
Datum: 16.03.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 526/19 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0316.3KART526.19V.00

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.

Gründe:

1

A.

2

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.

3

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

4

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.

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.

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-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.

5

6

7

Am 28.11.2018 hat sie den hier streitgegenständlichen Beschluss zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (Az. BK-4-18-056) 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. Ein positiver Wert sei bereits wegen der starken Prägung des Stromsektors durch seine assetlastige Infrastruktur mit sehr langen Investitionszyklen, bei der Potenziale für technologischen Fortschritt im Vergleich zur Gesamtwirtschaft deutlich niedriger seien, unplausibel. Im Rahmen eines Sicherheitsabschlags hätte jedenfalls berücksichtigt werden müssen, dass die Entwicklung in der Vergangenheit nicht ohne Weiteres in die Zukunft projiziert werden könne. Es sei nicht anzunehmen, dass die Stromversorgungsnetzbetreiber in der dritten Regulierungsperiode Produktivitätsfortschritte wie in den Jahren 2006 bis 2017 machen könnten, da in den ersten beiden Regulierungsperiode verstärkt etwaige Ineffizienzen aus der vorangehenden, weniger stark regulierten „Monopolzeit“ hätten gehoben werden können.

10

Im Hinblick auf den gerichtlich an die Wahl der Methode bzw. die Anwendung der gewählten Methode durch die Bundesnetzagentur anzulegenden Prüfungsmaßstab müssten die vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für den Gasbereich aufgestellten Grundsätze eine verfassungsrechtlich durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebotene Modifikation erfahren. Die Kriterien der von vornherein bestehenden Ungeeignetheit bzw. der so deutlichen Überlegenheit, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden könne, seien so unbestimmt, dass der Bundesnetzagentur im Ergebnis ein

11

unbegrenzter Beurteilungsspielraum zukomme. Ein solcher sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Es sei deshalb auch in energiewirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten der allgemeine Prüfungsmaßstab anzulegen.

Danach habe die Bundesnetzagentur zunächst das Stützintervall nicht in einer den gesetzlichen Vorgaben genügenden Weise ermittelt, jedenfalls aber ihr diesbezügliches Vorgehen nicht erschöpfend und plausibel begründet. Ihre Entscheidung verletze allgemeine Wertungsmaßstäbe und das Willkürverbot, indem sie bei der von ihr selbst für erforderlich erachteten Plausibilisierung in den Bereichen Gas und Strom vollkommen konträr vorgegangen sei, und zwar mit Blick sowohl auf die Einbeziehung bzw. Nichteinbeziehung des Jahres 2006 in die Plausibilisierung als auch auf die einmal gegenwartsbezogene und einmal vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise. Ein Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung der vergleichbaren Sachverhalte sei nicht vorgetragen. Jedenfalls liege deshalb ein Begründungsmangel vor. Die zentrale Methodenfrage der Plausibilisierung sei schon ohne das unterschiedliche Vorgehen intensiv begründungsbedürftig, dies gelte erst Recht bei einer von einer parallelen Entscheidung abweichenden Vorgehensweise.

12

Des Weiteren habe die Bundesnetzagentur die für die Berechnung des Törnqvist-Index erforderlichen Outputmengen fehlerhaft ermittelt, weil die Heranziehung der Daten, die den Monitoringberichten gemäß §§ 63 Abs. 3 i.V.m. § 35 EnWG zugrunde lägen (Monitoring-Index), als Deflator allgemeingültigen Wertungsmaßstäben widerspreche. Da sich die darin enthaltenen Daten allein auf die Mittel- und Niederspannungsebene beschränkten, bliebe der erhebliche Teil der Jahresarbeit, der an Letztverbraucher in den höheren Spannungsebenen geliefert werde und nicht der Kaskadierung unterliege, unberücksichtigt. Diese Letztverbraucher zahlten auch nicht alle individuelle Netzentgelte, wie der Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2020 (Anlage Bf 2) zeige. Zudem vereinnahmten die betroffenen Netzbetreiber in den höheren Spannungsebenen die individuellen Netzentgelte gerade nicht ohne Ausgleich, sondern würden durch das Umlagesystem kompensiert. Da die Kompensationszahlungen in den von der Bundesnetzagentur abgefragten Umsatzerlösen enthalten seien, bestehe die von dieser befürchtete Verzerrung bei Zugrundelegung der Netzentgeltindexreihe des Statistischen Bundesamtes (Destatis-Index) gerade nicht. Das Abstellen auf letzteren stelle ein so deutlich überlegenes methodisches Vorgehen dar, dass die getroffene Entscheidung nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden könne.

