwägung ist angesichts der identischen Vorgehensweise in der streitgegenständlichen Festlegung auf den Streitfall übertragbar, ebenso die weiteren Erwägungen der Bundesnetzagentur, die der Bundesgerichtshof gegen eine greifbare Überlegenheit der kalkulatorischen Berechnung angeführt hat und auf die Bezug genommen wird (a.a.O., Rn. 103).

3. Methodisch fehlerfrei hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Inputfaktors im Rahmen der Törnqvist-Methode einen jährlich aktualisierten Zins für das eingesetzte Fremdkapital herangezogen. 193

a) Die Bundesnetzagentur hat die Entwicklung des Kostenblocks „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ durch die Zinsen gemäß § 7 Abs. 7 StromNEV abgebildet. Dass sie sich für den Ansatz eines jährlich aktualisierten Werts für die Fremdkapitalzinsen anstelle des in der Konsultation vorgeschlagenen Mittelwerts entschieden hat, hat sie im angefochtenen Beschluss damit begründet, dass der jährliche Zinssatz der Umlaufrenditen die tatsächlichen Gegebenheiten am Kapitalmarkt widerspiegle. Durch die Berücksichtigung der Zinsreihen von Anleihen am Kapitalmarkt mit unterschiedlichen Laufzeiten sei sichergestellt, dass der jährliche Durchschnitt sowohl langfristige als auch kurzfristige Verbindlichkeiten, für die sich Unternehmen am Kapitalmarkt frei entscheiden könnten, abbilde. Im Gegensatz zum Eigenkapital sei das Fremdkapital flexibel. Es komme nicht auf die absolute Zinshöhe, sondern auf die Veränderungsraten im Betrachtungszeitraum an, die durch die gewählte Vorgehensweise sachgerecht abgebildet würden (Festlegung, S. 39 f.). 194

b) Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist zunächst nicht deshalb rechtswidrig, weil sie nicht den Vorgaben des § 5 Abs. 2 Hs. 2 StromNEV entspricht. 195

Wie bereits höchstrichterlich zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas entschieden, ist die Bundesnetzagentur auch bei der Berechnung der Größe „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ im Rahmen der Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung nicht an die Netzentgeltverordnungen gebunden. Dass die Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Fremdkapitalzinsen die in § 7 Abs. 7 StromNEV angeführten Zinsreihen herangezogen hat, verpflichtet sie weder zur Heranziehung der weiteren Vorgaben der StromNEV, insbesondere von § 5 Abs. 2 Hs. 2 StromNEV, noch zur Begründung ihrer abweichenden Vorgehensweise (zu den Parallelvorschriften in der GasNEV BGH, a.a.O., Rn. 107 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; bestätigt a.a.O., Rn. 43 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 196

c) Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Ansatz eines auf mehrere Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts (rollierenden Mittelwerts) dem Ansatz des jährlichen Durchschnitts der in § 7 Abs. 7 StromNEV aufgeführten Zinsreihen greifbar überlegen wäre. 197

Zwar entspricht es der ökonomischen Realität, dass sich die Netzbetreiber nicht jedes Jahr das erforderliche Fremdkapital neu beschaffen, sondern sich durch langfristig gebundenes 198

Fremdkapital finanzieren. Dies hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss auch erkannt. Ihre für die Geeignetheit der gewählten Methode und gegen eine (greifbare) Überlegenheit eines rollierenden Mittelwerts angeführten Erwägungen sind gleichwohl tragfähig. Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, steht ihre Vorgehensweise im Einklang mit der Zielrichtung der Ermittlung der Fremdkapitalzinsen im Rahmen der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung, die darin besteht, die Entwicklung der Finanzierungskosten sämtlicher Stromnetzbetreiber während des betrachteten Stützintervalls abzubilden und nicht wie bei der Kostenprüfung die absoluten, zu diesem Zeitpunkt höchstens ansatzfähigen Fremdkapitalzinsen zu ermitteln (BGH, a.a.O., Rn. 110 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Angesichts dieser Zielrichtung ist es gerade nicht erforderlich, das Finanzierungsverhalten des einzelnen Netzbetreibers möglichst realitätsgerecht abzubilden, so dass es auch nicht darauf ankommt, wie flexibel Netzbetreiber üblicherweise auf Zinsveränderungen reagieren können. Zudem hat der Bundesgerichtshof (a.a.O.) auch die Erwägung der Bundesnetzagentur, dass die branchenweite und im Gegensatz zur Kostenprüfung nicht punktuelle, sondern verlaufsbezogene Betrachtung der Zinsentwicklung bereits zu einer Glättung von Sondereffekten führt (vgl. S. 63 des angefochtenen Beschlusses), als sachgerecht erachtet.

Anlass zu einer weiteren Sachaufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bestand nach alledem nicht. 199

4. Die Bundesnetzagentur hat bei der Berechnung der Einstandspreisentwicklung für den Törnqvist-Index auch keine fehlerhaften, weil inkonsistenten Gewichtungen von Preisbestandteilen zugrunde gelegt. 200

a) Sie hat für die Netzwirtschaft eine jahresscharfe Gewichtung entsprechend den in den Gewinn- und Verlustrechnungen der Netzbetreiber ausgewiesenen Anteilen herangezogen. Die Ermittlung der Preisentwicklung hat sie mit Konsistenzerwägungen mit Blick auf die Produktivitätsberechnung begründet. Der Forderung, eine einheitlich fixe Gewichtung auf Basis der Jahresdaten 2010 gemäß der Methodik des Statistischen Bundesamtes beim VPI vorzunehmen, hat sie entgegengehalten, dass man dann, da der VPI nicht nur die Entwicklung der Inputpreise, sondern auch die Entwicklung der Produktivität beinhalte, zwingend auch für die Ermittlung der netzwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung eine fixe Gewichtung auf Basis der Jahresdaten 2010 wählen müsse, womit man sich vom Törnqvist-Index entferne. 201

b) Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, ist die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden: Dass die Bundesnetzagentur zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors den VPI herangezogen hat, bedeutet nicht, dass sie für die Ermittlung der netzwirtschaftlichen Bestandteile zwangsläufig die der Ermittlung des VPI zugrunde liegende Methode anwenden müsste. Zudem ist eine zwingende oder greifbar überlegene andere methodische Auswahlentscheidung nicht aufgezeigt. Wegen der weiteren Einzelheiten kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Erwägungen in der Entscheidung „Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I“ unter Rn. 129 ff. verwiesen werden, mit denen sich die Beschwerdeführerin nicht mehr auseinandergesetzt hat. 202

VI. Die sonstigen Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode bleiben im Übrigen ohne Erfolg. 203

204

1. Die von der Beschwerdeführerin als mathematisch fehlerhaft bemängelte Bildung der Jahresmittelwerte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch die Bundesnetzagentur ist nicht zu beanstanden.

Die Bundesnetzagentur hat für jede der nach § 9 Abs. 1 ARegV auf Basis der Residualmethode zu betrachtenden Größen die Jahreswerte addiert und daraus den geometrischen Mittelwert gebildet. Aus den so ermittelten Mittelwerten hat sie den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor errechnet, der den jährlichen Durchschnittswert für das Stützintervall abbildet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin war die Bundesnetzagentur nicht gehalten, für jedes Jahr des Stützintervalls zunächst einen jährlichen generellen sektoralen Produktivitätsfortschritt zu errechnen und diese jährlichen Werte zu mitteln. Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, ergibt sich aus § 9 Abs. 1 ARegV nicht, dass die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfortschritt für jedes Jahr getrennt und im Anschluss den Durchschnitt dieser Werte zu errechnen hätte (a.a.O., Rn. 113 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 205

2. Nicht zu beanstanden ist ferner, dass die Bundesnetzagentur das mit dem Törnqvist-Index errechnete Ergebnis nicht um Aufholeffekte bereinigt hat. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, a.a.O., Rn. 136 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) ist eine solche Bereinigung nicht erforderlich. Wie vom Bundesgerichtshof im Einzelnen ausgeführt, lässt die Törnqvist-Methode zwar aufgrund ihrer Datenbasis keine Unterscheidung zwischen individuellen Aufholeffekten und der Verschiebung der sektoralen Effizienzgrenze zu. Dem hat die Bundesnetzagentur aber dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass sie dies bereits bei der Anwendung der Törnqvist-Methode berücksichtigt und ferner den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auch mithilfe der Malmquist-Methode berechnet hat, die allein die Abbildung der Verschiebung der Effizienzgrenze ermöglicht. Eine Korrektur des Ergebnisses des Törnqvist-Index um einen Aufholeffekt, der etwa mithilfe des Malmquist-Index ermittelt wurde, läuft hingegen auf eine ergebnisorientierte Vermischung unterschiedlicher ökonometrischer Methoden hinaus, ohne dass hierfür eine wissenschaftliche Grundlage aufgezeigt oder erkennbar wäre. 206

VII. Nach Maßgabe des eingangs dargelegten, eingeschränkten Prüfungsmaßstabs (s.o. B. I. 1. bis 2.) erweist sich auch die von der Bundenetzagentur vorgenommene Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode als rechtsfehlerfrei. 207

1. Dies gilt zunächst für den methodischen Ausgangspunkt. 208

a) Der Malmquist-Index, den der Verordnungsgeber grundsätzlich als weitere für die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in Betracht kommende Methode ansieht (BR-Drs. 417/07, S. 48 f.; BT-Drs. 17/7632, S. 5), beruht in der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur auf dem Ansatz, die Produktivitätsentwicklung aus einem Vergleich der Effizienzwerte der einzelnen Netzbetreiber über die bisherigen Regulierungsperioden zu ermitteln. Er ist somit ein Maß für die dynamische (intertemporale) Effizienzentwicklung über eine bestimmte Periode. Diese Methode ist grundsätzlich geeignet, unternehmensindividuelle Aufholeffekte („Catch-up“) von Verschiebungen der Effizienzgrenze, also der Entwicklung der jeweils effizientesten Unternehmen der Branche („Frontier Shift“), zu unterscheiden. Für die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors hat die Bundesnetzagentur mit einem in der Festlegung als Malmquist-Methode bezeichneten Ansatz lediglich die Verschiebung der Effizienzgrenze ermittelt (Festlegung, S. 13). 209

Hierzu hat sie die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen (§§ 12 ff. ARegV) der Stromverteilernetzbetreiber (ohne Berücksichtigung der Betreiber von Übertragungsnetzen) 210

der ersten drei Regulierungsperioden mit den Basisjahren 2006, 2011 und 2016 als Datenpunkten sowie die aufgrund der Malmquist-Datenfestlegung erhobenen Daten verwendet (Festlegung, S. 46 ff.) und sich auf die dabei angewendeten Berechnungsmethoden der Dateneinhüllungsanalyse („Data Envelopment Analysis“, DEA) und der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse („Stochastic Frontier Analysis“, SFA; vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV i.V.m. Nr. 1 der Anlage 3 zu § 12 ARegV) gestützt (Festlegung, S. 55 ff.). Mit diesen Methoden hat die Bundesnetzagentur unter Zugrundelegung der aus den Daten der Effizienzvergleiche sowie der Malmquist-Datenfestlegung stammenden Werte der beeinflussbaren Gesamtkosten (TOTEX) und der standardisierten Kosten (sTOTEX) für jeden Netzbetreiber und jede Regulierungsperiode vier Grundspezifikationen ermittelt. In einem nächsten Schritt wurde aus diesen unternehmensindividuellen Werten für jede Grundspezifikation das arithmetische Mittel über alle betrachteten Unternehmen gebildet und für jede Spezifikation das geometrische Mittel der Werte der ersten und zweiten sowie der zweiten und dritten Regulierungsperiode errechnet. Die periodenübergreifenden Werte der Grundspezifikationen wurden anschließend zusammengeführt und ergaben einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von rund 1,35 % (Festlegung, S. 14, 61 f.). Im Gegensatz zum statischen Effizienzvergleich erfolgte keine Bestabrechnung entsprechend § 12 Abs. 3 und Abs. 4a ARegV. Vielmehr gingen alle Spezifikationen in die Bestimmung der branchenweiten Effizienzgrenzenverschiebung ein, indem der ungewichtete Durchschnitt der vier Grundspezifikationen gebildet wurde (Festlegung, S. 48 f., 57). Hierdurch soll nach der Festlegung gewährleistet werden, dass sich die Stärken und Schwächen der jeweiligen Ansätze ausgleichen und insgesamt ein ausgewogenes Ergebnis erzielt wird (Festlegung, S. 57, 62).

b) Vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 30 ff., 112 ff., 126 ff., 139 ff., 144 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 12 ff., 47, 56 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) ist – angesichts der vergleichbaren Vorgehensweise – auch die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom auf Grundlage des Malmquist-Index in der spezifischen Ausgestaltung, den diese Methode durch die Bundesnetzagentur erfahren hat (Kosten-Malmquist), im methodischen Ausgangspunkt nicht zu beanstanden und als wissenschaftlich anerkannte und damit grundsätzlich zulässige Methode im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV anzusehen. Angesichts dessen erweist sich der Einwand der Beschwerde, die Bundesnetzagentur habe bei der Methoden- und Parameterwahl nicht hinreichend berücksichtigt, dass sie einen dynamischen Effizienzvergleich nach einem Modell für einen statischen Effizienzvergleich vornehme, als obsolet. 211

2. Als nicht durchgreifend erweisen sich auch die Einwendungen, die die konkrete Anwendung der Malmquist-Methode und die insoweit von der Bundesnetzagentur getroffenen Auswahlentscheidungen betreffen. Dies gilt zunächst für die die Datengrundlage bzw. die verwendeten Daten betreffenden Rügen. 212

a) Zu Unrecht bemängelt die Beschwerdeführerin, dass die von der Bundesnetzagentur für die Malmquist-Berechnungen verwendeten Daten nicht geeignet seien, weil es sich um regulatorisch in vielfältiger Weise vorgeprägte und überformte Daten handele, die überdies nicht für einen dynamischen Effizienzvergleich über die Zeit erhoben worden seien, weshalb zum Teil Nacherhebungen von Daten für vergangene Zeiträume sowie zahlreiche Modifikationen der Datenbasis erforderlich gewesen seien, um eine konsistente Vergleichsbasis zu gewinnen, wodurch das Ergebnis der Malmquist-Index-Ermittlung verzerrt 213

worden sein könne, was von der Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft nicht untersucht worden sei.

aa) Die Rügen greifen nicht durch. Die Bundesnetzagentur hat vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas, der sich der Senat anschließt, ihren Entscheidungsspielraum in rechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgeübt, dasssie – ebenso wie im Gas-Bereich – für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom nach der Malmquist-Methode auch auf die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen konkret der ersten drei Regulierungsperioden zurückgegriffen hat, die sie zusätzlich um die Daten aus der Malmquist-Datenfestlegung ergänzt hat (Festlegung, S. 14). Der Rückgriff auf diese Daten für den im Rahmen des § 9 ARegV vorzunehmenden dynamischen Effizienzvergleich ist – wie der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas entschieden hat – im Grundsatz zulässig und nicht zu kritisieren (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 112 ff., 143 ff., 149 ff., 152 f., 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 57 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Die Bundesnetzagentur ist dabei einen nicht zu beanstandenden methodischen Kompromiss eingegangen (BGH, a.a.O., Rn. 144 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Für den Streitfall gilt nichts anderes. Die Beschwerde zeigt insoweit keine Gesichtspunkte auf, die vorliegend eine abweichende Entscheidung rechtfertigen oder erfordern könnten. Rechts- oder Abwägungsfehler sind weder aufgezeigt noch ersichtlich. Dies betrifft insbesondere auch die Beschwerderüge, dass die Bundesnetzagentur Probleme der Daten- und Vergleichsbasis, wie etwa durch Netzübergänge und zwischen den Effizienzvergleichen geänderte Parametrierungen, zwar erkannt, aber fehlerhaft gelöst habe (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ist insoweit auch hinreichend transparent und ausreichend begründet (vgl. Festlegung, S. 52 f.). 214

Dass die Datengrundlage greifbar, mithin in einem Maße ungeeignet gewesen ist, dass die Bundesnetzagentur sie, weil etwa Daten in relevantem Umfang fehlen oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage vorliegen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 68, 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden könnte, oder dass eine andere Datengrundlage unter Berücksichtigung des mit ihrer Erhebung einhergehenden Aufwands und aller sonstigen maßgeblichen Umstände als in diesem Sinne überlegen einzustufen gewesen wäre, kann dem Vortrag der Beschwerdeführerin nicht entnommen werden und ist auch sonst nicht erkennbar (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 19, 24, 67 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 215

bb) Die Bundesnetzagentur war auch nicht verpflichtet, die für die Malmquist-Berechnungen verwendeten Daten einer detaillierten Überprüfung auf Datenfehler zu unterziehen, um Eignung und Qualität der Datengrundlage für den dynamischen Effizienzvergleich zu gewährleisten. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe auf die Daten der statischen Effizienzvergleiche zurückgegriffen, ohne auffällige Wertveränderungen bei Netzbetreibern zu erkennen und ihnen in geeigneter Weise Rechnung zu tragen, greift daher nicht durch. 216

(1) Die Bundesnetzagentur hat nach Maßgabe der geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Plausibilisierung und Validierung sehr großer und komplexer Datenmengen – wie im Streitfall – nur dann Anlass zu einer näheren Überprüfung der von jedem beteiligten Unternehmen zum Zweck des Effizienzvergleichs übermittelten Daten, 217

wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Richtigkeit der übermittelten Daten begründen. § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 ARegV sieht vor, dass die Regulierungsbehörde die zur Durchführung des Effizienzvergleichs erforderlichen Daten durch Einholung von Auskünften bei den Netzbetreibern erhebt. Die Netzbetreiber sind zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Angaben verpflichtet. Ein Sanktionierungssystem für unzutreffende Angaben oder eine umfassende Überprüfung der Angaben durch die Bundesnetzagentur ist in der Anreizregulierungsverordnung nicht vorgesehen (BGH, a.a.O., Rn. 150 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Generelle sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschl. v. 21.01.2014 – EnVR 12/12, juris Rn. 84 f. – Stadtwerke Konstanz GmbH). Solche konkreten Anhaltspunkte hat die Beschwerde hier nicht aufgezeigt. Eine weitergehende detaillierte Überprüfung der Daten hatte die Bundesnetzagentur auch zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung im Rahmen der Malmquist-Methode im Hinblick auf den dynamischen Kontext nicht durchzuführen (BGH, a.a.O., Rn. 151 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. v. 26.01.2021 – EnVR 101/19, juris Rn. 133).

(2) Die Bundesnetzagentur hat – unstreitig – bereits bei der Durchführung der Effizienzvergleiche in der jeweiligen Regulierungsperiode eine umfangreiche Plausibilisierung der von den Netzbetreibern übermittelten Daten zur Sicherstellung einer belastbaren Datenbasis vorgenommen. Dazu hat sie sowohl die Kosten- als auch die Strukturdaten der betroffenen Netzbetreiber einer umfassenden Prüfung auf Plausibilität unterzogen (u.a. Logikprüfungen, Vergleich mit Altdaten). Nach Abschluss der Datenplausibilisierung wurde jedem Netzbetreiber eine sog. Datenquittung übermittelt. Sofern der Netzbetreiber bezüglich der in der Datenquittung aufgeführten Daten noch einen Änderungsbedarf angemeldet hat, wurde dieser berücksichtigt. Ansonsten sind die Daten als Eingangsgrößen in den Effizienzvergleich eingegangen. 218

Darüber hinaus ist die Bundesnetzagentur Hinweisen auf fehlerhafte Daten von Einzelunternehmen, die im Rahmen der Konsultation der streitgegenständlichen Festlegung anhand der veröffentlichten Daten an sie herangetragen wurden, nachgegangen und hat die Daten mit den betroffenen Unternehmen erneut plausibilisiert. Dies betraf in erster Linie Unternehmen, bei denen sich die Anschluss- und die Zählpunkte auf der einen sowie die versorgte Fläche und die Leitungslänge auf der anderen Seite im Zeitverlauf entgegengesetzt entwickelt hatten. In diesem Zusammenhang wurden ca. 100 Netzbetreiber angeschrieben und um eine Rückmeldung entweder hinsichtlich der Bestätigung der Korrektheit oder etwaiger Anpassungen ihrer Daten gebeten. Rund 50 % der adressierten Netzbetreiber haben daraufhin ihre Datenangaben korrigiert. 219