13

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Bundesnetzagentur gemäß § 82 Abs. 3 S. 1 EnWG aufzugeben, dem Gericht alle Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung (Az.: BK4-18-056 vom 28.11.2019) vorzulegen und ihr Akteneinsicht in die derart beigezogenen Vorgänge zu gewähren. Sie ist der Ansicht, unter Zugrundelegung der vom Senat im Beschluss vom 05.07.2021 (VI-3 Kart 612/19 [V]) aufgestellten Maßstäbe seien jedenfalls jene Unterlagen beizuziehen, die Auskunft darüber geben, welche Informationen der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Vor- und Nachteile der Heranziehung des Monitoring-Index einerseits und des Destatis-Index andererseits vorlagen. Es sei von entscheidender Bedeutung zu wissen, welche genauen Informationen der Bundesnetzagentur zum prozentualen Anteil individueller Netzentgelte in den höheren Spannungsebenen vorlägen und in welchem Umfang in den höheren Spannungsebenen anfallende Netzentgelte durchgereicht würden.

14

Die Beschwerdeführerin beantragt im Übrigen,

15

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. 16

Die Bundesnetzagentur beantragt, 17

die Beschwerde zurückzuweisen. 18

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. 19

Die Ausgestaltung des Stützintervalls bei Anwendung des Törnqvist-Index sei nicht zu beanstanden. Sie sei nicht willkürlich oder widersprüchlich zur Vorgehensweise im Gasbereich vorgegangen, sondern habe vielmehr die Kritik der Marktteilnehmer an der Berücksichtigung des Jahres 2006 aus dem Konsultationsverfahren aufgegriffen und diese zum Anlass genommen, mittels einer Plausibilitätsrechnung die Auswirkungen auf den anhand des Törnqvist-Index ermittelten Wert zu prüfen. Dabei sei eine Mittelwertbildung durchgeführt worden, bei der folgerichtig diejenigen Zeiträume betrachtet worden seien, bei denen das Jahr 2006 außen vorgelassen werde. Eine Abänderung der Betrachtungsjahre resultiere hieraus aber noch nicht. Die Entwicklungen des Jahres 2006 stellten die Realität des Netzbetriebs dar und rechtfertigten als solche keine abweichende Bewertung hinsichtlich der Belastbarkeit der Daten des Jahres 2006. 20

Auch die Kritik an dem als Deflator für die Umsatzerlöse gewählten Monitoring-Index verfolge nicht. Der Bundesgerichtshof habe sich in seinen Entscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für den Gasbereich bereits mit der Rechtmäßigkeit eines solchen Deflators befasst und ihre Vorgehensweise insgesamt bestätigt. Sie sei im angefochtenen Beschluss davon ausgegangen, dass die im Monitoring-Index nicht abgebildeten Letztverbraucher, die auf den oberen Spannungsebenen angeschlossen seien, nur für 5-10 % der dortigen Umsatzerlöse verantwortlich seien und die übrigen Umsätze mit Weiterverteilern erzielt würden, so dass die Berücksichtigung der Entwicklung der Netzentgelte wegen des Kaskadierungseffekts hinreichend abgebildet sei. Die Angaben aus dem Monitoringbericht 2020 stünden nicht im Widerspruch zu ihrer Annahme, dass in höheren Spannungsebenen überwiegend individuelle Netzentgelte gezahlt würden, sondern stützten diese vielmehr. Die Nichtberücksichtigung der Netzentgelte der Letztverbraucher in den oberen Spannungsebenen, die jedoch aufgrund der tatsächlich gezahlten Entgelte nur einen kleinen Teil der Umsatzerlöse ausmachten, stelle sich als kleinerer, diesem Ansatz immanenter Nachteil dar. Angesichts der Privilegierungstatbestände für intensive Netznutzer hätten sich die verbliebenen Umsatzerlöse der Letztverbraucher auf den höheren Spannungsebenen zudem sogar häufig rückläufig entwickelt. Eine greifbare Überlegenheit des Destatis-Index sei nicht ersichtlich. Dieser nehme die Netzentgelte der vorgelagerten Netzbetreiber zwar unmittelbar in den Blick, beruhe allerdings auf einer verhältnismäßig kleinen Stichprobe, deren Repräsentativität eher fraglich sei. Zudem drohe bei der Verwendung des Destatis-Index spiegelbildlich zum Kaskadierungseffekt bei den Netzentgelten eine Übergewichtung der Netzentgelte der vorgelagerten Netzebenen. Beim Destatis-Index würden wegen der stichprobenartigen Erhebung Netzentgelte nicht „nur“ doppelt, sondern aufgrund der Kaskadierung mehrfach berücksichtigt. Auf die wirtschaftliche 21