Zu einem „Mehr“ an Nachprüfung oder Plausibilisierung war die Bundesnetzagentur nicht verpflichtet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führen insbesondere die von der Bundesnetzagentur eingeräumten Korrekturen für bestimmte Daten von rund 100 Netzbetreibern nicht dazu, die Bundesnetzagentur im Hinblick darauf für verpflichtet zu erachten, eine vollständige und detaillierte Nachprüfung sämtlicher von den Netzbetreibern übermittelten Daten aus den Effizienzvergleichen vorzunehmen. Denn für die übrigen, nicht betroffenen Netzbetreiber und andere Daten fehlt es gerade an konkreten Anhaltspunkten für Inkonsistenzen bzw. Unrichtigkeiten. Daher durfte die Bundesnetzagentur mangels anderer Anhaltspunkte weiter davon ausgehen, dass die zur Datenlieferung verpflichteten Netzbetreiber, nicht vorsätzlich unzutreffende – und erst recht keine ihnen nachteiligen – Angaben vornehmen und dass sich versehentlich unzutreffende Einzelangaben vor dem Hintergrund des Umfangs der Datengrundlage nicht in nennenswertem Umfang auf das gemittelte Ergebnis auswirken (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 85 – Stadtwerke Konstanz GmbH; Senat, Beschl. v. 17.02.2016 – VI-3 Kart 245/12 [V], juris Rn. 14). Hinzu kommt, dass die 220

Nachplausibilisierungen der Daten von rund 100 Netzbetreibern – nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Bundesnetzagentur – zu keinen signifikanten Veränderungen des (Malmquist-)Ergebnisses geführt haben, was für einen eher geringen Einfluss einzelner Datenkorrekturen auf das Endergebnis spricht. Die Validität der Datengrundlage gehört im Übrigen zu den Umständen, die die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung des Stands wissenschaftlicher Erkenntnis zu prüfen und zu bewerten und zu anderen Gesichtspunkten wie der Datenverfügbarkeit, dem erforderlichen Ermittlungsaufwand sowie gegebenenfalls rechtlichen Vorgaben etwa zur Fehlertoleranz in Beziehung ins Verhältnis zu setzen hat (BGH, a.a.O., Rn. 19 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Dies ist hier erfolgt, ohne dass nach den dafür geltenden Maßstäben (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) Abwägungsfehler aufgezeigt oder ersichtlich sind. Die Bundesnetzagentur war auch nicht verpflichtet, den Ursachen für die fehlerhaften Datenmeldungen nachzugehen; ein Ermittlungsdefizit ist daher ebenfalls zu verneinen.

b) Nicht durchgreifend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, durch die Begrenzung der Datengrundlage auf die Basisjahre der jeweiligen Regulierungsperiode (2006, 2011 und 2016) werde der anhand der Malmquist-Methode ermittelte Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor verfälscht, weil anders als beim Törnqvist-Index nicht jedes Jahr des Betrachtungszeitraums in die Analyse einbezogen werde. Sondereffekte, die die einzelnen Basisjahre beträfen, würden das Ergebnis insoweit stärker verzerren. Die Bundesnetzagentur habe insoweit versäumt zu prüfen, ob die herangezogen Daten durch derartige Sonderfaktoren bedingte Auffälligkeiten zeigten. 221

aa) Die Beschwerde zeigt mit ihrer Rüge keine fehlerhafte Anwendung der von der Bundesnetzagentur rechtsfehlerfrei gewählten Methode des Malmquist-Index auf. Dieser setzt in der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur in im methodischen Ausgangspunkt nicht zu beanstandender Weise auf den Datensätzen aus den Effizienzvergleichen der ersten drei Regulierungsperioden und damit den Daten der Basisjahre 2006, 2011 und 2016 auf. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 70 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), spiegelt insbesondere der Basisjahreffekt, der die Praxis der Netzbetreiber beschreibt, Investitionen, bei denen ein entsprechender zeitlicher Spielraum besteht, zur Steigerung der Erlösobergrenze vorzugsweise in ein Basisjahr zu verschieben, eine rein tatsächliche Entwicklung vor dem Hintergrund des regulatorischen Rechtsrahmens wider, die für sich genommen nicht die Annahme rechtfertigt, dass die in einem Basisjahr erhobenen Daten zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von vornherein ungeeignet bzw. von diesen Effekten zu bereinigen sind. 222

bb) Die Beschwerdeführerin zeigt im Übrigen weder auf, ob und inwieweit es durch die Beschränkung auf die singulären Datenpunkte der Basisjahre 2006, 2011 und 2016 überhaupt zu einer relevanten und die Beschwerdeführerin überdies belastenden Ergebnisverzerrung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf Basis der Malmquist-Methode kommt, noch dass dieser Ansatz von vornherein ungeeignet oder aber ein anderer Ansatz, für den die erforderlichen Daten zur Verfügung gestanden hätten, für einen dynamischen Effizienzvergleich greifbar überlegen wäre (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 144 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Sie hat auch keinen konkreten Sachvortrag gehalten, der unter diesem Aspekt geeignet gewesen wäre, die von der Bundesnetzagentur bejahte Validität der Datengrundlage zu erschüttern. Der Aufweis der theoretischen Möglichkeit eines ergebnisverzerrenden Einflusses reicht insoweit nicht aus. Angesichts dessen ergab sich unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichthof hierfür aufgestellten 223

Maßstäbe (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 23 f., 80 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) auch keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, die Datengrundlage oder das auf dieser Basis ermittelte Malmquist-Ergebnis speziell unter diesem Aspekt einer zusätzlichen Überprüfung zu unterziehen. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung war daher nicht veranlasst.

c) Keinen methodischen Mangel bei der Anwendung der Malmquist-Methode zeigt die Beschwerdeführerin auf, wenn sie rügt, dass das Ergebnis der Malmquist-Berechnungen wegen des Rückgriffs auf die Daten der statischen Effizienzvergleiche zum einen durch Änderungen in der regulatorischen Praxis zur Kostenprüfung und zum anderen durch die nur selektive Betrachtung der Kostenbasis namentlich beim Verschieben von Kosten in die Kategorie der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten verzerrt werde könne, weil dies gegebenenfalls als Effizienzsteigerung der Unternehmen fehlinterpretiert werde, was weder untersucht noch verhindert worden sei. 224

aa) Diese Wirkungen sind – wie der Bundesgerichthof bereits entschieden hat (BGH, a.a.O., Rn. 74, 152 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) – notwendige Folge des von der Bundesnetzagentur rechtsfehlerfrei gewählten methodischen Ansatzes, bei dem sich regulatorische Entscheidungen und damit einhergehende tatsächliche Effekte in der Praxis der Netzbetreiber zwangsläufig auf die mit dem Malmquist-Index berechneten Ergebnisse auswirken, und stellen keinen methodischen Mangel bei der Anwendung der Malmquist-Methode dar. Zwar können die gefundenen Ergebnisse hiernach um offenkundige Fehler bereinigt werden, soweit diese feststellbar sind und hierfür ein praktikabler methodischer Ansatz zur Verfügung steht (BGH, a.a.O., Rn. 153 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Einen solchen zeigt die Beschwerde jedoch nicht auf. Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur mit der Törnqvist-Methode einen zweiten, auf handelsrechtlichen Grundlagen beruhenden und von regulatorischen Einflüssen in geringerem Umfang beeinflussten Ansatz verfolgt (vgl. BGH, ebenda). 225

Soweit die Beschwerdeführerin zur Bereinigung der Datengrundlage von diesen Auswirkungen beispielhaft auf die Möglichkeit verweist, während des gesamten Vergleichszeitraums etwa einheitlich den strengsten (Regulierungs-)Maßstab zur Anwendung zu bringen, handelt es sich hierbei um einen dem durch den Rückgriff auf regulatorische Zahlen gekennzeichneten methodischen Ansatz zuwiderlaufenden generellen nachträglichen Eingriff in die Datengrundlage bzw. die Methodik und geht damit über die vom Bundesgerichtshof für zulässig erachtete Korrektur um offenkundige Fehler deutlich hinaus. 226

bb) Die Bundesnetzagentur war auch nicht verpflichtet zu prüfen, inwieweit ihr methodischer Ansatz zu Verzerrungen bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode führt. 227

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, inwieweit die Bundesnetzagentur verpflichtet ist, von ihr methodisch einwandfrei ermittelte ökonometrische Werte einer zusätzlichen Überprüfung auf Plausibilität oder Robustheit zu unterziehen. Dies hängt davon ab, in welchem Umfang die Verlässlichkeit oder Sensitivität der erhobenen Daten oder der unter Verarbeitung dieser Daten ermittelte Wert überprüfungsbedürftig erscheint. Der Maßstab dafür, ob und in welchem Umfang eine Überprüfung oder zusätzliche Absicherung angezeigt ist, bestimmt sich dabei – unbeschadet der Verpflichtung der Bundesnetzagentur, Methoden anzuwenden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen – nicht allein nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die Regulierungsbehörde der Regulierungsentscheidung nicht ausweichen darf. Die Notwendigkeit einer solchen 228

Überprüfung wird dabei auch durch die Möglichkeiten bestimmt, mit einem sachlich und zeitlich angemessenen Aufwand den Gründen für bestehende Zweifel an der Validität ermittelter Werte nachzugehen, um diese Zweifel entweder auszuräumen oder, falls dies nicht gelingen sollte, gegebenenfalls auf eine andere Methode auszuweichen, von der ein plausibleres oder robusteres Ergebnis zu erwarten ist (BGH, a.a.O., Rn. 23 f., 80 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

(2) Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben bestand für die Bundesnetzagentur kein Anlass für eine entsprechende Überprüfung, weil sich regulatorische Effekte und Entscheidungen – wie ausgeführt – zwangsläufig auf die mit der Malmquist-Methode berechneten Ergebnisse auswirken (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 152 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 229

d) Unbegründet ist auch die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur hätte gleichbleibende bzw. in dem Sinne neutrale Eigenkapitalzinssätze ansetzen müssen, dass diese nicht die Wertungen der Eigenkapitalzinssatzfestlegungen konterkarierten, um eine Doppelberücksichtigung von zinssatzbedingten Kostenreduktionen zu vermeiden. 230

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas die grundsätzliche Zulässigkeit des Ansatzes der Bundesnetzagentur (vgl. Gas-Festlegung, S. 33) zur Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Malmquist-Methode bejaht (BGH, a.a.O., Rn. 127 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Diese ist in identischer Weise bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom erfolgt (vgl. Festlegung, S. 41, 48). Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Folgte man der Ansicht der Beschwerdeführerin, liefe dies auf einen sachwidrigen Eingriff in den in § 9 Abs. 3 ARegV angelegten und von der Bundesnetzagentur mit der Törnqvist- wie der Malmquist-Methode auch angewandten, auf hinreichend aussagekräftige Vergangenheitswerte gegründeten retrospektiven Ansatz als Instrument zur Prognose der zu erwartenden Produktivitätsentwicklung hinaus (BGH, a.a.O., Rn. 128 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Es kommt insoweit auch zu keiner unzulässigen Doppelberücksichtigung sinkender Eigenkapitalzinssätze und damit zu einer doppelten wirtschaftlichen Benachteiligung der Netzbetreiber. Würde die Veränderung der Eigenkapitalverzinsung nicht berücksichtigt, würde dies zu einer Verzerrung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen, weil die Veränderung der Eigenkapitalverzinsung dann nur einseitig bei der Gesamtwirtschaft angesetzt wäre, obgleich die Eigenkapitalzinsen Bestandteil der Inputpreise sowohl bei den Netzbetreibern als auch in der Gesamtwirtschaft sind (vgl. i.E. auch BGH, a.a.O., Rn. 127 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Beschwerdeführerin zeigt keine Aspekte auf, die vorliegend eine abweichende Entscheidung rechtfertigten oder erforderten. Insbesondere ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der von der Beschwerdeführerin favorisierte Ansatz eines gleichbleibenden Zinsniveaus greifbar überlegen wäre. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung war vor diesem Hintergrund nicht veranlasst. 231

e) Fehl geht in diesem Zusammenhang auch die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe bei der Abbildung der Eigenkapitalzinsen in methodisch inkonsistenter, selektiver und insoweit rechtsfehlerhafter Weise – anders als bei den sonstigen Kostenansätzen – nicht den Vergangenheitswert des jeweiligen Basisjahres (vgl. § 6 Abs. 1 S. 3 ARegV), sondern den für die (nach-) folgende/kommende Regulierungsperiode festgelegten kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz, der ohnehin schon prognostisch geprägt und zukunftsbezogen sei, zugrunde gelegt. Dadurch sei es zu einer systemwidrigen, unwissenschaftlichen Vermischung von zukunftsgerichteten, prognostisch ermittelten Kapitalkosten (Eigenkapitalzinsen) mit einer periodengetreu ermittelten Verzinsungsbasis 232

bzw. Betriebskosten, die auf Preisen des Basisjahres basierten, und infolgedessen zu einer systematischen Überschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gekommen.

Ein methodischer Fehler der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors wird damit nicht aufgezeigt. Vielmehr erhöht die Verwendung der bereits bekannten Eigenkapitalzinssätze für die nachfolgende Regulierungsperiode die Prognosegüte für die von der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 9 ARegV geforderte, möglichst treffsichere Bestimmung der künftig zu erwartenden Produktivitätsentwicklung. Überdies erfolgt die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze auf der Basis vergangenheitsbezogener Daten und berücksichtigt im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auch die bis einschließlich des Basisjahres festzustellenden Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt, so dass der retrospektive Ansatz im Hinblick auf die Eigenkapitalverzinsung insoweit – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht durchbrochen oder aufgegeben wird. Darüber hinaus entspricht dieser Ansatz dem Vorgehen der Bundesnetzagentur in den statischen Effizienzvergleichen. Da die Malmquist-Methode in der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur auf den statischen Effizienzvergleichen für die jeweilige Regulierungsperiode aufsetzt, ist es konsequent und methodisch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur beim Malmquist-Index den Eigenkapitalzins heranzieht, der auch im Rahmen der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die jeweils relevante Regulierungsperiode zur Anwendung gekommen ist. Soweit die Beschwerdeführerin auf eine (vermeintliche) Inkonsistenz zur Törnqvist-Methode verweist, wo der in dem jeweiligen Jahr geltende kalkulatorische Eigenkapitalzinssatz zur Anwendung kommt, führt auch dies zu keiner abweichenden Bewertung, weil sich die Törnqvist- und die Malmquist-Methode in ihrem methodischen Ausgangspunkt grundlegend voneinander unterscheiden und vor diesem Hintergrund eine abweichende Vorgehensweise hinsichtlich der Abbildung der Eigenkapitalverzinsung plausibel und nicht widersprüchlich erscheint. 233

Die Beschwerdeführerin hat auch nicht aufgezeigt, dass der Ansatz der Bundesnetzagentur von vornherein ungeeignet oder diesem ein anderer Ansatz unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände so deutlich (greifbar) überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (BGH, a.a.O., Rn. 24, 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 234

3. Unbegründet sind auch die Beschwerderügen betreffend die von der Bundesnetzagentur zur Berechnung der Effizienzgrenzenverschiebung („Frontier Shift“) angewendeten Berechnungsmethoden der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA) und der Dateneinhüllungsanalyse (DEA) sowie der damit in Zusammenhang stehenden Auswahlentscheidungen. 235

a) Nicht zu beanstanden ist die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung verwendete SFA-Methodik (Festlegung, S. 55 ff.). Der hiergegen gerichtete Einwand, die SFA-Methode erlaube keine isolierte Bestimmung von Aufholeffekten und „Frontier Shifts“, weshalb das Ergebnis der SFA-Malmquist-Berechnungen nachträglich um den Aufholeffekt bereinigt werden müsse, greift vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht durch. 236

aa) Der Bundesgerichtshof hat sich in dem Rechtsbeschwerdeverfahren betreffend die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas auch mit der von der Bundesnetzagentur verwendeten SFA-Methodik (Gas-Festlegung, S. 44 ff.) auseinandergesetzt und diese nicht beanstandet (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 139 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dabei hat er sich insbesondere explizit mit den Einwänden 237

der mangelnden Separierung der Effizienzgrenzenverschiebung von individuellen Aufholeffekten (BGH, a.a.O., Rn. 141 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), der Notwendigkeit einer Bereinigung der mit der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse berechneten Werte um Aufholeffekte (BGH, a.a.O., Rn. 139 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), der Verwendung einer Halbnormalverteilung an Stelle einer für den Ineffizienzterm im Ausgangspunkt zugrunde gelegten Exponentialverteilung zur Vermeidung von Konvergenzproblemen (BGH, a.a.O., Rn. 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und dem Erfordernis einer separaten Modellierung eines möglichen Einflusses von Aufholeffekten auf den Ineffizienzterm befasst (BGH, a.a.O., Rn. 147 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und dabei keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Ausfüllung des der Bundesnetzagentur insoweit zustehenden Beurteilungsspielraums gesehen.

bb) Bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom hat sich die Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung der identischen SFA-Methodik bedient (Festlegung, S. 55 ff.). Die Beschwerde zeigt insoweit keine Gesichtspunkte auf, die im hiesigen Verfahren aus Sicht des Senats in Anwendung dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung eine abweichende Entscheidung rechtfertigen könnten. Insbesondere sind keine hinreichenden neuen Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung ungeeignet oder einem anderen Vorgehen unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände insoweit greifbar unterlegen wäre. Das Beschwerdevorbringen veranlasst insoweit auch keine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 143 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Soweit die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Bundesnetzagentur das Ausmaß von Aufholeffekten und deren Einflusses auf den Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sachgerecht untersucht habe und vorbringt, aus dem Umstand, dass der um Aufholeffekte bereinigte Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach der DEA-Variante um 0,15 Prozentpunkte über dem Durchschnittswert nach der SFA-Methode liege, lasse sich nicht schließen, dass der Aufholeffekt auch in den SFA-Varianten berücksichtigt worden sei, ist dies nicht genügend. 238

b) Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin auch gegen die von der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Berechnungsmethode der Dateneinhüllungsanalyse (DEA) getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen. 239

Die Rüge, der Ansatz unterschiedlicher, sich überdies gegenseitig widersprechender Skalenerträge in den jeweiligen Vergleichsperioden entspreche bei einem dynamischen (intertemporalen) Effizienzvergleich nicht der wissenschaftlichen Praxis bzw. dem Stand der Wissenschaft im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV, zumal die unterschiedlichen Ergebnisgruppen bei der Aggregation der Malmquist-Ergebnisse auch noch vermengt würden, vielmehr hätten durchgängig konstante Skalenerträge zugrunde gelegt werden müssen, um eine relevante Verzerrung, namentlich in Form einer Überschätzung, des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu vermeiden, greift nicht durch. 240

aa) Ein methodischer Fehler der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors unter Berücksichtigung des ihr insoweit zukommenden, lediglich eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraums wird insofern nicht aufgezeigt. 241

Die Bundesnetzagentur hat in der Festlegung zur Begründung der für die DEA zu treffenden Annahmen zu den Skalenerträgen ausgeführt, dass insoweit eine Übernahme der Annahmen zu den Skalenerträgen aus den statischen Effizienzvergleichen erfolge. Daher seien für den 242

Vergleich zwischen der ersten und der zweiten Regulierungsperiode nicht fallende Skalenerträge angenommen worden ebenso wie für den Vergleich zwischen der zweiten und der dritten Regulierungsperiode, sofern Variablen bzw. Outputparameter der zweiten Regulierungsperiode betrachtet würden. Für den Vergleich mit Variablen bzw. Outputparametern der dritten Regulierungsperiode seien dagegen – wiederum analog zu den statischen Effizienzvergleichen – konstante Skalenerträge angenommen worden (Festlegung, S. 55 f.). Dabei hat sich die Bundesnetzagentur auch mit der von einzelnen Marktteilnehmern bereits im Konsultationsverfahren geäußerten Kritik auseinandergesetzt, dass es der wissenschaftlichen Praxis entspreche, bei der Bestimmung des technischen Fortschritts generell konstante Skalenerträge zu unterstellen, um Unschärfen bzw. Ergebnisverzerrungen zu vermeiden. Dem hat sie entgegengehalten, dass es bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch dessen Einbettung in den vorhandenen regulatorischen Kontext zu berücksichtigen gelte, weshalb die in den statischen Effizienzvergleichen getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen übernommen würden (Festlegung, S. 55 f.). Überdies führe der Ansatz variabler Skalenerträge – entgegen der geäußerten Kritik – nach Coelli et al. (2005) nur beim generellen Malmquist-TFP-Index zu verzerrten Ergebnissen, jedoch nicht bei dessen Zerlegung in einen „Catch-up“ und einen „Frontier Shift“. Da beide Ansätze nach der wissenschaftlichen Literatur vertretbar seien, erachte sie es für sachgerecht, sich analog zum Vorgehen bei den Gasverteilernetzbetreibern an den bereits im Rahmen der statischen Effizienzvergleiche getroffenen Annahmen zu den Skaleneffekten zu orientieren und nicht durchgängig konstante Skalenerträge zugrunde zu legen (Festlegung, S. 56).