Vorteilhaftigkeit der Verwendung des Destatis-Index könne sich die Beschwerdeführerin nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht stützen. Eine Vollerhebung sei einer stichprobenartigen Erhebung generell überlegen. Insoweit sei zwischen der vorliegenden Abwägungsentscheidung und der Entscheidung für andere Indexreihen des Statistischen Bundesamtes im Rahmen der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu differenzieren. Im Übrigen könnten Messfehler sowohl in den Destatis-Reihen als auch bei den Zahlen des Monitoringberichts auftreten, stochastische Fehler seien nicht zu erwarten.	
Selbst wenn man von einer rechtsfehlerhaften Ausgestaltung des Törnqvist-Index ausgehen wolle, würde dieser Fehler die Beschwerdeführerin mangels Ergebnisrelevanz nicht in ihren Rechten verletzen, da der Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf dem Malmquist-Index beruhe, dessen Ermittlung die Beschwerdeführerin nicht angegriffen habe.	22
Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 09.12.2021 Bezug genommen.	23
B.	24
Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.	25
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.).	26
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-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.	27
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.	28
1. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist gesetzlich bzw. verordnungsrechtlich nicht vollständig determiniert.	29

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. 30

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. 31

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 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). 32

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 33

Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode (a.a.O., Rn. 17 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) gemacht hat.

a) Der gerichtlichen Kontrolle unterliegen danach in erster Linie die Kriterien, an denen sich die Regulierungsbehörde bei der ihr vom Ordnungsgeber übertragenen Auswahl und der Anwendung einer bestimmten von mehreren in Betracht kommenden Methoden orientiert, mit der sie den Produktivitätsfaktor als regulatorische, nicht exakt bestimmbar 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. 34

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. 35

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 wie sie sich auswirken. 36

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. 37

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 38

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).

c) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstab bestehen nicht, so dass das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht besteht. Der Bundesgerichtshof hat diesbezüglich zu Recht darauf hingewiesen, dass der Prüfungsmaßstab 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. 39

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 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.). 40

II. Unter Anlegung des vorstehend dargestellten Prüfungsmaßstabes ist die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode mit Blick auf die Wahl des Betrachtungszeitraums, konkret die Einbeziehung des Jahres 2006, rechtswidrig. 41

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 42

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).

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. 43

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). 44

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 unplausiblen 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). 45

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). 46

3. Die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur zugunsten des Stützintervalls von 2006 bis 2017 ist rechtsfehlerhaft, weil sich dieses im Rahmen der erforderlichen Plausibilisierung wegen der Einbeziehung des Jahres 2006 nicht als hinreichend aussagekräftig und belastbar 47

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.

a) Die von der Bundesnetzagentur bei Anwendung der Törnqvist-Methode getroffene Auswahlentscheidung für ein Stützintervall bedarf der Absicherung durch eine Plausibilisierung. 48

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 Untersuchung einer erneuten Überprüfung bedarf, um ein verlässliches und aussagekräftiges Ergebnis zu gewinnen (BGH, a.a.O., Rn. 23 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 49

Solche Anhaltspunkte, die eine Absicherung erforderlich machen, liegen im Streitfall mit Blick auf die Einbeziehung des Jahres 2006 vor. 50

aa) Dies gilt zunächst wegen der Einordnung des Jahres 2006 als „Ausreißerjahr“. 51

(1) Das Jahr 2006 war 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 (vgl. hierzu ausführlich Senat, Beschl. v. 16.03.2022, u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], unter B.III.4.a) und b)). 52

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. 53

(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. 54

(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 55

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 Ordnungsgebers, 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).

(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 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). 56

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. 57

(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. 58

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.

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.

Die unvollständige Abbildung von Investitionszyklen mit Blick auf das Basisjahr ist nicht schon deshalb gerechtfertigt und das Ergebnis damit nicht plausibilisierungsbedürftig, weil es sich um einen regulatorisch bedingten und bereits aus diesem Grund 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.