bb) Dies ist ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz. Eine Überschreitung des methodischen Spielraums wird nicht aufgezeigt. 243

(1) Für die Ausgestaltung der DEA mussten Annahmen zu den Skalenerträgen getroffen werden (vgl. auch WIK-Gutachten 2017, XI sowie S. 31, 61 f., 108). Die Skalenerträge geben die Steigerungsrate an, mit der sich der Output bei einer Erhöhung des Inputs erhöht. Je nachdem, ob der Output (z.B. Zählpunkte, Leitungslänge oder Anschlusspunkte) proportional, überproportional oder unterproportional wächst, spricht man von konstanten, steigenden oder abnehmenden Skalenerträgen (https://de.wikipedia.org/wiki/Skalenertrag; https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/skalenertrag-44384; https://studyflix.de/wirtschaft/skalenertrage-1371; letzter Zugriff am 07.03.2022). Die Annahmen zu den Skalenerträgen bestimmen die Form und Lage der Effizienzgrenze. Diese Annahmen wirken sich daher auch auf die Verschiebung der Effizienzgrenze zwischen zwei Zeitpunkten und damit auf die Ermittlung des Werts für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor aus. 244

Bei konstanten Skalenerträgen wird davon ausgegangen, dass effiziente Unternehmen ihre Kosten um den gleichen Prozentsatz verändern wie die Inputs, d.h. eine Verdoppelung des Inputs führt nur zu einer Verdoppelung des Outputs. Dies bedeutet zugleich, dass bei Annahme konstanter Skalenerträge die Unternehmensgröße keinen Einfluss auf die Effizienz hat und somit größere Unternehmen in der jeweiligen Branche keine Kostenvorteile gegenüber kleineren Unternehmen haben (vgl. Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Aufl., § 12 Rn. 58; WIK-Gutachten 2017, S. 31). Sie unterstellen zugleich, dass die Betriebsgröße frei an das optimale Maß der Betriebsgröße angepasst werden kann. Auf diese Weise können alle Veränderungen des Produktivitätswachstums, einschließlich derjenigen, die durch Größenänderungen verursacht sind, erfasst werden. Bei variablen, d.h. steigenden oder abnehmenden Skalenerträgen verhalten sich die Input- und Outputveränderungen dagegen nicht proportional zu einander. Die effizienten Kosten können 245

im Verhältnis zu den Änderungen des Outputs mehr (abnehmende Skalenerträge) oder weniger ansteigen (steigende Skalenerträge). Im Gegensatz zu konstanten Skalenerträgen hat die Unternehmensgröße bei den variablen Skalenerträgen Einfluss auf die Effizienz (Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 12 Rn. 58; WIK-Gutachten 2017, S. 31). Da es bei konstanten Skalenerträgen keine Größenvorteile gibt, werden einander sämtliche Unternehmen gegenübergestellt, während bei variablen Skalenerträgen nur von der Größe vergleichbare Unternehmen miteinander verglichen werden (WIK-Gutachten 2017, S. 31).

Die nicht fallenden Skalenerträge stellen eine Mischform dar, die sich aus einem Abschnitt variabler und aus einem Abschnitt konstanter Skalenerträge zusammensetzt. Sie können als besondere Ausprägung der variablen Skalenerträge klassifiziert werden (Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 12 Rn. 112). Dabei wird die Unternehmensgröße als Kostenfaktor nur für solche Unternehmen berücksichtigt, die unterhalb ihrer optimalen Unternehmensgröße operieren. Sinkende Skalenerträge aufgrund zu großer Unternehmensstrukturen werden jedoch nicht berücksichtigt (Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 1. Aufl., § 12 Rn. 100). Nicht fallende Skalenerträge sind dadurch gekennzeichnet, dass kleine Netzbetreiber nur mit kleinen verglichen werden, große Netzbetreiber dagegen mit der gesamten Vergleichsgruppe (WIK-Gutachten 2017, S. 31). 246

Die Methodik der statischen Effizienzvergleiche, auf die sich die Bundesnetzagentur für ihre Annahmen zu den Skalenerträgen für die jeweiligen Regulierungsperioden beruft, ergibt sich aus der Anlage 3 zu § 12 ARegV. Gemäß Nr. 4 dieser Anlage in der bis zum 16.09.2016 geltenden Fassung sind bei der Durchführung einer DEA nicht fallende Skalenerträge zu unterstellen. Diese Annahme soll dabei auch dem Umstand Rechnung tragen, dass für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes eine bestimmte Mindestgröße erforderlich ist und es kleinen Netzbetreibern eher schwerfallen wird, kurzfristig eine optimale Betriebsgröße zu erreichen (Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 12 Rn. 100). Im Zuge der Novellierung der Anreizregulierungsverordnung wurde diese Annahme durch die Vorgabe konstanter Skalenerträge ersetzt. Durch diese Annahme wird die Effizienz aller Netzbetreiber – unabhängig von ihrer Größe – am effizienten Verhältnis von Input zu Output gemessen. Dieses Verhältnis ist für alle Netzbetreiber gleich, d.h. konstant (BR-Drs. 296/16, S. 50; Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Aufl., § 12 Rn. 112). Nach der Verordnungsbegründung sollten mit der ursprünglichen Regelung zugunsten nicht fallender Skalenerträge kleine Netzbetreiber geschützt werden. Da diese aufgrund des vereinfachten Verfahrens indes nicht am regulären Effizienzvergleich teilnähmen, habe die ursprüngliche Regelung insoweit ihren Zweck verfehlt (BR-Drs. 296/16, S. 50). 247

(2) Der Beschwerde ist es vor diesem Hintergrund weder gelungen aufzuzeigen, dass die effizienzvergleichskonformen Annahmen der Bundesnetzagentur zu den Skalenerträgen von vorneherein ungeeignet sind, um die Effizienzgrenzenverschiebung über die Zeit auf Grundlage der Malmquist-Methode sachgerecht zu ermitteln, noch dass der von der Beschwerdeführerin für vorzugswürdig erachtete Ansatz durchgängig konstanter Skalenerträge unter Berücksichtigung aller insofern maßgeblichen Umstände den von der Bundesnetzagentur getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen im Hinblick auf eine valide Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors so greifbar überlegen ist, dass diese als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden können (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24, 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 248

249

(a) Die Malmquist-Methode basiert in der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur auf den Daten und Modellen der durchgeführten drei Effizienzvergleiche sowie auf den ergänzend im Rahmen der Malmquist-Datenfestlegung erhobenen Daten (Festlegung, S. 14). Angesichts dessen erscheint es plausibel und nachvollziehbar, aus Konsistenzgründen auch die dort getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen zu übernehmen, um die Einbettung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in den regulatorischen Kontext sicherzustellen. Zudem schlagen sich nach diesem insoweit rechtsfehlerfrei gewählten methodischen Ansatz regulatorische Entscheidungen und Vorgaben zwangsläufig in den verwendeten (regulatorischen) Daten und damit in den mit der Malmquist-Methode berechneten Ergebnissen nieder (vgl. auch BGH, a.a.O. Rn. 153 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), so dass es sachgerecht, zumindest aber vertretbar erscheint, regulatorische Entscheidungen bzw. Vorgaben – wie die Annahmen zu den Skalenerträgen bei der DEA (vgl. Nr. 4 der Anlage 3 zu § 12 ARegV) – grundsätzlich auch im Rahmen des dynamischen Effizienzvergleichs zugrunde zu legen, weil sich darin die realen Gegebenheiten der Netzbetreiber widerspiegeln, die es ebenfalls zu berücksichtigen gilt (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 74 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I zum Basisjahreffekt).

(b) Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Bundesgerichtshof – insoweit die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bestätigend – die Notwendigkeit einer Bestabrechnung bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas nach der Malmquist-Methode mit der Begründung verneint hat, dass § 9 ARegV die Anwendung des § 12 ARegV bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht vorsehe und es für eine analoge Anwendung von § 12 Abs. 3 und Abs. 4a ARegV – obgleich die Bundesnetzagentur bei der Berechnung des Malmquist-Index dieselben Methoden wie beim Effizienzvergleich anwende und auf die Daten der drei bisherigen Effizienzvergleiche zurückgreife – an einer vergleichbaren Interessenlage fehle (BGH, a.a.O., Rn. 120 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die von der Beschwerde monierte Inkonsistenz besteht insoweit nicht. Zum einen setzt die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode lediglich im methodischen Ausgangspunkt auf den Modellen und Daten der statischen Effizienzvergleiche auf, so dass unter Berücksichtigung des der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 9 ARegV zukommenden Beurteilungsspielraums, den diese entsprechend einer möglichst treffsicheren Abschätzung des sektoralen Produktivitätsentwicklung auszufüllen hat, auch Raum für methodische Abweichungen und Modifikationen verbleibt. 250

Zum anderen zeigt die Beschwerde weder nachvollziehbar auf noch ist dies sonst erkennbar, dass die bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vorzunehmende branchenweite Betrachtung über die Zeit (dynamischer bzw. intertemporaler Effizienzvergleich) zwingend gegen eine Übernahme der Annahmen zu den Skalenerträgen aus den statischen Effizienzvergleichen spricht bzw. dass die durchgängige Annahme konstanter Skalenträge unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände den effizienzvergleichskonformen Annahmen greifbar überlegen ist und eine deutlich konsistentere bzw. belastbarere Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erlaubte. Der Parteigutachter der Beschwerdeführerin spricht denn auch lediglich davon, dass keine Notwendigkeit dafür bestehe, dass die Annahmen zu den Skalenerträgen für die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors mit jenen Annahmen identisch seien, die bei den statischen Effizienzvergleichen getroffen wurden, ohne explizit die Ungeeignetheit des effizienzvergleichskonformen Ansatzes der Bundesnetzagentur zu konstatieren (Nera-Gutachten, S. 45). Vielmehr scheint die von der Beschwerde herausgestellte Vorzugswürdigkeit und Überlegenheit des Ansatzes durchgängig konstanter 251

Skalenerträge primär dem Umstand geschuldet zu sein, dass sie zu einem für die Netzbetreiber vorteilhafteren niedrigeren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor führt. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sind nicht nur einseitig die Interessen der Netzbetreiber in den Blick zu nehmen, sondern auch diejenigen der Netznutzer, um dafür Sorge zu tragen, dass der Produktivitätszuwachs der Netzbetreiber nicht unterschätzt und die Erlösobergrenzen deshalb zu hoch angesetzt werden (BGH, a.a.O., Rn. 25 f., 56, 156 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

(c) Die regulatorische Vorgabe zugunsten nicht fallender Skalenerträge in Nr. 4 der Anlage 3 zu § 12 ARegV a.F. erfolgte überdies nicht willkürlich, sondern sie wurden seitens des Verordnungsgebers – obschon verschiedene empirische Untersuchungen für Strom- und Gasversorgungsnetzbetreiber nur eine schwache Evidenz für variable Skalenerträge lieferten (Albrecht/Mallossek/Petermann, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Aufl., § 12 Rn. 59) – bewusst zum Schutz kleiner Netzbetreiber für die Anfänge der Anreizregulierung eingeführt, damit diese keine unverhältnismäßigen Nachteile aus dem Vergleich mit wesentlich größeren Netzbetreibern erführen (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 50). Die getroffenen Annahmen hatten daher eine konkrete regulatorische Zielrichtung. 252

(d) Bei Analysen zur Produktivitätsentwicklung im rein wettbewerblichen Bereich mag die Annahme konstanter Skalenerträge im Übrigen der üblichen wissenschaftlichen Praxis entsprechen. Der Bereich der Energiewirtschaft (Strom- und Gasversorgung) ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass in diesem wegen der bestehenden natürlichen Monopolstrukturen im Ausgangspunkt nur ein eingeschränkter Wettbewerb besteht oder dieser sogar gänzlich außer Kraft gesetzt ist. Die regulatorischen Maßnahmen zielen insoweit darauf ab, möglichst weitgehend wettbewerbsanaloge Verhältnisse zu generieren bzw. Wettbewerb zu simulieren (vgl. etwa §§ 21, 21a EnWG). Es handelt sich jedoch trotz dieser Eingriffe weiterhin um einen Bereich, in dem marktwirtschaftliche Mechanismen nur eingeschränkt wirken bzw. funktionieren. Dies lässt es gerechtfertigt, zumindest aber vertretbar erscheinen, bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Gas- und Stromnetzen jedenfalls in Teilen eine vom rein wettbewerblichen Bereich abweichende Annahme zu den Skalenerträgen treffen. 253

4. Zu Unrecht beanstandet die Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur hätte eine Bestabrechnung entsprechend § 12 Abs. 3, Abs. 4a ARegV vornehmen müssen. 254

a) Wie der Bundesgerichtshof im Kontext mit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas bereits entschieden hat, liegen weder die Voraussetzungen für eine direkte noch für eine entsprechende Anwendung des § 12 Abs. 3, Abs. 4a ARegV vor: Da es bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV darum gehe, die generelle Produktivitätsentwicklung der Netzbetreiber zu ermitteln und aus ihm keine konkreten Effizienzvorgaben für den einzelnen Netzbetreiber abgeleitet werden sollen, fehle es an einem vergleichbaren Schutzbedürfnis und damit an einer gleichgelagerten Interessenlage. Diese ergebe sich nicht schon daraus, dass die Bundesnetzagentur bei der Berechnung des Malmquist-Index auf die Methoden und Daten der statischen Effizienzvergleiche zurückgreife (BGH, a.a.O., Rn. 115 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; bestätigt durch BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Im hiesigen Verfahren haben sich keine Gesichtspunkte ergeben, die eine abweichende Entscheidung rechtfertigten oder erforderten. 255

256

b) Die Beschwerde zeigt weder auf noch ist dies sonst erkennbar, dass der Verzicht auf eine Bestabrechnung und die stattdessen von der Bundesnetzagentur praktizierte Mittelwertbildung von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihr im Rahmen der Malmquist-Methode zukommt. Ebenso wenig kann dem Beschwerdevorbringen nachvollziehbar entnommen werden, dass die von der Beschwerde favorisierte Bestabrechnung oder ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28, 122 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur hätte der großen Ergebnisspannweite der unternehmensspezifischen Einzelwerte in den verschiedenen Modellvariationen sowie der erheblichen Sensitivität des ermittelten Malmquist-Werts gegenüber kleinen Änderungen der Modellspezifikation (mangelnde Robustheit) durch eine Bestabrechnung Rechnung tragen müssen, um der bei einer reinen Durchschnittsbildung erhöhten Gefahr einer Überschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu begegnen, reicht dafür nicht aus. Dem Vortrag der Beschwerdeführerin lässt sich nicht hinreichend nachvollziehbar entnehmen, dass durch eine Auswahl aus den Analyseergebnissen im Sinne einer Bestabrechnung die Gefahr einer unzutreffenden Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors signifikant verringert würde. Vielmehr liefe dies darauf hinaus, einer methodischen Unsicherheit einseitig zugunsten der Netzbetreiber Rechnung zu tragen, ohne dass sich annehmen ließe, dass damit die Gefahr einer unzutreffenden Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verringert würde (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 122, 124 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II.). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die greifbare Überlegenheit einer Methode im Rahmen von netzentgeltrelevanten Regulierungsentscheidungen nicht allein danach bestimmt werden darf, welche Methode die für die Netzbetreiber wirtschaftlich günstigsten Ergebnisse hervorbringt, da auch die Interessen der Netznutzer an einer möglichst günstigen Netznutzung zu berücksichtigen sind. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung war vor diesem Hintergrund nicht veranlasst.

5. Der auf Basis der Malmquist-Methode ermittelte finale Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von 1,35 % ist auch nicht wegen mangelnder Robustheit als unwissenschaftlich zu verwerfen. 257

a) Von der Beschwerde wird insoweit insbesondere die starke Streuung und erhebliche Spannbreite der Malmquist-Werte in den verschiedenen Modellspezifikationen bzw. Berechnungsvarianten, mit sich teils sogar widersprechenden Ergebnissen auch für denselben Zeitraum, insbesondere bei den Einzelwerten (den unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“) bemängelt, die auch durch die Aggregation der Teilergebnisse nicht beseitigt werde und sich daher – wenngleich in geringerem Maße – auch bei den aggregierten Werten zeige. Es gebe kaum Übereinstimmungen der Ergebnisse aus DEA und SFA, selbst wenn die gleiche Stichprobe, der gleiche Betrachtungszeitraum, die gleiche Kostendefinition und die gleichen Vergleichsparameter verwendet würden. Bereits geringfügige Variationen einzelner Annahmen bei den Modellspezifikationen (d.h. der Auswahl der Methode [DEA, SFA], der Kostenbasis [TOTEX, sTOTEX]) oder an der Datengrundlage würden überdies zu substantiell unterschiedlichen Ergebnissen führen. Hinzu kämen systematische Unterschiede in der Verteilung der „Frontier Shifts“. So seien namentlich die Xgen-Werte auf Basis der sTOTEX und aus der DEA-Berechnung tendenziell deutlich höher. Die Bundesnetzagentur sei dieser Ergebnisunsicherheit, die so hoch sei, dass nicht mit der erforderlichen Sicherheit 258

ausgeschlossen werden könne, dass der wahre generelle sektoraler Produktivitätsfaktor bei Null oder gar im negativen Bereich liege, nicht hinreichend nachgegangen. Es stelle sich die Frage, ob eine einfache Mittelwertbildung alle Besonderheiten hinreichend berücksichtige. Die durchgeführten „Robustheitsanalysen“ seien unzureichend.

b) Die Einwände greifen nicht durch; sie führen jedenfalls nicht zur Verwerfung des Malmquist-Ergebnisses. Die Bundesnetzagentur durfte insbesondere in dem unter Zugrundelegung des Median anstelle des arithmetischen Mittels errechneten Xgen-Wert von 1,34 % eine Bestätigung für die Verlässlichkeit des von ihr unter mehrfacher Anwendung einer einfachen Mittelwertbildung ermittelten Xgen-Werts von 1,35 % sehen. 259

aa) Die Bundesnetzagentur hat den Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach der Malmquist-Methode von 1,35 % durch eine stufenweise Aggregation von unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“ ermittelt, die sie jeweils zwischen der ersten und zweiten sowie der zweiten und dritten Regulierungsperiode unter Anwendung der SFA und der DEA jeweils mit den TOTEX und sTOTEX bestimmt hat, wobei sie zusätzlich die zugrunde gelegte Stichprobe (Fall 1: alle zugeordneten Netze bzw. Netzbetreiber; Fall 2: mit weniger als 10 % Veränderung der Konzessionsfläche) variiert sowie auf unterschiedliche Outputparameter (Überkreuzbetrachtung) zurückgegriffen und so weitere Modellvarianten gebildet hat (Festlegung, S. 49 ff.). Dies war von der Intention getragen, den Malmquist-Index auf eine möglichst breite und robuste Grundlage zu stellen (Festlegung, S. 52, 55, 57). Insgesamt haben sich so 32 aggregierte Berechnungen von unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“ ergeben, die anschließend zu einem branchenüblichen „Frontier Shift“ zusammengeführt wurden (Festlegung, S. 57 ff., 62). 260