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.

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.

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.

64

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_Institutionen/Anreizregulierung/2_ReferenzberichtAnreizregulierung.html) vertreten hatte und wonach neuere Zahlenwerte näher an den heutigen Verhältnissen liegen als die älteren. Diese 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).

65

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).

66

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

67

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 ergebenden 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.

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. 68

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. 69

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 %. 70

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. 71

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 72

Vorgehens erblickt (BGH, a.a.O., Rn. 88 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

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 %.

73

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.

74

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.

75

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. Neben der Vermeidung der Abbildung die Prognosegrundlage erheblich verzerrender Sondereffekte durch die Herausnahme des Jahres 2006 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.

76

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 Sachverständigen Gutachtens zur Frage der Robustheit des Stützintervalls.

77

78

III. Des Weiteren ist die Festlegung im Hinblick auf den von der Bundesnetzagentur gewählten Deflator der als Outputfaktor verwendeten Bruttoumsatzerlöse rechtswidrig.

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.).

2. Dagegen, dass die Bundesnetzagentur als Outputfaktor den Bruttoproduktionswert des Netzbetriebs herangezogen hat, wendet sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht. Erfolgreich beanstandet sie hingegen insoweit die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Deflators, weil die Annahmen der Bundesnetzagentur zu dessen Eignung nicht tragfähig sind.

a) Die Bundesnetzagentur hat angenommen, dass sich als Deflator für die Umsatzerlöse die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden der Jahre 2006 bis 2017 eignen, 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.

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 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. 83

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. 84

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). 85

Die Beschwerdeführerin wendet zudem im Ergebnis 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. 86

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). 87

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 % 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 %.

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. 89

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. 90

(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. Soweit die Beschwerdeführerin darauf verwiesen hat, aus dem Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2020 (Anlage Bf 2) ergebe sich, dass die Strommengen, auf die individuelle Netzentgelte entfielen, nicht identisch seien mit den Mengen, die oberhalb der Mittelspannungsebene für Letztverbraucher anfielen, hat die Bundesnetzagentur zutreffend geltend gemacht, die Daten im Monitoringbericht belegten gerade die Annahme, dass etwa die Letztverbraucherkunden der Übertragungsnetzbetreiber zu 100 % individuelle Netzentgelte in Anspruch nähmen. Die Entnahmemenge der Letztverbraucher aus dem Übertragungsnetz für das Jahr 2019 beläuft sich danach auf 26,8 TWh, während bei einer Aufteilung des gesamten Letztverbrauchs für die stromintensive Netznutzung nach Netzebenen-Kategorien ein Wert für das Übertragungsnetz – basierend auf Prognosen aus den eingereichten Anzeigen und somit als geschätzter Wert – in Höhe von 27,6 TWh angegeben ist (vgl. Bl. 33, 186 des Monitoringberichts). Einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedurfte es vor diesem Hintergrund nicht, insbesondere nicht der von der Beschwerdeführerin beantragten Beiziehung der mit dem streitgegenständlichen Festlegungsverfahren im Zusammenhang stehenden Akten, die Rückschlüsse auf den prozentualen Anteil individueller Netzentgelte in den höheren Spannungsebenen zulassen. 91

(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 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 92

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. 93

(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. 94

(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. 95

Dass die Bundesnetzagentur 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 hatte, lässt nicht den Schluss zu, dass eine Bereinigung gerade um solche Erstattungszahlungen bestätigt worden ist. Denn die Bundesnetzagentur hat 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 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. Es liegt 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. 96

(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.

97

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.

98

3. 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 allerdings eine Auswahlentscheidung zugunsten des Monitoring-Index im Bereich des ihr zustehenden und nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielraums bewegen.

99

a) 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.

100

aa) 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. 101

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. 102

bb) 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. 103

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 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. 104

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. 105

b) 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- 106

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.

IV. Ohne Erfolg bleibt der Einwand der Beschwerdeführerin, ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor von 0,90% sei bereits deswegen nicht plausibel, weil der Sektor „Betrieb von Stromversorgungsnetzen“ durch seine assetlastige Infrastruktur mit sehr langen Investitionszyklen geprägt sei, bei der Potenziale für technologischen Fortschritt im Vergleich zur Gesamtwirtschaft deutlich niedriger seien. 107

Der diesbezügliche Vortrag der Beschwerdeführerin rechtfertigt in seiner Pauschalität nicht die Annahme, es sei ausgeschlossen, dass die Stromnetzwirtschaft eine stärkere Produktivitätsentwicklung aufweisen könne als die Gesamtwirtschaft. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass etwa die Automobil- und Chemieindustrie deutlich innovativer seien und mit ihren internationalen Wertschöpfungsketten deutlich stärker von Digitalisierungseffekten und den damit einhergehenden Effizienzgewinnen profitierten als die Betreiber von Stromversorgungsnetzen, so ist bereits nichts dafür ersichtlich, dass gerade diese beiden Industrien die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung maßgeblich prägen und es nicht in anderen Branchen zu geringeren Produktivitätsentwicklungen kommen kann als in der Stromnetzbranche. Auch der Verordnungsgeber ist ersichtlich nicht davon ausgegangen, dass der für die Strom- bzw. Gasnetzbranche zu ermittelnde generelle sektorale Produktivitätsfaktor allenfalls infolge der Hebung von Ineffizienzen aus der weniger regulierten „Monopolzeit“ einen positiven Wert annehmen könne, sondern hat diesen, soweit er nunmehr gemäß § 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EnWG durch die Bundesnetzagentur zu ermitteln ist, völlig ergebnisoffen ausgestaltet. 108

Dass ein positiver Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors unplausibel und die Bundesnetzagentur jedenfalls in Ansehung des Törnqvist-Index zur Festlegung eines negativen oder jedenfalls Null nicht übersteigenden Wertes verpflichtet gewesen wäre, lässt sich auch nicht aus einer Betrachtung der jährlichen Veränderungswerte des generellen sektoralen Produktivitätsindex nach Törnqvist im Zeitablauf herleiten. Der in verschiedenen parallelen Beschwerdeverfahren gegen die streitgegenständliche Festlegung vorgebrachten Argumentation, dass sich aus den Veränderungswerten ein Strukturbruch in Gestalt eines ab dem Jahr 2010 bzw. 2012 einsetzenden Negativtrends ergebe, der zwingend zu berücksichtigen sei, vermag der Senat nicht zu folgen (i.E. Beschl. v. 16.03.2022, u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], unter B.III.4.d)). 109

V. Dass der – noch durch den Verordnungsgeber festgelegte – generelle sektorale Produktivitätsfaktor in den ersten beiden Regulierungsperioden bei 1,25 % bzw. 1,50 % lag, 110

lässt schließlich nicht den Schluss zu, dass wegen der zwischenzeitlich möglicherweise erfolgten Hebung von Ineffizienzen aus der vorangegangenen „Monopolzeit“ der ermittelte Wert nunmehr zwingend niedriger liegen müsste. Im Übrigen liegt der final von der Bundesnetzagentur für die dritte Regulierungsperiode festgelegte Wert mit 0,90 % auch unter diesen Werten.

- C.** 111
- 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. 112
- 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. 113
- 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). 114
- 1.** Nach diesen Maßgaben war zunächst eine Beiziehung und Offenlegung der Akten der Datenerhebungsverfahren nicht veranlasst. 115
- 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 ingenieurwissenschaftlichen 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. 116

b) Auch mit Blick auf die im Malmquist-Datenerhebungsverfahren durchgeführte Datenplausibilisierung, insbesondere die Nachplausibilisierung, ist ein entscheidungserheblicher Inhalt der Akten weder vorgetragen noch ersichtlich. Unabhängig davon, dass die Beschwerdeführerin die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode schon nicht konkret beanstandet hat, folgt die fehlende Entscheidungserheblichkeit auch aus den umfangreichen Ausführungen im vorzitierten Senatsbeschluss unter Rn. 29 ff., auf die Bezug genommen wird. 117

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.). 118

Mit Blick auf die Monitoring-Datenerhebung folgt aus den vorstehenden rechtlichen Erwägungen, dass Anhaltspunkte für eine ergebnisrelevante Verzerrung der Daten etwa 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. 119

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. 120

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. 121

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.

D. 123

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 nicht unter allen Gesichtspunkten Erfolg haben, insbesondere nicht, soweit die Beschwerdeführerin geltend gemacht hat, ein positiver Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sei unplausibel. 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. 124

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. 125

E. 126

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). 127

Rechtsmittelbelehrung: 128

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 129

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).