bb) Angesichts des bereits im Konsultationsverfahren erhobenen Vorwurfs der mangelnden Robustheit der auf Basis des Malmquist-Index ermittelten Ergebnisse (vgl. Festlegung, S. 61 f.) hat die Bundesnetzagentur diese Problematik bereits in der angefochtenen Festlegung erörtert und die insoweit erhobene Kritik zurückgewiesen: Bei einem Vergleich der Ergebnisse zwischen Regulierungsperiode 1 und 2 sowie zwischen Regulierungsperiode 2 und 3 liege der generelle sektorale Produktivitätsfaktor im Fall 1 im Intervall von 0,11 % (DEA, TOTEX, RP1-Parameter) bis 1,84 % (DEA, sTOTEX, RP2-Parameter) und im Fall 2 im Intervall von -0,01 % (DEA, TOTEX, RP1-Parameter) bis 2,07 % (DEA, sTOTEX, RP3-Parameter), wobei die Minimumwerte keine repräsentative Darstellung der Einzelergebnisse darstellten, da sie sich ausschließlich auf ein Modell, eine Methode und eine Kostenart bezögen (Festlegung, S. 62). Die erfolgte Mittelwertbildung erachte sie bei der Ermittlung eines für die gesamte Netzbranche geltenden Produktivitätsfaktors für sachgerecht, weil dadurch die Erkenntnisse aus unterschiedlichen Modellansätzen und Methoden mit gleichem Gewicht in die Entscheidung einflössen, was dazu führe, dass insgesamt ein ausgewogenes Ergebnis erzielt werde (Festlegung, S. 62). Lege man die einzelnen Xgen-Werte für den gesamten Zeitraum von 2006 bis 2016 zugrunde (32 Einzelwerte), so ergebe sich für den anhand der Malmquist-Methode berechneten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ein Konfidenzintervall von 0,99 % bis 1,70 %. Dies bedeute, dass der im Durchschnitt ermittelte Wert von 1,35 % mit 99-prozentiger Wahrscheinlichkeit in diesem Bereich liege. Ziehe man zudem den Median als alternative Lageparameterzahl heran, ergebe sich ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor von 1,34 %. Dies unterstreiche die Robustheit des ermittelten Werts von 1,35 %, denn anders als der Durchschnitt sei der Median robust gegenüber Ausreißern und Extremwerten (Festlegung, S. 62). 261

cc) Hiergegen ist nichts Durchgreifendes zu erinnern. Es handelt sich um einen ausreichend begründeten, sachlich möglichen und plausiblen Ansatz, der auch keine Ermittlungsdefizite 262

oder Abwägungsfehler erkennen lässt. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist insoweit nicht geeignet, trotz der vorhandenen und im Verhältnis zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas überdies größeren Volatilität und Schwankungsbreite der Ergebnisse eine Verwerfung des auf Basis der Malmquist-Berechnungen ermittelten Werts für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu rechtfertigen.

(1) Wie oben im Einzelnen aufgezeigt, hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach der Malmquist-Methode zutreffend ermittelt und rechtsfehlerfrei bestimmt. Die gegen die grundsätzliche Methodik, die konkrete Modellierung und deren Anwendung im Einzelfall sowie die Datengrundlage erhobenen Einwendungen haben sich unter Berücksichtigung des der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 9 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 ARegV zukommenden Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums als nicht durchgreifend erwiesen. 263

Im Übrigen begegnet es aus Sicht des Senats Bedenken, von den auf individueller Ebene ermittelten Ergebnissen auf die unzureichende Robustheit des gemittelten Malmquist-Werts zu schließen. Denn bei der gemäß § 9 ARegV zu ermittelnden Größe handelt es sich um einen branchenweiten Wert, der auf alle Unternehmen des regulierten Sektors angewendet wird und sich aus einer Vielzahl von Einzelergebnissen zusammensetzt. Des Weiteren sind Ergebnisunterschiede in Form unterschiedlicher nominaler Effizienzgrenzenverschiebungen in den verschiedenen Modellspezifikationen angesichts ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung zu erwarten gewesen. 264

(2) Unabhängig davon führen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung allein die Spannbreite der unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“ und eine sich daraus oder auch aus anderen Faktoren ergebende mangelnde Robustheit des ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als solche noch nicht zur Rechtswidrigkeit des Vorgehens. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein alternatives Vorgehen möglich gewesen wäre, das zu einem robusteren Wert geführt hätte und deshalb von der Bundesnetzagentur hätte angewendet werden müssen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 124 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dies kann hier jedoch nicht festgestellt werden. 265

Dem Beschwerdevorbringen kann insofern nicht hinreichend nachvollziehbar und belastbar entnommen worden, dass und inwieweit die von der Beschwerdeführerin für erforderlich erachteten, sich namentlich in den erhobenen Rügen und Einwänden widerspiegelnden Anpassungen und Modifikationen bei den Malmquist-Berechnungen unter Berücksichtigung des damit einhergehenden Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände zu voraussichtlich stärker belastbaren Ergebnissen geführt hätten, zumal diese Alternativen ihrerseits wiederum mit eigenen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet sind, die sich auf das Ergebnis auswirken können (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 22, 24, 28, 124 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 266

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur den nach der Malmquist-Methode methodisch-rechnerisch ermittelten Wert von 1,35 %, den sie als den niedrigeren der beiden Werte der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom im Ausgangspunkt zugrunde gelegt hat, noch mit einem zugunsten der Netzbetreiber wirkenden Sicherheitsabschlag von einem Drittel versehen hat, so dass die Beschwerdeführerin durch die vermeintlich eingeschränkte Belastbarkeit (Robustheit) des gemittelten Malmquist-Werts jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt wird (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 125 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dass sich auf Basis einer anderen Methodik oder Auswahlentscheidung anhand der Malmquist-Methode ein unter dem Wert von 0,90 % 267

liegendes und überdies stärker belastbares (robusteres) Ergebnis für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ergeben hätte, ist weder hinreichend nachvollziehbar dargetan noch sonst erkennbar. Angesichts dessen bestand auch kein Anlass für eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung.

(3) Die Bundesnetzagentur war nach Maßgabe der geltenden höchstrichterlichen Anforderungen zur Überprüfung eines – so wie hier – nach anerkannten wissenschaftlichen Methoden ermittelten Ergebnisses auf Plausibilität oder Robustheit (vgl. dazu BGH, a.a.O., Rn. 23 f., 80 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) auch nicht verpflichtet, den methodisch-rechnerisch ermittelten, aggregierten Malmquist-Wert von 1,35 % über die in der Festlegung erwähnten Robustheitsanalysen (Mittelwertbildung, Konfidenzintervall, Medianbildung) hinaus einer weitergehenden Überprüfung auf seine Verlässlichkeit und Belastbarkeit zu unterziehen (etwa durch Sensitivitätsanalysen, spezifische Signifikanz- bzw. Hypothesentests) oder den Ursachen für die Ergebnisstreuung bzw. Schwankungsbreite namentlich der unternehmensindividuellen „Frontier Shifts“ nachzugehen. 268

Zunächst ist zu festzuhalten, dass auch die Mittelwertbildung eine wissenschaftlich anerkannte, wenn auch einfache Methode zur Plausibilisierung von Ergebnissen darstellt, da insoweit alle Informationen mit dem gleichen Gewicht in die Entscheidungsfindung einfließen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass eine Durchschnittsbildung umso weniger Gewähr dafür bietet, dass der Mittelwert dem wahren Wert hier in Gestalt des zu ermittelnden generellen Produktivitätsfaktors nahekommt, je mehr die zugrundeliegenden Werte streuen. 269

Zwar besitzt die durchgeführte Konfidenzintervallberechnung – wie auch die Bundesnetzagentur einräumt – insbesondere deswegen eine lediglich eingeschränkte Aussagekraft, weil die einfache Mittelwertbildung im Streitfall auf Basis von Schätzwerten in Form von aggregierten Durchschnittswerten anstelle eines Datenpunkts erfolgt ist. Jedoch macht dies die Konfidenzintervallberechnungen nicht von vorneherein ungeeignet. Im Übrigen zeigt die Beschwerde kein – durchführbares – alternatives Vorgehen auf, dass unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller sonstigen insoweit maßgeblichen Umstände eine Überprüfung des Malmquist-Ergebnisses in greifbar überlegener Weise erlaubt hätte (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28, 80 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 270

Die mangelnde Aussagekraft der Konfidenzintervallberechnungen hätte zwar durch die Anwendung von bestimmten Bootstrap-Prozeduren umgangen werden können, was sich jedoch wegen des damit verbundenen unverhältnismäßigen Aufwands als nicht tunlich erwiesen hat und daher zu Recht unterblieben ist. Das stattdessen während des laufenden Beschwerdeverfahrens seitens der Bundesnetzagentur durchgeführte „Wild-Bootstrap“-Verfahren hat – laut ihrer Angabe – aufgrund von Konvergenzproblemen bei mehreren Replikationsdurchläufen abgebrochen werden müssen. Der Senat hat keinen Anlass, an dieser Darstellung zu zweifeln. Anhaltspunkte für eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung durch den Senat bestanden vorliegend nicht. 271

Dies gilt namentlich auch im Hinblick auf die Möglichkeit, Signifikanztests für jede Spezifikation durchzuführen. Die Bundesnetzagentur hat insoweit nachvollziehbar darauf verwiesen, dass von der individuellen (In-)Signifikanz einzelner Beobachtungen nicht auf die Signifikanz von Lageparametern einer Verteilung – wie hier einem Mittelwert – geschlossen werden könne; hierzu fehlten theoretische und empirische Befunde. 272

Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV verpflichtet ist, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen und dieser 273

Regulierungsentscheidung nicht ausweichen darf. Sie darf dies – jedenfalls im Grundsatz – auch dann nicht tun, wenn sich nach den Maßstäben guter wissenschaftlicher Praxis zu einer bestimmten tatsächlichen Frage verlässliche Erkenntnisse nicht oder nur mit einem zu dem zu erwartenden Erkenntniszuwachs außer Verhältnis stehenden Aufwand erreichen lassen. Die Bundesnetzagentur darf sich ihrer Aufgabe daher nicht durch eine Festsetzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf Null entledigen, sofern ihre Ermittlungen – so wie im Streitfall – nicht ergeben haben, dass keine Abweichungen des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung bestehen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24, 81 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

(4) Es liegen auch keine Begründungsmängel oder Abwägungsfehler vor. Die von der Bundesnetzagentur angestellten Erwägungen, die sie überdies im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in entsprechend § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG (vgl. auch § 67 Abs. 4 EnWG) sowie § 114 Satz 2 VwGO zulässiger Weise ergänzt hat, sind hinreichend. 274

VIII. Vor dem Hintergrund der (Teil-)Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Festlegung im Hinblick auf die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode und des dadurch bedingten Erfordernisses, die Bundesnetzagentur zu einer Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu verpflichten, können die gegen die Rechtmäßigkeit der finalen Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erhobenen Einwendungen und Rügen dahinstehen. Denn im Rahmen der Neubescheidung hat die Bundesnetzagentur auch diesen Schritt neu vorzunehmen, d.h. die Aussagekraft der auf Basis beider Methoden (Malmquist und Törnqvist) ermittelten Xgen-Werte und die Plausibilität eines sich daraus gegebenenfalls ergebenden Wertespektrums zu beurteilen, über das Erfordernis eines Sicherheitsabschlags zu befinden und daran anknüpfend letztlich einen konkreten Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode festzulegen. 275

Mit Blick auf die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Neubescheidung bedarf es auch keiner Entscheidung darüber, ob und inwieweit die streitgegenständliche Festlegung über die bereits im Kontext mit den jeweiligen materiellen Einwendungen thematisierten und erörterten formellen Rügen hinaus an Anhörungs-, Begründungs-, Dokumentations- oder Transparenzdefiziten leidet; dies kann vielmehr dahinstehen. 276

C. 277

Eine Beiziehung von Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünften gemäß § 82 Abs. 3 S. 1 EnWG, die über den unter dem Az. BK4-18-056 geführten Verwaltungsvorgang, in den die Beschwerdeführerin bereits Einsicht erhalten hat, hinausgeht, ist nicht veranlasst. 278

I. Die Beiziehung dieser Akten ist Voraussetzung dafür, dass einem Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht stattgegeben werden kann. Es entspricht ständiger Senatsrechtsprechung, dass Gegenstand des Akteneinsichtsrechts nach § 84 EnWG nur die Gerichtsakten selbst und die sonstigen dem Gericht tatsächlich vorliegenden Akten sind (Senat, Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19, juris Rn. 18; Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21, juris Rn. 21 f. jeweils m.w.N.). Ob und inwieweit Akten beizuziehen sind, richtet sich nach dieser Rechtsprechung gemäß § 82 Abs. 1 EnWG hingegen nach Maßgabe des Untersuchungs- oder Amtsermittlungsgrundsatzes. An den in den zitierten Entscheidungen angestellten ausführlichen Erwägungen hält der Senat fest. Auf die Reichweite des 279

materiellen Aktenbegriffs kommt es für den Umfang des Akteneinsichtsrechts entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin deshalb nicht an.

II. Aufzuklären sind solche Umstände, auf die es nach der materiell-rechtlichen Auffassung des Gerichts, die es seiner Entscheidung zugrunde legt, ankommt. Dies gilt auch für die Frage der Aktenbeiziehung (BVerwG, Beschl. v. 11.03.2004 - 6 B 71/03, juris Rn. 12 m.w.N.; Senat, ebenda), wobei die gerichtliche Aufklärungs- und Ermittlungspflicht nur so weit geht, als der Vortrag der Beteiligten oder der feststehende Sachverhalt als solcher dazu Anlass geben (BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – KVR 60/07, juris Rn. 30 ff.; Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, juris Rn. 15; vgl. auch Senat a.a.O., Rn. 31 m.w.N.). Es ist daher der Vortrag eines entscheidungserheblichen Inhalts dieser Akten, die ihre Beiziehung im Umfang ihrer Entscheidungserheblichkeit zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung erforderlich machen würde, zu verlangen (so bereits Senat, Beschl. v. 14.11.2018 – VI-3 Kart 6/18 [V], juris Rn. 16 zu § 85 Abs. 3 EEG 2017). 280

1. Nach diesen Maßgaben war zunächst eine Beiziehung und Offenlegung der Akten der Datenerhebungsverfahren nicht veranlasst. 281

a) Wie vom Senat bereits durch Beschluss vom 05.07.2021 (VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 26) in einem parallelen Beschwerdeverfahren gegen die streitgegenständliche Festlegung entschieden, ist ein entscheidungserheblicher Akteninhalt mit Blick auf etwaige Erkenntnisse, die sich aus den erhobenen Daten oder Berechnungswerkzeugen selbst gewinnen lassen, schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Daten, die sowohl bei Verwendung des Törnqvist- als auch des Malmquist-Index zugrunde lagen, ebenso wie die zur Berechnung verwendeten Programmcodes und Tools im Wesentlichen bereits veröffentlicht waren. Sie sind der Beschwerdeführerin als Beteiligter an den Verwaltungsverfahren zur Datenerhebung damit bekannt geworden. Ihr war eine stichprobenartige Prüfung der Vollständigkeit der Daten, aber auch der ingenieurswissenschaftlichen Plausibilität einzelner Daten, insbesondere nach einer etwaigen Korrektur, möglich. Dies gilt auch mit Blick auf die Törnqvist-Daten, die nur in aggregierter Form veröffentlicht worden sind. Dass den Netzbetreibern anhand der aggregierten Daten eine Plausibilitätsprüfung möglich war, zeigt das diesbezüglich konkrete Vorbringen mehrerer Beschwerdeführerinnen in gegen die streitgegenständliche Festlegung gerichteten Beschwerdeverfahren. 282

b) Auch mit Blick auf die im Malmquist-Datenerhebungsverfahren durchgeführte Datenplausibilisierung, insbesondere die Nachplausibilisierung, ist ein entscheidungserheblicher Inhalt der Akten weder vorgetragen noch ersichtlich. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die umfangreichen Ausführungen im vorzitierten Senatsbeschluss unter Rn. 29 ff. verwiesen werden. 283

c) Nichts anderes gilt für die Datenplausibilisierung im Rahmen des Törnqvist-Verfahrens, und zwar sowohl bezogen auf die Akten der Törnqvist-Datenerhebung bei den Netzbetreibern als auch die der Monitoring-Datenerhebungen bei den Lieferanten. Wie auch bereits zur Malmquist-Datenerhebung hat die Bundesnetzagentur ihre Vorgehensweise bei der Datenplausibilisierung in einer Weise geschildert, die es ermöglicht, deren Eignung zur Schaffung einer belastbaren Datengrundlage im Lichte der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen zu überprüfen. Es ist gerade nicht erforderlich, diese Vorgehensweise mit Blick auf sämtliche Einzeldatenmeldungen vollständig nachzuvollziehen (vgl. hierzu bereits Senat, a.a.O., Rn. 31 ff.). 284

Mit Blick auf die Monitoring-Datenerhebung folgt aus den vorstehenden rechtlichen Erwägungen, dass Anhaltspunkte für eine ergebnisrelevante Verzerrung der Daten etwa 285

durch systematisch fehlerhafte Datenmeldungen nicht vorgetragen worden sind, so dass auch insoweit kein Anlass zu einer weiteren Sachverhaltsaufklärung besteht. Die Validität der Datengrundlage des Jahres 2006 ist bereits wegen der fehlenden Eignung des Jahres 2006 als Prognosegrundlage nicht entscheidungserheblich.

d) Die materiell-rechtliche Relevanz der von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Verwaltungsvorgänge wird auch nicht durch die nunmehr in § 23b Abs. 1 S. 1 Nr. 13 EnWG normierte Veröffentlichungspflicht im Hinblick auf die Daten, die bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Verwendung finden, begründet. 286

Der Gesetzgeber wollte durch die zum 27.07.2021 in Kraft getretene Neuregelung in § 23b EnWG das Verfahren und die Ergebnisse der Regulierung transparenter und nachvollziehbarer gestalten (BR-Drs. 165/21 S. 122). Die in § 23b EnWG geregelte Datenveröffentlichungspflicht der Regulierungsbehörde unterliegt dabei einem in der Vorschrift näher geregelten Verfahren: Die Regulierungsbehörde ist nach dessen Absatz 3 ermächtigt, die Betreiber von Energieversorgungsnetzen durch Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zur Übermittlung der in Absatz 1 genannten Daten nach bestimmten Vorgaben zu verpflichten und veröffentlicht diese sodann auf ihrer Internetseite. Eine Verpflichtung zur umfassenden Veröffentlichung aller auch bereits in abgeschlossenen Regulierungsverfahren verwendeten bzw. ermittelten Daten lässt sich dabei weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung entnehmen. In der Gesetzesbegründung wird zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Netzbetreibern und Netznutzern durch die Veröffentlichung die Nachprüfbarkeit der Entscheidungen *erleichtert* wird (BR-Drs. 165/21, S. 123). Vor diesem Hintergrund liefern weder Gesetzeswortlaut noch -begründung belastbare Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber ein allumfassendes Transparenzgebot postulieren wollte und insbesondere davon ausgegangen ist, dass die Kenntnis der in § 23b Abs. 1 EnWG aufgeführten Daten – entgegen der langjährig etablierten höchstrichterlichen Rechtsprechung – für eine Kontrolle der darauf aufbauenden regulierungsbehördlichen Entscheidungen stets zwingend erforderlich ist. 287

2. Auch mit Blick auf sonstige, mit dem hier streitgegenständlichen Verwaltungsverfahren im Zusammenhang stehende Verwaltungsakten fehlt es an belastbaren Anhaltspunkten dafür, dass solche Verwaltungsvorgänge und Aktenbestandteile existieren, die entgegen dem Gebot der Führung vollständiger Akten nicht Bestandteil des zur streitgegenständlichen Festlegung angelegten Verwaltungsvorgangs geworden wären. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, welchen entscheidungserheblichen Inhalt solche Aktenbestandteile haben sollten. 288

D. 289

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 92 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und der aus dem einseitigen Anwaltszwang (§ 80 EnWG) resultierenden ungleichen Kostenbelastung im Beschwerdeverfahren entspricht es der Billigkeit, dass die Beschwerdeführerin und die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten und ihre außergerichtlichen Kosten jeweils zur Hälfte tragen. Vorliegend hat die für die erneute Bescheidung vorgegebene Rechtsauffassung des Senats eine geringere Bindung der Bundesnetzagentur zur Folge als mit der Beschwerde erstrebt, weil die gegen ihre Vorgehensweise geführten Angriffe nur unter zwei Gesichtspunkten Erfolg und unter einer Vielzahl von anderen Gesichtspunkten keinen Erfolg haben. Damit unterliegt die Beschwerdeführerin teilweise (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.09.2009, 7 C 2/09, juris Rn. 67). Da sich der Umfang des Teilunterliegens nicht belastbar quantifizieren lässt, ist eine Kostentragung zu gleichen Teilen angemessen. 290

291

II. Die Festsetzung des Gegenstandswertes beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Da das hierfür maßgebliche wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin nicht konkret bezifferbar ist, hat der Senat – im Einvernehmen mit Verfahrensbeteiligten – auf einen pauschal geschätzten Auffangstreitwert zurückgegriffen.

E. 292

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 293

Rechtsmittelbelehrung: 294

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG). 295

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE