
Datum: 11.01.2023
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 525/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:0111.3KART525.18.00

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin, die ein Gasversorgungsnetz betreibt, wendet sich gegen die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen (Gas) gemäß § 9 Abs. 3 ARegV für die dritte Regulierungsperiode (2018 bis 2022) durch die Bundesnetzagentur.

3

Im Rahmen der Anreizregulierung werden von den Regulierungsbehörden die Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 1 ARegV nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV sowie in Anwendung der Regulierungsformel gemäß Anlage 1 zu § 7 ARegV bestimmt. Nach dieser Formel werden Bestandteile, die nicht dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenbestandteilen nach § 11 Abs. 2 ARegV angehören, mithilfe des Verbraucherpreisgesamtindex (VPI) an die allgemeine Geldentwicklung mit einem Zweijahresverzug (t-2) jährlich angepasst, weil 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

4

ARegV geregelt und ermittelt sich aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung. Für die ersten beiden Regulierungsperioden hatte der Verordnungsgeber in § 9 Abs. 2 ARegV den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor vorgegeben, und zwar für die erste Regulierungsperiode auf jährlich 1,25 % und für die zweite Regulierungsperiode auf jährlich 1,5 %. Ab der dritten Regulierungsperiode hat die Bundesnetzagentur gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV den Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Gas- und Stromnetzbetreiber unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 9 ARegV selbst zu ermitteln.

Zur Vorbereitung und Unterstützung bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors beauftragte die Bundesnetzagentur das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH (WIK) mit der Erstattung eines Gutachtens (WIK-Gutachten), dessen (Erst-)Fassung vom 16.12.2016 sie im Markt konsultierte und dessen finale Fassung am 10.07.2017 veröffentlicht wurde. 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 existiere. Die Residualbetrachtung macht sich zunutze, dass bei funktionierendem Wettbewerb die Veränderungsrate des Verbraucherpreisindex (VPI) als allgemeine Inflationsrate die Differenz zwischen der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung und dem gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt ausdrückt. Zur Bestimmung der netzwirtschaftlichen Bestandteile identifizierte das WIK 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 Bundesnetzagentur orientierte sich bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors an diesen gutachterlichen Empfehlungen.

Die für die Anwendung des Törnqvist-Index erforderlichen Daten ermittelte die Bundesnetzagentur auf Basis einer gesonderten Festlegung vom 05.04.2017 (BK4-17-004) bei den Gasnetzbetreibern (Törnqvist-Datenfestlegung). Die benötigten Daten waren von allen Betreibern von Gasversorgungsnetzen (mehr als 700 Unternehmen) in dem Umfang, in der Struktur und mit dem Inhalt, wie sie in der Anlage zur Festlegung vorgegeben waren, elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Diese prüfte die übermittelten Daten auf Vollständigkeit und Plausibilität; dabei kam es zu umfangreichen Datennachforderungen. Für den Plausibilisierungsprozess legte sie separate Akten im Verwaltungsvorgang BK4-17-004 an (sog. „Plausibilisierungsakten“).

Für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand des Malmquist-Index griff die Bundesnetzagentur auf die von den Gasnetzbetreibern im Regelverfahren zur Durchführung des statischen Effizienzvergleichs für die erste, zweite und dritte Regulierungsperiode bereits übermittelten Daten (Aufwands- und Vergleichsparameter) zurück.

5

6

7

8

Am 12.10.2017 leitete die Bundesnetzagentur gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 9 Abs. 3 ARegV das Verfahren zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode ein und stellte einen Beschlussentwurf (Konsultationsfassung) mit einer Stellungnahmefrist bis zum 10.11.2017 zur Konsultation. Der Entwurf sah die Festlegung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von 0,88 % vor. Dabei handelte sich um das arithmetische Mittel der nach der Törnqvist-Methode (0,76 %) und der nach der Malmquist-Methode (1,00 %) ermittelten Werte. Die Ableitung des Törnqvist-Werts basierte auf einem Stützintervall der Jahre 2007 bis 2016; das Jahr 2006 wurde mangels (geeigneter) Daten – so die Begründung der Bundesnetzagentur – nicht in die Betrachtung einbezogen. Der Malmquist-Wert war als vorläufig gekennzeichnet, weil das in die Ermittlung eingehende Modell für den Effizienzvergleich der dritten Regulierungsperiode für die Gasverteiler-netzbetreiber noch nicht abschließend feststand.

Am 13. bzw. 18.10.2017 veröffentlichte die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite die – aggregierten – Daten der Netzbetreiber für den Törnqvist-Index und das Berechnungstool. Die – netzbetreiberindividuellen – Daten für den Malmquist-Index nebst den dazugehörigen Programmiercodes veröffentlichte sie aufgrund von gegen diese Veröffentlichung der unternehmensscharfen Daten von 27 Netzbetreibern angestregten Eilverfahren erst am 06.11.2017 in einer teilgeschwärzten Fassung. Infolgedessen war es nicht möglich, den von der Bundesnetzagentur ermittelten Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nachzurechnen. Erst Anfang 2018 nach Abschluss der Eilverfahren wurde – bis auf die Daten von zwei Netzbetreibern – die gesamte Datengrundlage für den Malmquist-Index offengelegt, wobei die Daten unmittelbar nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.12.2018 (EnVR 1/18) zu § 31 ARegV wieder von der Internetseite der Bundesnetzagentur entfernt wurden.

9

Ebenfalls am 06.11.2017 hatte die Bundesnetzagentur die Beteiligten darüber informiert, dass im Törnqvist-Berechnungstool aufgrund eines Programmierfehlers eine „inkonsistente Zellenverknüpfung“ festgestellt worden sei, die behoben werden müsse. Ferner erwäge sie, das Stützintervall für den Törnqvist-Index um das Jahr 2006 zu erweitern. Zur Begründung verwies sie auf eine durch Datennachforderungen und fortschreitende Datenplausibilisierungen verbesserte Datengrundlage sowie auf die Vorteilhaftigkeit eines möglichst langen Betrachtungszeitraums. Des Weiteren ziehe sie eine Modifikation der im Rahmen der Einstandspreisentwicklung berücksichtigten Eigenkapitalverzinsung in Betracht. Angesichts dessen wurde die Stellungnahmefrist im Konsultationsverfahren bis zum 17.11.2017 verlängert.

10

Am 24.11.2017 veröffentlichte die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite ein sog. „Papier zur Nachkonsultation“, das zugleich sämtlichen Gasnetzbetreibern per E-Mail übermittelt wurde, sowie einen aktuellen Datenbestand zum Törnqvist- und zum Malmquist-Index. In dem Nachkonsultationspapier informierte die Bundesnetzagentur über die sich gegenüber dem bisherigen Konsultationsstand vom 12.10.2017 ergebenden Änderungen. Sie teilte insbesondere mit, dass sie nunmehr beabsichtige, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode Gas unter Zugrundelegung des Törnqvist-Index auf 0,49 % als dem niedrigeren der beiden Werte festzulegen, wobei das Törnqvist-Ergebnis auf dem Stützintervall der Jahre 2006 bis 2016 beruhe. Hierzu wurde eine Stellungnahmefrist bis zum 08.12.2017 gewährt.

11

Mit Beschluss vom 13.12.2017 (BK4-17-093) hat die Bundesnetzagentur im Rahmen einer vorläufigen Anordnung nach § 72 EnWG den Wert für den generellen sektoralen

12

Produktivitätsfaktor Gas für die dritte Regulierungsperiode – entsprechend dem Nachkonsultationspapier – auf 0,49 % festgelegt, weil der Effizienzvergleich für die dritte Regulierungsperiode Gas wegen einer am Modell zur Ermittlung der Effizienzwerte festgestellten Inkonsistenz nicht mehr rechtzeitig im Jahr 2017 abgeschlossen werden konnte und damit nicht bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf Grundlage des Malmquist-Index und der anschließenden finalen Ableitung hätte (angemessen) berücksichtigt werden können. Ohne die vorläufige Anordnung wäre es laut Bundesnetzagentur entgegen § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV nicht mehr zu einer Regelung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vor Beginn der dritten Regulierungsperiode am 01.01.2018 gekommen. Gemäß Tenorziffer 2 des Beschlusses sollte die vorläufige Anordnung mit einer Entscheidung in der Hauptsache außer Kraft treten.

Mit Beschluss vom 21.02.2018 (BK4-17-093) hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas für die dritte Regulierungsperiode alsdann endgültig und insofern inhaltsgleich mit der vorläufigen Anordnung unter Zugrundelegung des Törnqvist-Ergebnisses auf 0,49 % festgelegt. Dabei hat die Bundesnetzagentur die von ihr ermittelten Werte von 0,49 % (Törnqvist-Index) bzw. 0,92 % (finaler Malmquist-Index) jeweils als plausiblen unteren bzw. oberen Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor angesehen und unter methodischen Gesichtspunkten keinen der beiden Ansätze für vorzugswürdig erachtet. In Anbetracht dessen, der wirtschaftlichen Bedeutung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sowie der Tatsache, dass dieser Parameter erstmalig festgelegt werde, erachtete die Bundesnetzagentur es zur Sicherstellung eines validen, aber auch erreichbaren und übertreffbaren Werts für angemessen, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sicherheitshalber am unteren Rand der noch plausiblen Bandbreite und damit an dem nach der Törnqvist-Methode ermittelten Wert von 0,49 % zu verorten. Hierdurch werde – so die Bundesnetzagentur – „den gegebenenfalls bestehenden Restunsicherheiten gesondert Rechnung getragen“.

Gegen diesen Beschluss vom 21.02.2018 wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde. Ihr Antrag, das hiesige Beschwerdeverfahren mit dem gegen die vorläufige Anordnung gerichteten Beschwerdeverfahren zu verbinden, ist angesichts der in diesem Verfahren erfolgten übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Verfahrensbeteiligten und der daraufhin ergangenen Kostenentscheidung nebst Streitwertfestsetzung obsolet und bedarf keiner Entscheidung mehr.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Bundesnetzagentur habe die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode rechtsfehlerhaft ermittelt und festgesetzt. Der der Bundesnetzagentur insoweit vom Bundesgerichtshof in seinen grundlegenden Entscheidungen vom 26.01.2021 (u.a. EnVR 7/20 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und 26.10.2021 (u.a. EnVR 17/20 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV zugestandene weite Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum bei gleichzeitiger Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte sei weder mit dem nationalen Verfassungsrecht noch dem Unionsrecht vereinbar. Die Netzbetreiber würden hierdurch in ihrem durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie durch Art. 47 Abs. 1 GrCh bzw. Art. 13 EMRK geschützten Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt. Eine wirksame gerichtliche Kontrolle sei aufgrund des angewandten Prüfungsmaßstabs (offensichtliche Ungeeignetheit der verwendeten Methode oder greifbare Überlegenheit einer anderen Methode), der Erstreckung auf Tatsachenfragen (insbesondere die Datengrundlage) sowie der Herabsetzung allgemeiner Verfahrensgarantien (etwa den Verzicht auf eine umfassende und erschöpfende Begründung und eine eingehende Abwägungskontrolle) nicht

mehr gewährleistet. Die Bundesnetzagentur werde im Ergebnis von jeglichen Ermittlungs- und Begründungspflichten befreit. Die Rechtsschutzmöglichkeiten würden von einer Voll- auf eine Evidenz- oder Schlüssigkeitskontrolle reduziert.

Das Prüfprogramm des Bundesgerichtshofs bei der Auslegung und Anwendung von § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV sei mit den verfassungs- und unionsrechtlich zwingend zu beachtenden Mindestanforderungen für die gerichtliche Kontrolldichte bei Letztentscheidungsbefugnissen der Exekutive sowie der etablierten Fehlerlehre zu Beurteilungs- und Ermessensspielräumen nicht zu vereinbaren. § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV stelle dafür keine hinreichende Rechtsgrundlage dar. Weder Wortlaut, Genese und Telos noch die Systematik von ARegV und EnWG rechtfertigten die Anerkennung eines derart weiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums. Aus der Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Stand der Wissenschaft“ in § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV ergebe sich vielmehr eine strikte Anbindung der Festlegungsbefugnis und des Prozesses der Entscheidungsfindung an einen Standard guter wissenschaftlicher Praxis, der den behördlichen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum begrenze. Daraus folge – neben erhöhten Anforderungen an Transparenz und Nachvollziehbarkeit – insbesondere, dass das gefundene (Gesamt-)Ergebnis als dem Sachverständigenbeweis zugängliche Tatsachenfrage der vollständigen gerichtlichen Nachprüfung unterliege und anhand allgemeiner wissenschaftlicher Maßstäbe zu verifizieren oder zu falsifizieren sei. Das Risiko eines non-liquet gehe dabei nach allgemeinen Grundsätzen zu Lasten der Bundesnetzagentur. Ein Beurteilungs- oder Entscheidungsspielraum könne nur dort anerkannt werden, wo sich die Bundesnetzagentur zwischen zwei für sich genommen vertretbaren fachwissenschaftlichen Positionen entscheiden müsse.

Auch die unionsrechtlichen Regelungen in Art. 41 Abs. 16 und Abs. 17 der Richtlinie 2009/73/EG, die eine Pflicht zur umfassenden Begründung und ein Recht auf geeigneten bzw. effektiven nationalen Rechtsschutz statuierten, stünden der Annahme eines Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums in dem vom Bundesgerichtshof angenommenen Umfang entgegen. Für dieses Verständnis spreche – entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs – auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, insbesondere dessen Entscheidung vom 02.09.2021 (C-718/18, juris Rn. 123, 131 f.). Dort werde in Bezug auf die Ermessensfreiheit und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde ausdrücklich klargestellt, dass sich die Unabhängigkeitsvorgabe nicht auf die Judikative erstrecke und die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden trotz und gerade wegen ihrer Unabhängigkeit einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte unterliegen müssten. Offensichtlich fasse der Gerichtshof der Europäischen Union den effektiven Rechtsschutz als notwendiges Gegengewicht zur Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden auf.

Vor diesem Hintergrund werde angeregt, das hiesige Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Frage zur Entscheidung vorzulegen, ob der Prüfungs- und Kontrollmaßstab des Bundesgerichtshofs einen geeigneten Mechanismus im Sinne des Art. 41 Abs. 17 der Richtlinie 2009/73/EG gewährleiste.

Weder der Bundesgerichtshof noch der erkennende Senat, der sich in seinen Beschwerdeentscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Stromnetzbetreiber für die dritte Regulierungsperiode dieser Rechtsprechung angeschlossen habe, hätten sich mit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu verfassungsrechtlich notwendigen Untergrenzen bzw. Mindestanforderungen der gerichtlichen Kontrolle bei

behördlichen Letztentscheidungsbefugnissen hinreichend auseinandergesetzt. Hiernach handele es sich insbesondere bei der Fachgerechtigkeit einer Berechnung um eine Tatfrage, die mithilfe eines Sachverständigengutachtens aufgeklärt werden könne. Der in den Judikaten erfolgte Verweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Eigenkapitalzinssätzen für die Dauer der dritten Regulierungsperiode (Beschl. v. 29.07.2021 – 1 BvR 1588/20, 1 BvR 1776/20, 1 BvR 1778/20, juris Rn. 1 ff.) sei nicht weiterführend bzw. nicht als verfassungsgerichtliches Präjudiz für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu werten.

Mit Blick darauf werde weiterhin eine Aussetzung des hiesigen Beschwerdeverfahrens bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2021 (EnVR 17/20) analog § 148 ZPO angeregt, zumal angesichts der Vielzahl noch anhängiger Beschwerdeverfahren anderenfalls eine Überlastung des Bundesverfassungsgerichts drohe. 20

Bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Untergrenzen gerichtlicher Kontrolle sowie der Fehlerlehre zu Beurteilungsspielräumen sei der streitgegenständliche Beschluss bereits formell rechtswidrig. Sie sei als betroffene Gasnetzbetreiberin nicht den Vorgaben des § 67 Abs. 1 EnWG entsprechend angehört worden. Wenn der Behörde – so wie hier – ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zuerkannt werde, seien gesteigerte Anforderungen an die behördlichen Anhörungs- und Informationspflichten zu stellen, auch wegen der im Energiewirtschaftsrecht grundsätzlich fehlenden aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsbeschwerde (vgl. § 76 Abs. 1 EnWG). Die Beteiligten müssten sich vor einer Entscheidung mit ausreichend Zeit zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen und rechtlich relevanten Aspekten äußern können. Dies erfordere eine – möglichst umfassende – Kenntnis der Tatsachen und der aktuellen rechtlichen Erwägungen der Regulierungsbehörde. Die beabsichtigte Entscheidung sei so konkret zu umschreiben, dass die Beteiligten erkennen könnten, zu welchen Fragen eine Äußerung zweckmäßig sei. Nur dann bestehe auch tatsächlich die Möglichkeit, Verfahren und Ergebnis zu beeinflussen. Diesen gesteigerten Anforderungen habe das durchgeführte (Nach-)Konsultationsverfahren nicht genügt. 21

Der Beschlussentwurf vom 12.10.2017 habe noch die Festlegung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von 0,88 % vorgesehen, wobei der Wert – im Gegensatz zum „Nachkonsultationspapier“ sowie zur vorläufigen und endgültigen Festlegung – aus einem arithmetischen Mittel des damaligen Törnqvist-Werts von 0,76 %, der überdies unter Ausklammerung der Daten des Jahres 2006 ermittelt worden sei, und des damaligen vorläufigen Malmquist-Werts von 1,00 % gebildet worden sei. Am 06.11.2017, vier Tage vor Ablauf der ursprünglichen Stellungnahmefrist, habe die Bundesnetzagentur dann Änderungen an dem Konsultationsentwurf und dem dort ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in Aussicht gestellt, ohne jedoch die Auswirkungen auf die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors darzulegen. Dies sei erst in dem „Nachkonsultationspapier“ vom 24.11.2017 erfolgt, in dem die Bundesnetzagentur diese und weitere Änderungen am Törnqvist- wie auch am Malmquist-Index gegenüber dem Stand des Beschlussentwurfs vom 12.10.2017 beschrieben bzw. vorgenommen und infolgedessen die Festlegung eines geänderten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in Höhe von nunmehr 0,49 % angekündigt habe. Angesichts dessen hätten sie und die übrigen Netzbetreiber bis zum 24.11.2017 faktisch keine Möglichkeit gehabt, mit einer Stellungnahme das Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen, da ihnen bis zu diesem Zeitpunkt die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und damit das Kernelement der Festlegung nicht bekannt gewesen sei. 22

Die bis zum 08.12.2017 laufende Nachkonsultation habe ebenfalls nicht den gesteigerten Anforderungen des § 67 Abs. 1 EnWG genügt, weil die Bundesnetzagentur nur ein „Nachkonsultationspapier“ und keinen vollständigen Beschlussentwurf veröffentlicht habe. Es sei daher nicht absehbar gewesen, wie sich die einzelnen Änderungen auf den zu fassenden Beschluss insgesamt auswirkten. Da ihr erst mit dieser Konsultation weitere entscheidungserhebliche Tatsachen bekanntgegeben worden seien, habe es sich auch nicht nur um eine „Nachkonsultation“ gehandelt.

Die in diesem Rahmen gegenüber der ursprünglichen Konsultationsfassung vorgenommene Erweiterung des Törnqvist-Stützintervalls um die Daten des Jahres 2006 sei zu kurzfristig und ohne hinreichende Begründung erfolgt. Dies wäre jedoch wegen der erheblichen Auswirkungen der Einbeziehung auf die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und der zuvor seitens der Bundesnetzagentur in Abrede gestellten Qualität dieser Daten notwendig gewesen. Es sei nicht ersichtlich bzw. nicht hinreichend dokumentiert, dass sich die Datenqualität und der Plausibilisierungsstand gegenüber dem Beginn der Konsultation am 12.10.2017 innerhalb von nur sechs Wochen tatsächlich erheblich verbessert hätten. Auch aus der „Verfahrensakte“ habe sich hierfür kein Hinweis ergeben; darin finde sich zur Datenplausibilisierung nicht einmal ein Abschlussbericht. Ferner sei ihr die ursprüngliche Datenbasis für das Jahr 2006 zu keinem Zeitpunkt zur Verfügung gestellt worden. Auch aus diesem Grunde habe sie von ihrem Recht auf Stellungnahme nach § 67 Abs. 1 EnWG nicht angemessen Gebrauch machen können. 24

Entsprechendes gelte im Hinblick auf die Datengrundlage für den Malmquist-Produktivitätsindex, die erstmals am 06.11.2017 und noch dazu in einer teilgeschwärzten Fassung veröffentlicht worden sei. Eine sinnvolle Konsultation sei angesichts dessen nicht möglich gewesen. 25

Die methodischen Entscheidungen der Bundesnetzagentur bei den Abschreibungen, den Fremdkapitalzinsen und in Bezug auf den Deflator wiesen ebenfalls erhebliche Transparenzdefizite auf. Wesentliche Entscheidungsprozesse seien nicht offengelegt bzw. nachvollziehbar dokumentiert worden, so dass sie ihr Stellungnahmerecht nicht effektiv habe ausüben können. 26

Des Weiteren leide die streitgegenständliche Festlegung an einem Begründungsmangel. Diese werde den aus § 73 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 39 Abs. 1 VwVfG und Art. 19 Abs. 4 GG folgenden qualifizierten Begründungsanforderungen nicht gerecht, die zum Ausgleich des der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zuerkannten weiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums zu beachten seien, um Betroffene in die Lage zu versetzen, sich effektiv gegen die Entscheidung zu verteidigen, sowie eine sachgerechte gerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen. Es gelte das Gebot der plausiblen, umfassenden und erschöpfenden Begründung, zu dem sich der Bundesgerichtshof zwar bekannt, das er in concreto jedoch nicht beachtet habe. Dieses Erfordernis entspreche auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie dem Willen des Unionsgesetzgebers (vgl. § 41 Abs. 16 der Richtlinie 2009/73/EG). Insbesondere bei Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung – so wie hier – komme den formellen Verfahrensanforderungen besondere Bedeutung zu, weil sie den zentralen Ansatz zur Steuerung sowie eine Kompensation für die geringere Regeldichte bildeten. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs sei die Bundesnetzagentur daher auch verpflichtet zu begründen, weshalb sie einen bestimmten Ansatz in der Konsultation nicht mehr weiterzuverfolgen gedenke, wie etwa die Ausklammerung des Jahres 2006 aus dem Stützintervall beim Törnqvist-Index. Gleichermaßen defizitär seien auch die Ausführungen zur 27

behaupteten Verbesserung der Datengrundlage für das Jahr 2006, nicht zuletzt mit Blick auf die von den Netzbetreibern im Rahmen der Nachkonsultation insoweit geäußerte Kritik. Die Bundesnetzagentur hätte sowohl die ursprüngliche Datengrundlage offenbaren als auch darlegen müssen, welche Maßnahmen unternommen worden seien, um die Daten des Jahres 2006 nunmehr als hinreichend belastbar anzusehen. Entgegen der Darstellung in der streitgegenständlichen Festlegung sei die Einbeziehung des Jahres 2006 von den Netzbetreibern im Rahmen der (Nach-)Konsultation auch nicht gefordert worden; vielmehr sei das Gegenteil der Fall gewesen. Darüber hinaus sei die Begründung der Bundesnetzagentur für die Einbeziehung (signifikante Verbreiterung der Datengrundlage nebst Verbesserung der Datenqualität aufgrund fortlaufender Plausibilisierungsmaßnahmen) auch nicht einleuchtend. So sei nicht nachvollziehbar, wie die Daten von lediglich 40 Unternehmen (5,5 % der gesamten Datenbasis) die Datenqualität für das Jahr 2006 derart positiv hätten beeinflussen können. Es sei vielmehr zu vermuten, dass die Einbeziehung allein ergebnisgeleitet gewesen sei.

Die aufgezeigten Verfahrensfehler seien im Beschwerdeverfahren nicht gemäß § 45 VwVfG heilbar und auch nicht unbeachtlich im Sinne des § 46 VwVfG, weil der Bundesnetzagentur ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukomme und dem Verwaltungsverfahren zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors komplexe rechtliche und ökonomische Fragestellungen zugrunde lägen. Insbesondere könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Bundesnetzagentur die Erweiterung um das Stützjahr 2006 für nicht mehr sachgerecht gehalten hätte, wenn sie und die übrigen Netzbetreiber unter Einhaltung des Verfahrensrechts die Möglichkeit erhalten hätten, sich zur Datengrundlage für das Jahr 2006 zu äußern. 28

Darüber hinaus sei die streitgegenständliche Festlegung auch materiell rechtswidrig, und zwar sowohl im Hinblick auf die Auswahl als auch die Ausgestaltung der Methoden. Dies gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung. So habe die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas für die dritte Regulierungsperiode nach dem Törnqvist-Index methodisch fehlerhaft ermittelt und festgesetzt. Zunächst sei die Auswahl des Stützintervalls nicht rechtskonform erfolgt. Die Einbeziehung des Jahres 2006 als eines Ausreißerjahres in den Betrachtungszeitraum sei methodisch fehlerhaft. Das Jahr 2006 eigne sich mangels vergleichbarer Rahmenbedingungen nicht als Betrachtungszeitraum, da die für das Jahr erhobenen Daten nicht als nach der GasNEV und der ARegV reguliert anzusehen, sondern Ausfluss der Verbändevereinbarung (VV II plus) seien. So habe die Bundesnetzagentur selbst geltend gemacht, dass es erst ab Dezember 2006 zu Netzentgeltabsenkungen infolge erteilter Genehmigungen gekommen sei. Auch die Gutachter der Bundesnetzagentur hätten nicht darauf abgestellt, dass stets der längst mögliche Zeitraum zu wählen sei, sondern es vielmehr maßgeblich auf die Vergleichbarkeit der Rahmenbedingungen ankomme, um dem Prognosecharakter des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gerecht zu werden. Dass sich der Systemwechsel hin zur Entgeltregulierung auf die Kosten und Erlöse der Netzbetreiber ausgewirkt habe und die Produktivitätsentwicklung verfälsche, werde bereits aus der extremen Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Jahre 2006/2007 offensichtlich, der bei 28,22 % liege. Damit entspreche die Berechnung nicht dem Stand der Wissenschaft. 29

Die mangelnde Eignung des Jahres 2006 für einen Zeitreihenvergleich, bei der der Systemwechsel als eine positive Produktivitätsentwicklung und/oder negative Einstandspreisentwicklung fehlinterpretiert werde, ergebe sich auch aus den Veränderungsdaten der Input- und Outputparameter, die nahezu alle im gesamten Zeitverlauf 30

die höchsten negativen Veränderungsraten aufwiesen. Insbesondere die Veränderungsrate „Umsatzerlöse (nominal)“ beruhe auf dem Systemwechsel, weil sich die Rückstellungen für die Mehrerlösabschöpfung – konservativ auf 800 Mio. Euro geschätzt – in den handelsrechtlichen Umsätzen des Jahres 2006 niedergeschlagen hätten. Diese seien nach unten verzerrt, während infolge der Auflösung der Rückstellungen in den Jahren 2010 bis 2012 die dortigen Umsatzerlöse nach oben verzerrt seien. Eine Bereinigung der nominalen Umsatzerlöse um die Mehrerlösabschöpfung führe zu einem um 0,79 Prozentpunkte niedrigeren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor.

Unbeachtet geblieben seien zudem der Systemwechsel vom Einzelbuchungsmodell zum Zweivertragsmodell, die von der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt in den Fragebögen für die Monitoringberichte für das Jahr 2006 und das Jahr 2007 geänderte Definition für die Abfrage des Parameters „Netzentgelte (BNetzA)“ und im Jahr 2006 erfolgte unterjährige Netzentgeltanpassungen nach dem Stichtag der Datenerhebung. Weitere Parameter, die ebenfalls zu den negativsten Veränderungsraten zählten und damit das Ausreißerjahr markierten, seien die „geleisteten Arbeitsstunden“ und die „Aufwendungen für bezogene Leistungen“. Die diesbezüglichen Erklärungsbemühungen der Bundesnetzagentur seien nicht tragfähig. Es komme nicht darauf an, ob es sich bei der Bildung von Rückstellungen und der Mehrerlösabschöpfung um regulatorisch bedingte Gegebenheiten handle, sondern allein darauf, ob diese als Einmaleffekte bei prognostischen Beurteilungen entsprechend dem in § 6 Abs. 2 S. 1 ARegV zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken unberücksichtigt bleiben müssten. Dem Gedanken, dass die Mehrerlösabschöpfung als Besonderheit des Geschäftsjahres 2006 nicht berücksichtigungsfähig sei, habe der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 28.06.2011 (EnVR 48/10) Rechnung getragen und entschieden, dass bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus Kosten unberücksichtigt bleiben müssten, die auf einer Besonderheit des Geschäftsjahrs 2006 beruhten.

31

Die Auswahl des Stützintervalls sei auch deshalb rechtswidrig, weil die Berechnungen unter Einschluss des Jahres 2006 wegen – bereits im Konsultationsverfahren zu Tage getretener – mangelnder Quellenverfügbarkeit und der deshalb erfolgten Schätzungen, Mittelwertbildungen oder Ableitungen auf keiner belastbaren Datengrundlage basierten. Der Versuch der Plausibilisierung durch die Bundesnetzagentur habe nicht dazu führen können, diese Defizite durch den Eintrag exakter Daten zu beseitigen, was im Rahmen einer tatrichterlichen Prüfung durch einen Sachverständigen aufzuklären sei.

32

Die Beschwerdeführerin beantragt zum Beweis der fehlenden Belastbarkeit der Datengrundlage insoweit, der Bundesnetzagentur aufzugeben, die zum Verwaltungsverfahren mit dem Aktenzeichen BK4-17-004 separat geführten Plausibilisierungsakten zum Jahr 2006 – bestehend aus der Korrespondenz zur Plausibilisierung und den Plausibilisierungsprotokollen – vollständig vorzulegen, sowie Akteneinsicht in die vorgenannten Plausibilisierungsakten zum Jahr 2006 durch Bereitstellung des Inhalts der Unterlagen zum digitalen Abruf, hilfsweise, soweit der digitale Abruf ausscheidet, durch postalische Übersendung der Unterlagen an die Verfahrensbevollmächtigten, zu gewähren.

33

Der Inhalt der Plausibilisierungsakten sei entscheidungserheblich, da das Ausmaß der Verzerrung der – nur in aggregierter Form veröffentlichten – Daten ungeklärt sei und sie ohne Zugriff auf diese Akten keine Möglichkeit habe, den Darlegungsanforderungen des Bundesgerichtshofs nachzukommen. Die Konsistenz der Daten könne nicht durch die von der Bundesnetzagentur vorgetragene Plausibilisierung sichergestellt werden, zumal diese deren Grundlagen nicht schlüssig und erschöpfend bzw. nicht einlassungsfähig dargelegt habe und

34

zu bestreiten sei, dass eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Plausibilisierung der Daten überhaupt möglich gewesen sei. Das gerichtliche Ermessen im Hinblick auf die Beziehung der Plausibilisierungsakten sei sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch des „Wie“ auf Null reduziert. Die Daten des Jahres 2006 seien schon mit Blick auf den Zeitablauf keine Geschäftsgeheimnisse, zudem komme eine anonymisierte Offenlegung der Datenplausibilisierungsprozesse in Betracht. Die fehlende Zustimmung der Bundesnetzagentur sei gegebenenfalls zu ersetzen, da ihr Offenlegungsinteresse gerade mit Blick auf die hinter § 23b Abs. 1 S. 1 Nr. 13 EnWG stehende gesetzgeberische Grundwertung überwiegen müsse. Sollte der Senat eine Beziehung der Plausibilisierungsakten nicht für möglich halten, dürfe die dann notwendige „non-liquet“-Entscheidung wegen ihrer Grundrechte auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zu ihren Lasten gehen.

Das beim Törnqvist-Index verwendete Stützintervall könne auch deshalb keine Grundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sein, da die Einzelwerte stark schwankten und der Ausschluss eines einzelnen Werts den Durchschnitt der verbleibenden Werte erheblich verändere. Die Ergebnisse seien mithin nicht robust. Der in den vom Senat bereits in anderen gegen die streitgegenständliche Festlegung geführten und bereits im Jahr 2019 entschiedenen Beschwerdeverfahren beigezogene Gutachter Prof. Dr. V habe ausgeführt, dass die Schwankungen auf die hohe Volatilität der für die Industriekunden gültigen Netzentgelte zurückzuführen seien, und weitere Untersuchungen für erforderlich erachtet. Die fehlende Robustheit stelle die Geeignetheit des Vorgehens und das Ergebnis der Prognosegrundlage in Frage. Solange nicht von einem „faktischen Nichtwissen“ infolge einer Erschöpfung der Aufklärungsmöglichkeiten ausgegangen werden könne, sondern wie hier die Sachverhaltsaufklärung unzureichend erfolgt sei, bestehe schon im Ansatz kein Raum dafür, ihr die Darlegungs- und Beweislast für die mangelnde Eignung der von der Bundesnetzagentur gewählten Methodik oder die greifbare Überlegenheit einer anderen Methodik aufzuerlegen. Es sei fehlerhaft, dass die Bundesnetzagentur die mangelnde Robustheit nicht als Mangel wahrgenommen habe. Ihr Verweis auf die Üblichkeit starker Schwankungen im sektoren- als auch länderspezifischen Vergleich überzeuge nicht, da sich hieraus keine Schüsse auf die Volatilität der Produktivitätsentwicklung gerade der Gaswirtschaft ziehen ließen.

Die Plausibilisierung der Ergebnisse je nach Stützintervall führe zudem zu einem Abwägungsfehler, weil offensichtlich keine ergebnisoffene Prüfung erfolgt sei. Dies zeige die unterschiedliche Vorgehensweise bei der Plausibilisierung des Stützintervalls bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Stromnetzbetreiber einerseits und die Gasnetzbetreiber andererseits, bei der jeweils arithmetische Mittel über Stützintervalle gebildet worden seien, die einmal das Startjahr und einmal das Endjahr fixiert und damit stärker gewichtet hätten. Das arithmetische Mittel einer Betrachtung aller theoretischen Zeiträume, die ordnungskonform zwischen 2006 und 2016 gebildet werden könnten, liege bei -0,77 %, das einer analog der Vorgehensweise bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom gebildeten Zeiträume bei -0,53 %.

Die Bundesnetzagentur habe des Weiteren den Basisjahreffekt nicht hinreichend untersucht. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs, dass der Effekt als tatsächliche Entwicklung bei der streitgegenständlichen Festlegung berücksichtigt werden dürfe, stehe im Widerspruch zu den Feststellungen der Gutachter der Bundesnetzagentur. Zudem resultierten die Verzerrungen allein aus einer unvollständigen Abbildung eines regulatorischen Effekts und seien deshalb rechtswidrig. Eine solch unvollständige Abbildung sei als Korrekturmechanismus für vermeintliche Vorteile der Netzbetreiber durch die Verschiebung von Investitionen in das

Basisjahr weder vorgesehen noch geboten. Die vom Bundesgerichtshof angestellte Vergleichsbetrachtung mit dem Stützintervall von 2009 bis 2016, das zu einem deutlich höheren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor führe, unterstelle in trichterlicher Würdigung, dass nur dieses Stützintervall zur Vermeidung von Ergebnisverzerrungen geeignet sei und kein anderes, wie das vom gerichtlichen Gutachter Prof. Dr. V in den bereits entschiedenen Parallelverfahren in Bezug genommene Stützintervall von 2008 bis 2016. Die Festlegung sei schon wegen dieses Ermittlungsdefizits aufzuheben, jedenfalls aber wegen eines Abwägungsausfalls, da der Basisjahreffekt in der Festlegung nicht adressiert werde.

Bei der Deflationierung der Umsatzerlöse sei nicht nur mit Blick auf die Volatilität des Deflators ein Ermittlungs- und Ermessensdefizit festzustellen, sondern auch deshalb, weil die Netzentgelte von 2006 auf 2007 den höchsten negativen Veränderungswert des Stützintervalls von 18,15 % aufwiesen, was nicht nur auf den unterjährigen Netzentgeltanpassungen im Jahr 2006 beruhe, sondern auch auf dem Umstand, dass das Einzelbuchungsmodell ab dem Jahr 2007 auf das Zweivertragsmodell umgestellt worden sei. Die Bundesnetzagentur gehe im Monitoringbericht 2007 selbst davon aus, dass sich die Netzkosten bis zur konsequenten Umsetzung des Zweivertragsmodells nicht ermitteln ließen. Aufgrund der fehlerhaften Umsetzung seien von Großhändlern und Lieferanten bei der Abfrage der Netzentgelte im Jahr 2007 zu niedrige Netzentgelte angegeben worden. Der Monitoring-Index, der auf den Angaben der Gaslieferanten beruhe und keine Systematik und einheitliche Vorgehensweise für die Ermittlung der durchschnittlichen Netzentgelte ausweise, sei nicht geeignet, die tatsächliche Entwicklung der Netzentgelte der Gasnetzbetreiber abzubilden. Vorzugswürdig wäre eine Vollerhebung bei den Netzbetreibern, und zwar direkt aus den Preisblättern gewesen. Der von der Bundesnetzagentur beschriebene Verfahrensablauf zur Qualitätssicherung im Monitoring-Index beinhalte lediglich eine grobe Plausibilisierung der Auskunft der Lieferanten. Zudem bleibe unklar, warum die Bundesnetzagentur für die Gewichtung der Netzentgelte eine andere Datenquelle (den BDEW) als für die Netzentgelte selbst gewählt habe. 38

Die Beschwerdeführerin beantragt zum Beweis der Tatsache, dass die in den Monitoringberichten der Jahre 2006 und 2016 vorgegebenen Abnahmefälle zu den durchschnittlichen Netzentgelten der Haushaltskunden, Gewerbekunden und Industriekunden die tatsächliche Entwicklung der Netzbetreiber nicht abbildeten, der Bundesnetzagentur aufzugeben, die Akten zum Datenerhebungsprozess für die Bestimmung und Plausibilisierung der durchschnittlichen Netzentgelte der Monitoringberichte der Jahre 2006 und 2016 vollständig vorzulegen, und Akteneinsicht in die vorgenannten Akten durch Bereitstellung des Inhalts der Unterlagen zum digitalen Abruf, hilfsweise, soweit der digitale Abruf ausscheidet, durch postalische Übersendung der Unterlagen an die Verfahrensbevollmächtigten zu gewähren. 39

Der Verzicht auf eine jahresscharfe Gewichtung der durchschnittlichen Netzentgelte führe zu erheblichen Ungenauigkeiten und sei nicht konsistent zum weiteren Vorgehen bei der Preisbereinigung. Die Bundesnetzagentur orientiere sich auch an anderer Stelle nicht an der Vorgehensweise des Statistischen Bundesamtes und verwende zudem unterschiedliche Gewichtungen. Die jährliche Gewichtung stelle – wie auch vom gerichtlichen Sachverständigen in den Parallelverfahren bereits festgestellt – eine greifbar überlegene Methode gegenüber der konstanten Gewichtung dar, weil die Netzentgelte der Industriekunden zu stark schwankten. Wegen der fehlenden Abwägung der Vor- und Nachteile der jahresscharfen bzw. konstanten Gewichtung leide die Festlegung, in der nur der Aspekt der Repräsentativität der Kundengruppen angesprochen werde, zudem an einem Abwägungsausfall. Wenn die Umsätze jahresscharf bereinigt würden, müsste der generelle 40

sektorale Produktivitätsfaktor nach dem Törnqvist-Mengenindex ceteris paribus um 0,33 Prozentpunkte auf 0,16 % korrigiert werden. Nur in der Datengrundlage des BDEW unterliege die Gewichtung der Kundengruppen über den Zeitraum der Jahre 2006 bis 2016 vergleichsweise geringen Schwankungen; anders in den Daten der Monitoringberichte, bei denen insbesondere die Gewichtung bei den Industrie- und Gewerbekunden stark schwanke. Bei einer jahresscharfen Gewichtung auf dieser Grundlage, die zwingend durchzuführen gewesen wäre, ergebe sich ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor von -0,31 %. Jedenfalls hätte es bei dieser Ausgangslage einer genauen Begründung für die Wahl der BDEW-Datengrundlage und die Außerachtlassung der jahresscharfen Betrachtung bedurft.

Die jahresscharfe Bestimmung der Fremdkapitalzinsen entspreche nicht der ökonomischen Realität. Angesichts der branchenüblichen mehrjährigen Laufzeiten von Fremdkapitalaufnahmen könne nicht unterstellt werden, dass der Zinsaufwand für Fremdkapitalaufnahmen jährlichen Anpassungen unterliege. Im Frontier Economics-Gutachten „Bestimmung des Xgen mittels Törnqvist Index, Ansätze zur Abbildung der Eigenkapitalverzinsung bei der Einstandspreisentwicklung“ vom 23.11.2017 (Bl. 6309 ff. VV) werde für die Eigenkapitalverzinsung eine mehrjährige Mittelwertbetrachtung oder auch ein rollierender 10-Jahres-Durchschnitt für geeignet gehalten. Auch das WIK empfehle bei der Eigenkapitalverzinsung letzteres und verweise auf die Inkonsistenz zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitalverzinsung. Die Behauptung der Bundesnetzagentur, dass Fremdkapital flexibler sei, sei unbelegt. Wenn sich die Bundesnetzagentur gegen einen 10-Jahres-Durchschnitt entscheide, ohne dies in der Festlegung zu begründen, obgleich sie auf die Preisindizes nach § 7 Abs. 7 GasNEV zurückgreife, setze sie sich dem Vorwurf der Willkür aus. Zudem sei es inkonsistent, bei der Wahl des Stützintervalls kalkulatorische Effekte berücksichtigen zu wollen, sich mit Blick auf die Fremdkapitalzinsen aber von der GasNEV zu lösen. Die Frage einer angemessenen Abbildung der Fremdkapitalzinsen sei jedenfalls durch ein Sachverständigengutachten zu klären, nachdem der in den Parallelverfahren beigezogene gerichtliche Sachverständige sich hierzu nicht positioniert habe. Die Ermittlung der Fremdkapitalzinsen anhand eines rollierenden 10-Jahres-Durchschnitts führe zu einem um 0,24 Prozentpunkte niedrigeren Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach Törnqvist von 0,25 %.

41

Die Einstandspreisentwicklung sei unwissenschaftlich ermittelt worden, da die Bundesnetzagentur – entgegen der Empfehlung ihrer Gutachter – darauf verzichtet habe, die Abschreibungen einer Preisvereinbarung zu unterziehen. Letztlich verkenne die Bundesnetzagentur, dass sich auch handelsrechtliche Ersatzinvestitionen nur zu erheblichen höheren Preisen realisieren ließen. Deshalb dürfe auf eine Preisvereinbarung nicht verzichtet werden und sei ihre Vorgehensweise unwissenschaftlich. Es sei ausgeschlossen, dass sich Anschaffungskosten von Sachanlagen zwischen den Jahren 2006 und 2016 nicht verändert hätten. Die Abweichung von der Einschätzung im WIK-Gutachten sei nicht nachvollziehbar begründet. Die §§ 6, 6a GasNEV beinhalteten klare und verbindliche Vorgaben für die kalkulatorischen Abschreibungen, bei deren Berücksichtigung sich ceteris paribus ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor von 0,34 % ergebe. Auch der erkennende Senat habe bereits festgestellt, dass der Abschreibungsindex wenig sachgerecht und daher ungeeignet sei und sich dabei auf die Ausführungen des in den Parallelverfahren hinzugezogenen gerichtlichen Sachverständigen stützen können. Zudem zeige sich bei den Abschreibungen besonders die methodische Inkonsistenz der Festlegung: Die Bundesnetzagentur ziehe zur Deflationierung des Bruttoanlagevermögens als Bestandteil des Inputindex den Index der Tagesneuwerte aus § 6a GasNEV heran, ohne zu erläutern, warum dies gerade an dieser Stelle erfolge. Zudem seien die kalkulatorischen Abschreibungen wiederkehrende Effekte, die die handelsrechtlichen Größen prägten, und die

42

Bundesnetzagentur betone an anderer Stelle das Erfordernis der Berücksichtigung aller regulatorischen Effekte. Die von der Bundesnetzagentur angeführte gewisse Kompensation durch ihr Vorgehen bei der Eigenkapitalverzinsung stehe nicht im Einklang mit § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV, da die – rechtlich und ökonomisch sachgerechte – Verwendung der festgelegten Eigenkapitalzinssätze zwingend sei und deshalb keine „Wohltat“ gegenüber den Netzbetreibern. Ein etwaiger Kompensationseffekt sei auch zu keinem Zeitpunkt quantifiziert worden. Falls der Senat den Ausführungen des in den Parallelverfahren hinzugezogenen Sachverständigen nicht folgen wolle, sei der Sachverhalt durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens aufzuklären.

Die Bundesnetzagentur habe den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor des Weiteren auch auf Basis des Malmquist-Index fehlerhaft und unwissenschaftlich ermittelt und damit die rechtlich zwingende Vorgabe aus § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV missachtet. Dafür sprächen insbesondere auch die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. V in den Parallelverfahren. Dieser habe konstatiert, dass es bei den Berechnungen nach der Malmquist-Methode zu einer erheblichen Streuung der Werte komme, so dass sich in der Gesamtschau nicht das Bild eines robusten Schätzverfahrens ergebe; es habe nicht zweifelsfrei belegt werden können, dass die konkrete Ausgestaltung der Malmquist-Methodik dem Stand der Wissenschaft entspreche. Dies gelte insbesondere auch für die Datengrundlage, die keiner tiefgehenden Prüfung hinsichtlich ihrer Eignung und Validität unterzogen worden sei. 43

Die für den Malmquist-Index zur Verfügung stehenden Daten seien unzureichend und die Berechnung offensichtlich unwissenschaftlich. So sei bereits die Zahl der von der Bundesnetzagentur verwendeten Datenpunkte normativ nicht ausreichend. Die Behörde habe – anders als beim Törnqvist-Index – nur Daten von drei Jahren (Basisjahre 2006, 2010 und 2015) und nicht wie gesetzlich vorgesehen von mindestens vier Jahren verwendet. Das Verständnis der Bundesnetzagentur, dass damit ein Zeitraum von zweimal fünf Jahren bzw. von insgesamt zehn Jahren abgedeckt („überspannt“) werde, sei mit dem eindeutigen Wortlaut in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV und der Verordnungsbegründung nicht vereinbar. Die Auswahl von lediglich drei Stützpunkten werde vor allem dem Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV, ein belastbares und robustes Ergebnis für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu erzielen, nicht gerecht. Dafür spreche in systematischer Hinsicht auch, dass der Verordnungsgeber in § 27 Abs. 1 Nr. 2 ARegV eine eigenständige Datenerhebungsbefugnis zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vorgesehen habe. Die Zahl der verwendeten Datenpunkte sei für unverzerrte und belastbare Ergebnisse zu gering, zumal die Bundesnetzagentur aus den Daten der drei Jahre lediglich zwei Veränderungswerte abgeleitet habe (2006 auf 2010, 2010 auf 2015), obgleich drei Veränderungswerte (zusätzlich 2006 auf 2015) möglich gewesen wären. 44

Des Weiteren sei die Datengrundlage unvollständig und ungeeignet. Ermessensfehlerhaft habe die Bundesnetzagentur – im Gegensatz zum Törnqvist-Index – trotz des geringeren, zumutbaren Datenerhebungsaufwands auf eine Einbeziehung der Teilnehmer am vereinfachten Verfahren nach § 24 Abs. 2 ARegV verzichtet. Ohne diese Netzbetreiber fehle es an einer hinreichenden Marktabdeckung und damit an einer repräsentativen Datengrundlage. Die von der Bundesnetzagentur gegebene Begründung sei nicht ausreichend bzw. tragfähig. Soweit die Behörde behaupte, dass die Einbeziehung der Teilnehmer am vereinfachten Verfahren, immerhin 22 % des Marktes, keine Auswirkungen auf die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gehabt hätte, bleibe sie einen Nachweis schuldig. Vielmehr nehme sie insoweit bewusst eine Unschärfe in Kauf. 45

Ferner erlaubten die in der Datengrundlage vorhandenen Inkonsistenzen keinen wissenschaftlichen Standards genügenden intertemporalen, dynamischen Effizienzvergleich. Durch die Verwendung der Daten aus den statischen Effizienzvergleichen würden nahezu zwangsläufig Ungenauigkeiten aus den Effizienzvergleichen auf die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors übertragen, was im Rahmen des § 9 ARegV nicht tolerabel sei, da diese als Produktivitäts- oder Marktpreisänderungen der Netzwirtschaft fehlinterpretiert werden könnten. In den Jahren 2006 bis 2015 sei es zu zahlreichen endogenen (Netzbetreibergründungen, -ausgliederungen, -auflösungen und -fusionen, Netzübergänge bzw. -abspaltungen, eine nicht durchgängige Teilnahme von Netzbetreibern am Effizienzvergleichsverfahren) und exogenen (Rechts- und Rechtsprechungsänderungen sowie Modifikationen in der behördlichen Prüfpraxis) Strukturveränderungen gekommen. Die Output- und Kostendaten seien nicht in allen betrachteten Jahren in identischer Weise definiert gewesen. Auch seien die Vergleichsparameter der statischen Effizienzvergleiche in den drei Regulierungsperioden höchst unterschiedlich gewesen. Dieser Inkonsistenz habe – entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur – auch nicht mithilfe von Überkreuzparametern abgeholfen werden können, da diese keine Vergleichsparameter in den statischen Effizienzvergleichen gewesen seien und zu einer Identifikation von tatsächlich nicht eingetretenen Aufholeffekten im dynamischen Effizienzvergleich geführt hätten. Damit sei die konkrete Anwendung des Malmquist-Index durch die Bundesnetzagentur nicht nur unwissenschaftlich, sondern konträr zur eigentlichen Zielsetzung erfolgt.

Weiterhin habe die Bundesnetzagentur bei der Aggregation der Datensätze von Netzen und Netzbetreibern erhebliche Unschärfen in Kauf genommen, die die Datengrundlage verzerrt hätten. So habe sie insbesondere die Jahreshöchstlasten (die nicht zeitgleich aufgetreten seien) und die mit Bodenklassen gewichteten Leitungslängen unsachgemäß aggregiert, um eine breitere, repräsentative Datenbasis zu schaffen. Die ehemals regionalen Fernleitungsnetzbetreiber habe sie im dynamischen Effizienzvergleich zwischen der ersten und zweiten Regulierungsperiode dagegen vollständig aus dem Datensatz entfernt. Mangels Vorlage oder näherer Konkretisierung der von der Bundesnetzagentur angeführten Kontrollberechnung könne die Richtigkeit ihrer Behauptung von der angeblich fehlenden Ergebnisrelevanz ihres Vorgehens bei der Aggregation von Teilnetzen nicht nachvollzogen werden. Die hinsichtlich der Entfernung der ehemals regionalen Fernleitungsnetzbetreiber aus dem Datensatz wissenschaftlich gebotene Kontrollberechnung sei dagegen – unstrittig – nicht durchgeführt worden. Es werde auch nicht erläutert, weshalb der Datenerhebungsaufwand für die ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber unverhältnismäßig gewesen sei. 47

Wissenschaftlich unvertretbar sei es ferner, dass die Bundesnetzagentur an mehreren Stellen auf einfachere bzw. weniger genaue, teils sogar ungeeignete Modelle und Methoden zurückgegriffen habe, weil der aus theoretischer Sicht vorzugswürdige Ansatz aufgrund der schlechten bzw. für einen dynamischen Effizienzvergleich ungeeigneten Datengrundlage zu vermeintlichen Konvergenzproblemen geführt habe. Sei die Anzahl der Beobachtungen so gering, dass sie die Methodenfreiheit beschränke, entspräche die gewählte Methode nicht mehr dem von § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV geforderten Stand der Wissenschaft. Dies betreffe die Wahl der SFA-Methodik als „Pooled SFA“, die Kostenfunktion bei der SFA (Cobb-Douglas-Funktion) und die Ausreißeranalyse (Anwendung des einfachen „Trimming“ anstelle des komplexeren „Winsorizing“). Des Weiteren sei bei der SFA die Verteilung des Ineffizienzterms nur dann als Exponentialverteilung angenommen worden, wenn diese nicht zu Konvergenzproblemen führe. Die „Pooled SFA“ sei nicht in der Lage, den „Frontier Shift“ vom „Catch-up“-Effekt zu trennen, so dass tatsächliche Aufholeffekte von ineffizienten Unternehmen als Verschiebung der Effizienzgrenze fehlinterpretiert würden. Die von der 48

Bundesnetzagentur diesbezüglich angeführten Sensitivitätsberechnungen zur Überprüfung der Robustheit der Ergebnisse seien weder vorgelegt noch erläutert worden und auch dem Verwaltungsvorgang nicht zu entnehmen. Ob insoweit alle vertretbaren Ansätze einer umfassenden Überprüfung unterzogen worden seien, sei für sie daher nicht nachvollziehbar. Gleiches gelte für die verwendete Cobb-Douglas-Kostenfunktion. Die Bundesnetzagentur verweise auf vermeintliche Konvergenzprobleme, ohne näher zu erläutern, inwieweit die als Alternative in Betracht kommenden Translog-Funktionen weiteren umfangreichen Tests unterzogen worden seien, was daher angezweifelt werden müsse.

Die Berechnungsmethode der DEA sei vorliegend bei den wenigen zur Verfügung stehenden Datenpunkten und der Anfälligkeit dieser Methodik für Ausreißer bei Messfehlern, Änderungen des Datensatzes und der Datendefinition für eine sachgerechte Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von vornherein ungeeignet. Bei der DEA seien zudem unterschiedliche, über die zu vergleichenden Zeiträume hinweg wechselnde Annahmen zu den Skalenerträgen getroffen worden. Durchgängig konstante Skalenerträge wirkten dagegen weniger restriktiv. Angesichts der mangelnden Datenverfügbarkeit und deren fehlender Vergleichbarkeit über die Zeit hinweg seien sowohl die DEA- als auch die SFA-Methode ungeeignet, um den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sachgerecht ermitteln zu können. 49

Rechtsfehlerhaft sei des Weiteren das Unterlassen einer Bestabrechnung, die der Mittelwertbildung deutlich überlegen und daher vorzugswürdig sei. Allein schon die unsichere Datengrundlage, aber auch die Schwierigkeiten bei der Anwendung der Methoden hätte deren Anwendung erfordert. Die stattdessen vorgenommene Mittelwertbildung sei nicht ausreichend bzw. geeignet, um diese (Unsicherheits-)Faktoren zu kompensieren. Es müssten vielmehr weitere Korrekturmechanismen (etwa ein Sicherheitsabschlag) zur Anwendung kommen, um die Netzbetreiber nicht zu benachteiligen. Nur eine Bestabrechnung ermögliche die Ermittlung eines validen und robusten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. Durch eine Mittelwertbildung würden methodische Unsicherheiten manifestiert (sog. „Fehlerfortpflanzung“). Die Abweichung von der Methodik bei den statischen Effizienzvergleichen allein in diesem Punkt sei sachlich nicht gerechtfertigt und klar ermessensfehlerhaft. Der Malmquist-Wert reduziere sich bei der Verwendung bestabgerechneter Effizienzwerte um 1,05 Prozentpunkte auf -0,13 %. 50

Weiterhin sei es nicht rechtskonform, dass die Bundesnetzagentur in den Aufwandparametern die erhebliche Absenkung der Eigenkapitalzinssätze in der dritten Regulierungsperiode für die Zwecke des dynamischen Effizienzvergleichs nicht bereinigt habe. Eine regulatorisch vorgegebene Zinssatzabsenkung habe nichts mit einer durch technologischen Fortschritt bedingten Produktivitätsveränderung zu tun und dürfe daher nicht als „Frontier-Shift“ (fehl-)interpretiert werden. Im Übrigen führe die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur zu einer doppelten Berücksichtigung der sinkenden Eigenkapitalzinssätze. Damit verursache allein die zu Unrecht erfolgte Absenkung der Eigenkapitalzinssätze eine Erhöhung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. Bei Verwendung der ursprünglichen Eigenkapitalzinssätze (9,05 % für Neu- und 7,14 % für Altanlagen) reduziere sich der generelle sektorale Produktivitätsfaktor um 0,71 Prozentpunkte auf 0,21 %. 51

Zu beanstanden sei schließlich auch die finale Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. Infolge der vorbezeichneten methodischen Unzulänglichkeiten erweise sich die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Auswahlentscheidung zwischen den auf Basis der Törnqvist- und der Malmquist-Methode ermittelten Werten als ermessensfehlerhaft. 52

Die Behörde habe ihrer Auswahlentscheidung ein fehlerhaftes Wertespektrum und damit eine falsche Tatsachenbasis zugrunde gelegt, denn die notwendige (Werte-)Korrektur führe zu einer geänderten Bandbreite.

Des Weiteren seien die ermittelten Werte nicht plausibel. Der Törnqvist-Wert von 0,49 % liege – trotz fehlender Separierung von Aufholeffekten und der Tatsache, dass nur der Malmquist-Index eine Trennung zwischen „Frontier Shift“ und „Catch-up“ erlaube – unter dem Malmquist-Wert von 0,92 %; nachvollziehbar wäre allein das umgekehrte Ergebnis. Dies habe die Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 28.11.2018 (BK4-18-056, S. 43) zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Stromversorgungsnetzbetreiber ebenso gesehen. Sie sei von den Konsultationsteilnehmern überdies ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Törnqvist-Mengenindex „Catch-up“-Effekte nicht bereinige. Dennoch habe sie die Bandbreite der ermittelten Werte nicht hinterfragt. Das Gesamtergebnis bzw. die Bandbreite der ermittelten Werte zeige, dass das Berechnungsergebnis nach dem Malmquist-Index durch die aufgezeigten Defizite erheblich noch oben verzerrt worden sei. Allein schon aus diesem Grund sei der mit der Malmquist-Methode ermittelte Wert ungeeignet und hätte der Auswahlentscheidung nicht als oberes Ende der Bandbreite zugrunde gelegt werden dürfen. 53

Des Weiteren habe die Bundesnetzagentur bei der Plausibilisierung des mit der Törnqvist-Methode ermittelten Werts nicht bedacht, dass sich unter Zugrundelegung des in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV normierten Mindestzeitraums von vier Jahren nicht lediglich 8, sondern 36 theoretisch mögliche (Betrachtungs-)Zeiträume für die Jahre 2006 bis 2016 ergäben, die im arithmetischen Mittel zu einem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von - 0,77 % führten, was zeige, dass der festgelegte Törnqvist-Wert von 0,49 % weit über dem eigentlichen Durchschnittswert im Gasbereich liege. Bei diesem Plausibilisierungsansatz würden die aktuelleren Jahre zudem noch deutlich stärker gewichtet als bei der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, weil auch mehr Zeiträume mit den aktuelleren Jahren (2013 bis 2016) gebildet würden. Im Übrigen habe die Bundesnetzagentur selbst eingeräumt, sich über die Gewichtung der aktuellen Jahre im Festlegungsverfahren keinerlei Gedanken gemacht zu haben. 54

Das (pauschale) Vorbringen der Bundesnetzagentur zur angeblichen Kompensationswirkung der vermeintlich „konservativen“ Abbildung der Eigenkapitalverzinsung, die Unschärfen der Törnqvist-Methode, wie die fehlende Separierung von „Catch-up“-Effekten, ausgleiche, sei mangels Vorlage einer Berechnung bereits nicht einlassungsfähig und werde bestritten. Überdies hätte die Bundesnetzagentur ohnehin keinen Entscheidungsspielraum besessen; die angesetzte Eigenkapitalverzinsung sei vielmehr rechtlich und ökonomisch zwingend gewesen. Schließlich seien die diesbezüglichen Ausführungen der Bundesnetzagentur verspätet und im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen. 55

Die Beschwerdeführerin beantragt, 56

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.02.2018, Az. BK4-17-093, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden. 57

Die Bundesnetzagentur beantragt, 58

die Beschwerde zurückzuweisen. 59

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe.

60

Der vom Bundesgerichtshof bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV entwickelte bzw. konkretisierte Prüfungsmaßstab sei von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Den ihr insoweit hinsichtlich der Auswahl und der anzuwendenden Methoden zukommenden weiten, mit einer Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte einhergehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum habe sie – wie der Bundesgerichtshof bereits mehrfach bestätigt habe – bei der streitgegenständlichen Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas rechtmäßig ausgeübt. Daran bestünden auch vor dem Hintergrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin keine Zweifel. Die unions- und verfassungsrechtlichen Einwände der Beschwerdeführerin überzeugten nicht bzw. griffen nicht durch. Dies gelte insbesondere für die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich auch bei Normen mit Gestaltungsspielräumen jedenfalls geforderte Sachverhaltsermittlung. Diese Judikatur stoße nämlich dort an ihre Grenzen, wo das materielle Recht eine weitergehende Aufklärung gerade nicht vorschreibe bzw. der Exekutive bestimmte Entscheidungen zwar vorschreibe, ihr aber nur begrenzte Möglichkeiten zur Sachverhaltsausermittlung zur Verfügung stelle. So liege es hier. Vor diesem Hintergrund sei auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sachverhaltsermittlung bei großen Datenmengen im Rahmen der Anreizregulierung zu bewerten und als verfassungsgemäß einzustufen.

61

Fehl gehe auch der Versuch, im Hinblick auf den Maßstab der gerichtlichen Überprüfung zwischen Gestaltungs- und Ermittlungsaufträgen zu differenzieren. Es sei angesichts der (geringen) Normdichte des § 9 ARegV schon nicht ersichtlich, dass insoweit kein Gestaltungsauftrag bzw. kein Gestaltungsspielraum für die Regulierungsbehörde in Bezug auf den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bestehe. Denn ein Gestaltungsspielraum bestehe auch dann, wenn Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprächen, ausgestaltet werden müssten, um die geforderte regulatorische Entscheidung treffen zu können. Dementsprechend könne von ihr als Regulierungsbehörde nicht verlangt werden, im Verwaltungsverfahren das „einzig richtige Ergebnis“ aus der Anwendung einer wissenschaftlich anerkannten Methode auf einen konkreten Sachverhalt abzuleiten oder sich daraus ergebende Zweifel an der Methode bis ins Letzte aufzuklären. Diese rechtliche Grenze gelte es auch bei der gerichtlichen Überprüfung zu beachten. Der regulierungsbehördliche Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum dürfe nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass das (Beschwerde-)Gericht an die Stelle der Regulierungsbehörde trete und die Regulierungsentscheidung selbst treffe.

62

Sie habe den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode Gas auch formell rechtmäßig festgelegt. Ein Anhörungsmangel liege nicht vor; die Anforderungen der Beschwerdeführerin seien auch mit Blick darauf, dass ihr im Rahmen des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum eingeräumt werde, überzogen. Der Beschwerdeführerin sei in ausreichendem Umfang Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt worden. Das Konsultationsverfahren nebst Nachkonsultation habe den Vorgaben des § 67 EnWG genügt; eine Offenlegung aller mit der streitgegenständlichen Festlegung zusammenhängenden Tatsachen sei nicht erforderlich und überdies mit Blick auf den notwendigen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht möglich. Unabhängig davon habe sie sowohl in ihrer E-Mail vom 06.11.2017 als auch im „Nachkonsultationspapier“ vom 24.11.2017 über die entscheidungserhebliche Tatsache der Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall informiert und den Hintergrund in ausreichender Weise dargestellt. Dieser Aspekt sei von den Konsultationsteilnehmern dann

63

auch aufgegriffen und diskutiert worden. Eine Anhörung müsse nicht zwingend mit einem Beschlusssentwurf erfolgen. § 67 EnWG enthalte keine Formvorgaben. Das Energiewirtschaftsrecht weise auch keine (besondere) Prägung auf, die eine Anhörung mit einem Entscheidungsentwurf zwingend erscheinen lasse.

Ein Anhörungsmangel wäre jedenfalls gemäß § 67 Abs. 4 EnWG, § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt, weil die Beschwerdeführerin bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei ein mit der Regelung in § 67 Abs. 3 EnWG (Möglichkeit der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Beschlusskammerverfahren) begründeter Ausschluss der Heilungsmöglichkeit systematisch nicht mit § 67 Abs. 4 EnWG in Einklang zu bringen, der ausdrücklich auf die §§ 45, 46 VwVfG verweise und deren Anwendbarkeit betone. 64

Sie habe die streitgegenständliche Festlegung auch umfassend und in einer den Anforderungen des § 73 S. 1 EnWG i.V.m. § 39 Abs. 1 VwVfG genügenden Weise begründet, wobei sie sich auch im Rahmen der Konsultation geäußerte Kritik auseinandergesetzt habe. Dies gelte insbesondere für die nachträgliche Hereinnahme des Jahres 2006 in das Stützintervall, die geboten gewesen sei, um durch den Ansatz eines möglichst großen Betrachtungszeitraums temporäre (Sonder-)Effekte zu glätten. Zwar sei die Zahl von 40 Unternehmen, deren Daten im Verhältnis zur Konsultationsfassung der Festlegung zusätzlich plausibilisiert worden seien, nicht besonders hoch. Jedoch könne je nach individueller Situation eines Datensatzes von den darin enthaltenen Angaben im Einzelfall durchaus ein erheblicher Einfluss auf das Ergebnis ausgehen, weshalb sie bei der Törnqvist-Berechnung eine möglichst vollständige Erfassung aller Unternehmen der Gasnetzbranche angestrebt habe. Im Übrigen vermische die Beschwerdeführerin bei ihrer diesbezüglichen Kritik in unzulässiger Weise materielle mit formellen Einwendungen. Im Kern kritisiere sie nämlich die Entscheidung für das Stützintervall 2006 bis 2016 selbst, indem sie die Qualität der Daten des Jahres 2006 in Frage stelle. 65

Zurückzuweisen sei auch die Ansicht der Beschwerdeführerin, die Beschlusskammer hätte in Bezug auf das Jahr 2006 sowohl den zu Beginn der Konsultation als auch den zu Beginn der Nachkonsultation vorhandenen Datenbestand veröffentlichen müssen, um den Anforderungen des § 73 S. 1 EnWG zu genügen. 66

Die begehrte Einführung der Plausibilisierungsakten in das hiesige Verfahren würde wegen der darin teilweise enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse langwierige Abstimmungen mit jedem einzelnen Netzbetreiber erforderlich machen und das hiesige Verfahren in die Länge ziehen. Unabhängig davon sei die Frage des Plausibilisierungsfortschritts hinsichtlich der Daten des Jahres 2006 nicht entscheidungserheblich. Vielmehr komme es allein darauf an, ob es sachgerecht gewesen sei, das Jahr 2006 in das Stützintervall aufzunehmen, um durch einen möglichst großen Betrachtungszeitraum Verzerrungen zu vermeiden, oder ob dessen Einbeziehung zu einer Verzerrung der Datengrundlage geführt habe, weil es sich um ein Ausreißerjahr handele. 67

Die streitgegenständliche Festlegung sei auch in materieller Hinsicht rechtmäßig. Sie habe den ihr nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zukommenden umfassenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum sowohl im Hinblick auf die Methodenwahl als auch hinsichtlich deren Ausgestaltung rechtskonform ausgeübt. 68

Den Berechnungen anhand des Törnqvist-Index, die zu einem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von 0,49 % geführt hätten, liege eine sachgerechte methodische Vorgehensweise zugrunde. Die dagegen vorgebrachten griffen nicht durch.

Es sei sachgerecht gewesen, das Jahr 2006 mit in die Betrachtung einzubeziehen, um eine möglichst große Datengrundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu erhalten. Mit Blick auf die Besonderheiten des Jahres 2006 sei zu beachten, dass Auswirkungen regulierungsbehördlicher Entscheidungen oder nationaler bzw. supranationaler Rechtsänderungen Marktkräfte im Wege einer ganzheitlichen Wettbewerbssimulation darstellten und daher zwingend auch bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors berücksichtigt werden müssten. Die von der Beschwerdeführerin präferierte Bereinigung der Datengrundlage um jegliche regulatorischen Effekte führe dazu, dass gerade die Effekte unberücksichtigt blieben, die die beabsichtigte Korrektur des VPI durch Abbildung der Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Branche in Abgrenzung zur Gesamtwirtschaft erst notwendig machten. Mehrerlösabschöpfungen begründeten keinen Strukturbruch, da eine langfristige Trendumkehr nicht feststellbar sei. Die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin, das Jahr 2006 sei faktisch unreguliert gewesen, sei nicht sachgerecht, da den Netzbetreibern zum Antragszeitpunkt für ihre Netzentgelte 2006 die Informationen über das neue Regulierungsregime bereits vorgelegen hätten und davon auszugehen sei, dass sie ihre Anträge hieran ausgerichtet hätten. Die Änderungsrate der totalen Faktorproduktivität 2011/2012 läge im Übrigen mit 23,13 % noch höher als die Änderungsrate 2006/2007.

Unter Berücksichtigung der Maßstäbe des Bundesgerichtshofs sei sie mit dem Basisjahreffekt sachgerecht umgegangen, indem sie alle bisherigen Basisjahre in die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors einbezogen habe. Es wäre sachfremd, regulatorisch bedingte Effekte für die Produktivitätsmessung auszublenden. Dies gelte erst recht, wenn die Effekte an anderer Stelle im Rahmen des Regulierungssystems erlössteigernd wirkten. Auch wenn sie sich in der streitgegenständlichen Festlegung nicht ausdrücklich mit dem Basisjahreffekt auseinandergesetzt habe, habe sie sich intensiv mit der Frage beschäftigt, ob das Jahr 2006 im Stützintervall berücksichtigt werden dürfe, und dabei die unter anderem durch den Basisjahreffekt bedingte totale Faktorproduktivität adressiert. Es sei nicht ersichtlich, warum ein bei der Betrachtung von 2006/2007 zu beobachtender Sondereffekt unberücksichtigt bleiben solle, während die anderen Sondereffekte in die Betrachtung eingingen. Der bestmögliche Glättungseffekt werde vielmehr erreicht, wenn das längst mögliche Stützintervall verwendet werde.

Die Datengrundlage sei belastbar. Es sei nicht aufgezeigt, dass die von Netzbetreibern zur „Lückenschließung“ verwendeten Durchschnittsbildungen oder Schätzungen fehlerhaft gewesen und die Datengrundlage dadurch erheblich verzerrt sei. Die zusätzliche Plausibilisierung zur Ermittlung von Auffälligkeiten im Datensatz zur Vermeidung von versehentlichen Falschangaben der Netzbetreiber, deren Bemühen um wahrheitsgemäße Angaben sie habe unterstellen dürfen, sei in erheblichem Umfang geleistet worden. Es habe hinsichtlich der Kostenprüfungsunterlagen ein Austausch mit anderen Regulierungsbehörden stattgefunden. In einer Vielzahl von Fällen seien zudem die Kostenprüfungsunterlagen auf Basis des Jahres 2006 relevant geworden. Bei isolierter Vornahme der Kostenprüfung auf Basis des Jahres 2004 seien im Verwaltungsverfahren gesicherte Kenntnisse angesetzt worden, die wegen des spät liegenden Bescheidungszeitpunkts nicht selten den aktualisierten Jahresabschlusswerten des Jahres 2006 entsprochen hätte. Schließlich seien auch für das Jahr 2006 handelsrechtliche Daten im Bundesanzeiger verfügbar gewesen. Der Plausibilisierungsprozess sei aufwändiger und zeitintensiver gewesen als erwartet, weshalb

er sich in die Konsultationsphase erstreckt habe. Die Sichtweise, dass periodenfremde Effekte die Validität der Datengrundlage beeinträchtigten, verfange deshalb nicht, weil eine Entkoppelung der Mengen- und Preiskomponenten eines Jahres dem Regulierungsrecht – beim Mechanismus des Regulierungskontos und der Abwicklung des Qualitätselements – nicht fremd sei. Die Veränderungen der geleisteten Arbeitsstunden und der Aufwendungen für bezogene Leistungen von 2006 auf 2007 seien nicht unplausibel. Die beschriebenen Daten ließen vermuten, dass Aufgaben, die vor dem Jahr 2007 vom eigenen Personal des jeweiligen Netzbetreibers wahrgenommen worden seien, im Folgejahr vermehrt durch bei verbundenen Unternehmen eingekaufte Dienstleistungen ersetzt worden seien. Zudem gebe es Veränderungen beim Umfang der bei fremden Dritten eingekauften übrigen Vorleistungen. Da kompensatorische Effekte im Hinblick auf die Unterpositionen der von der Beschwerdeführerin herangezogenen Positionen aufgetreten sein könnten, könnten einzelne Effekte nur vermeintlich aufgetreten sein. Daher seien die Plausibilisierungsüberlegungen der Beschwerdeführerin nicht sachgerecht. Es habe zudem auch in anderen Jahren Veränderungen in ähnlicher Größenordnung gegeben. Im Übrigen hätten ausweislich des Monitoringberichts 2008 (dort S. 18) im Jahr 2007 insgesamt 105 Unternehmen die Vorgaben zur rechtlichen Entflechtung durchgesetzt, im Jahr 2006 nur 22 Unternehmen.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Beiziehung der Plausibilisierungsakten und Einsicht in diese sei eher als unzulässiger Ausforschungsbeweis einzustufen, jedenfalls aber zurückzuweisen. Die in Bezug genommenen Daten und Unterlagen seien nicht Bestandteil der streitgegenständlichen Festlegung und bislang nicht beigezogen worden. Sie träfen diesbezüglich keine erweiterten Offenlegungspflichten aus § 23b EnWG. Anlass für eine Beiziehungsanordnung bestehe nicht, wie vom erkennenden Senat bereits entschieden, da nicht zu erwarten sei, dass aus den beigezogenen Akten materiell-rechtlich relevante Erkenntnisse resultieren könnten. Auch der Bundesgerichtshof verlange den Beschwerdeführern nicht ab, die gesamte Datengrundlage der angegriffenen Entscheidung bis auf die letzte Zahl zu analysieren, um den Nachweis der fehlenden Validität der Datengrundlage zu erbringen. Eine Überprüfung der vollständigen Datengrundlage wäre nur dann erforderlich, wenn sie selbst auch zu deren vollständiger Überprüfung verpflichtet wäre, was nicht der Fall sei. Anhand der schon parallel zum Konsultationsverfahren veröffentlichten Daten bzw. Tools und Programmcodes hätte die Beschwerdeführerin Fehler bzw. Verzerrungen dartun können, was nicht geschehen sei. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass es für die Herleitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht auf die Richtigkeit eines jeden einzelnen Datenwerts ankomme, sondern auf die Interpretation umfangreich gemeinsam mit den Netzbetreibern plausibilisierter Daten in ihrer Gesamtheit. Schließlich bestehe kein Anspruch auf Einsicht in solche Unterlagen, die nicht Aktenbestandteil eines Verwaltungsverfahrens geworden seien, weil sie lediglich Zwischenstände der Bearbeitung darstellten bzw. den notwendigen Austausch zwischen den an einem aufwändigen Verfahren Beteiligten widerspiegeln.

73

Auch das von ihr verwendete Stützintervall sei nicht zu beanstanden. Es führe zu robusten Ergebnissen. Sie habe bei der Wahl des Outputfaktors eine Abwägung getroffen und maßgeblich auf die Vorteile der Anknüpfung an den Produktionswert gegenüber der Verknüpfung verschiedener physischer Outputfaktoren abgestellt. Die den Werten der totalen Faktorproduktivität immanenten Schwankungen seien nicht überraschend. Hohe Schwankungen in der Preisentwicklung auf einzelnen Märkten seien üblich, wie etwa der Monatsbericht des Bundesministeriums für Finanzen aus Oktober 2017 zur Produktivitätsentwicklung einzelner Sektoren zeige, die teilweise erheblichen Schwankungen unterlägen, etwa auf dem Landwirtschaftssektor, der wie die Gaswirtschaft ein stark wetterabhängiger Sektor sei. Nach einer Studie zur Produktivitätsentwicklung bei Gas- und

74

Elektrizitätsnetzbetreibern im Vereinigten Königreich unter Verwendung des Malmquist-Index seien Schwankungen der totalen Faktorproduktivität von 25 % keine Seltenheit und sogar noch höhere Schwankungen festzustellen, etwa bei Fernleitungsnetzen von teilweise über 50 %. Auch die Datenbasis der EU-KLEMS-Datenbank zu den jährlichen Veränderungsraten der totalen Faktorproduktivität zeige starke Schwankungen insbesondere für den Energiesektor. Die Werte für letzteren verliefen mit Ausnahme des Jahres 2009 zudem ähnlich wie die von der Bundesnetzagentur ermittelten Werte.

Auch die Kritik der Beschwerdeführerin an der Plausibilisierung gehe fehl. Da die vier aktuellsten Jahre – also die Jahre 2013 bis 2016 – für eine zukunftsgerichtete Prognose die größte Aussagekraft besäßen, woraus sich theoretisch acht verschiedene Zeiträume als mögliche Stützintervalle ergäben, sei die Vorgehensweise der Beschwerdeführerin, alle normativ zulässigen Intervalle heranzuziehen, zurückzuweisen. Die abweichende Vorgehensweise im Strombereich sei dem anderen Ziel geschuldet, nicht mehr das gefundene Ergebnis insgesamt, sondern den Einfluss der Daten des Jahres 2006 auf das gefundene Ergebnis zu untersuchen.

75

Sie habe die als Teil des Bruttoproduktionswerts verwendeten Umsatzerlöse sachgerecht deflationiert. Der Bundesgerichtshof habe bereits entschieden, dass die von der Beschwerdeführerin geforderte Datenerhebung für den Netzentgeltdeflator bei den Netzbetreibern nicht erforderlich sei. Der Datenerhebungsprozess bei den Lieferanten umfasse mehrere Plausibilisierungsschritte. Da eine Marktabdeckung bei den Lieferanten von 80 % bis 90 % erreicht werde, sei anzunehmen, dass alle Netze in der Bundesrepublik von der Abfrage erfasst würden. Etwaige Fehler in der Datengrundlage schlugen wegen der Mehrfachberücksichtigung der Netze zudem nicht durch. Den Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Verzerrung der Daten für das Jahr 2006 und 2007 sei nicht zu folgen. Die unterjährige Anpassung der Netzentgelte und die Umstellung vom Einzelbuchungsmodell auf das Zweivertragsmodell seien zu berücksichtigende regulatorische Gegebenheiten. Zudem spielten unterjährige Netzentgelt-anpassungen im Jahr 2006 eine allenfalls untergeordnete Rolle, da sie nur einen kleinen Teil der Netzbetreiber betroffen hätten und dies nur für wenige Monate. Netzentgeltabsenkungen seien in bedeutenderem Umfang erst ab Dezember 2006 erfolgt. Die Definition des Parameters „Netzentgelte BNetzA“ sei von 2006 auf 2007 nicht geändert worden, lediglich die Darstellung der Netzentgelte im Monitoringbericht, die ab 2007 (bis 2015) differenziert nach „Grundversorgung“ und „Tarife bei Vertragswechsel“ erfolgt sei. Hinsichtlich der Umstellung auf das Zweivertragssystem habe sie durch die Bereinigung der Umsätze um die Veränderungsrate der durchschnittlichen Netzentgelte sichergestellt, dass eine Deflationierung der Umsätze auch mit der Veränderungsrate der durchschnittlichen Netzentgelte von 2006 auf 2007 sachgerecht habe erfolgen können. Die hohe Veränderungsrate entwerte ihre Vorgehensweise nicht, sondern sei Ergebnis der durch regulatorische Eingriffe simulierten Wettbewerbskräfte.

76

Auch die Kritik am Gewichtungsschema verfange nicht. Die Verbrauchsanteile schwankten in dem Zeitintervall nur gering. Auch wenn die Auswirkungen einer jahresscharfen Anpassung auf das Ergebnis des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sehr hoch sein könnten, sei eine jahresscharfe Anpassung gleichwohl nicht sachgerecht. Die Entscheidung für den konstanten Ansatz beruhe darauf, dass es nicht jahresscharf auf die konkret angesetzten durchschnittlichen Netzentgelte im Rahmen der Ermittlung des Bruttoproduktionswerts als Outputfaktor ankomme. Dies entspreche auch der Vorgehensweise des Statistischen Bundesamts bei der Berechnung der für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verwendeten übrigen Deflatoren, deren Gewichte konstant auf dem Gewicht des Jahres 2010 belassen worden seien. Es wäre nicht sachgerecht, bei dem

77

Deflator „Netzentgelte“ einen jahresscharfen variablen Ansatz zu wählen, während man bei den übrigen Deflatoren des Statistischen Bundesamtes eine konstante Gewichtung belasse. Sie habe fehlerfrei von ihrem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht und die Vorteile des Ansatzes konstanter Gewichte gegen die vermeintliche Aktualität wechselnder Gewichtungen abgewogen. Ein wechselndes Gewichtungsschema könne auch Nachteile haben. So sei einer solchen Vorgehensweise, etwa dem Paasche-Index, immanent, dass immer das aktuelle Jahr als Grundlage der Gewichtung herangezogen werde, wodurch Verzerrungen entstehen könnten, da der Warenkorb ständig verändert werde und dadurch Preisveränderungen nicht in gleichem Maße gewichtet würden. Eine Vergleichbarkeit der verschiedenen Werte sei also nicht mehr gegeben. Sie habe anerkannt, dass sich über die Zeit eine gewisse Veränderung ergeben könne und deshalb für die Gewichtung einen Mittelwert des Betrachtungszeitraums herangezogen. Auch der Gesetzgeber sehe in § 6a Abs. 1 GasNEV bei der Berechnung der Tagesneuwerte eine fixe Gewichtung zweier verschiedener Indexreihen vor. Schließlich sei nicht ersichtlich, warum die Entwicklung der Netzentgelte und die Gewichtung der Kundengruppen auf derselben Datengrundlage ermittelt werden müssten, zumal die – im Internet abrufbare – BDEW-Statistik hinsichtlich der hier aufgeführten Kundengruppen als besonders verlässlich gelte.

Die Kritik an der Abbildung der Preisentwicklung für Fremdkapitalzinsen sei ebenfalls unbegründet. Da sie Anleihen am Kapitalmarkt mit unterschiedlichen Laufzeiten und Emissionszeitpunkten in den Blick nehme, sei sichergestellt, dass der jährliche Durchschnitt unterschiedliche Restlaufzeiten widerspiegele. Es entspreche der tatsächlichen Situation, dass sich Unternehmen entweder für eine langfristige oder für eine kurzfristige Verschuldung entscheiden könnten. Für ihre Vorgehensweise sprächen weiter die Konsistenz mit dem Umgang mit Kosten für andere Vorleistungen, die höhere Flexibilität von Fremd- gegenüber Eigenkapital und die Möglichkeit der Netzbetreiber, ihr Fremdkapital binnen kurzer Zeit renditeorientiert umzuschichten. Des Weiteren sei nicht auf die absolute Zinshöhe abzustellen, sondern es seien die Veränderungsraten im Zeitraum 2006 bis 2016 zu berücksichtigen. Eine tatsächliche längerfristige Zinsbindung sei unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise nicht zu erwarten gewesen. Mit ihrer Forderung nach einem rollierenden 10-Jahres-Durchschnitt oder nach den kapitalmarktüblichen Zinsen der jeweiligen Basisjahre verkenne die Beschwerdeführerin den grundsätzlichen Zweck von Preisindizes, der darin liege, das zum Zeitpunkt t herrschende Preisniveau eines zugrundeliegenden Güterbündels abzubilden, wenn die entsprechenden Güter zum Zeitpunkt t neu angeschafft würden. So beruhen die Preisindizes des Statistischen Bundesamtes auf dem Laspeyres-Index und mäßten das aktuelle Preisniveau zum Zeitpunkt t im Vergleich zum Basisjahr $t=0$, während die Preise, die vor dem Betrachtungszeitraum lägen, keinen Eingang fänden. § 5 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 7 GasNEV seien nicht anwendbar, da hierdurch nicht die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf Grundlage des Törnqvist-Index adressiert werde, bei der insbesondere die Kapitalmarktsituation in den Blick genommen werde, die sich der Branche in einzelnen Jahren bei der Fremdkapitalaufnahme stelle. Die Glättung etwaiger Sondereffekte erfolge sodann in erster Linie über die Mittelwertbildung über den gesamten Betrachtungszeitraum von 2006 bis 2016. Aus der Vorgehensweise bei der Ermittlung der Eigenkapitalzinsen ließen sich keine Rückschlüsse für die Ermittlung der Fremdkapitalzinsen ziehen, da sie dort zu Gunsten der Netzbetreiber bei bestehenden Alternativen eine bewusst konservative Vorgehensweise gewählt habe.

78

Mit Blick auf die Abschreibungen des Sachanlagevermögens gebe es bis auf den Unterschied hinsichtlich der Nutzungsdauern keine Differenz zwischen den handelsrechtlichen und den in den Netzentgeltverordnungen geforderten ersetzenden

79

kalkulatorischen Abschreibungen, wobei die kalkulatorischen Abschreibungen aufgrund der vielen Nutzungsdauerwechsel bzw. Sondereffekte in der Kalkulatorik schwieriger zu bestimmen seien als die von ihr verwendeten, sich auf Grundlage der jeweiligen testierten Jahresabschlüsse der Gasnetzbetreiber ergebenden handelsrechtlichen Abschreibungen. Es sei des Weiteren sachgerecht, bei den Abschreibungen des Sachanlagevermögens keine Preisentwicklung zu berücksichtigen, sondern eine konstante Veränderungsrate anzunehmen, da die handelsrechtlichen Abschreibungen linear und ohne Berücksichtigung eines Preisfaktors ermittelt würden. Die stärker an handelsrechtlichen Gegebenheiten orientierte Vorgehensweise sei konsequent, weil der Törnqvist-Index auf einer handelsrechtlichen Datengrundlage beruhe. Die Entscheidung des Ordnungsgebers in § 6 GasNEV, bei Abschreibungen von Sachanlagevermögen der Netzbetreiber eine Preisentwicklung anzunehmen, beziehe sich nur auf die Kostenprüfung. Mit Blick auf die Sachgerechtigkeit der gleichmäßigen Behandlung von Alt- und Neuanlagen sei zu beachten, dass der – handelsrechtliche – Ansatz der Realkapitalerhaltung, der auf der Nominalkapitalerhaltung aufsetze, und der kalkulatorische Ansatz der Nettosubstanzerhaltung über alle Perioden hinweg zu keinen inhaltlichen Unterschieden führen würden. Durch den handelsrechtlichen Ansatz werde zudem die für die konsistente Betrachtung der Einstandspreisermittlung gebotene Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdkapital, welche die zukünftige Inflationserwartung bereits antizipiere, gesichert. Eine Ausrichtung an den Vorgaben in §§ 6, 6a GasNEV führe hingegen im Ergebnis zu einer doppelten Berücksichtigung der Preisentwicklung, einmal in den Abschreibungen und ein weiteres Mal im Rahmen der Abbildung des Eigenkapitalzinssatzes. Hinsichtlich der Abschreibungen auf Neuanlagen entspreche ihre Vorgehensweise letztlich dem Hinweis ihrer Gutachter auf die Verordnungsregelung, wobei anstelle der Berücksichtigung im Rahmen von Abschreibungen dem Konzept der Realkapitalerhaltung durch die entsprechende Ausgestaltung des Eigenkapitalzinssatzes entsprochen werde. Von der skizzierten Refinanzierungslücke könne mithin keine Rede sein. Die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in den bereits entschiedenen Parallelverfahren bezögen sich schon im Ausgangspunkt nicht auf als kalkulatorisch bezeichnete Kostenansätze nach der GasNEV/StromNEV, sondern auf damit nicht deckungsgleiche kalkulatorische Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne.

Die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand der Malmquist-Methode sei ebenfalls sachgerecht und rechtmäßig erfolgt. Der Bundesgerichtshof habe in den rechtskräftig entschiedenen Musterverfahren keine Bedenken an der von ihr vorgenommenen Ausgestaltung des Malmquist-Index geäußert; diese entspreche vielmehr dem Stand der Wissenschaft. 80

Die Malmquist-Berechnungen seien auch auf einer belastbaren Datengrundlage durchgeführt worden. Dass ihre Berechnungen auf einem Datensatz mit drei Datenpunkten in Gestalt der für die Durchführung der statischen Effizienzvergleiche erhobenen Daten aller drei Regulierungsperioden (2006, 2010 und 2015) beruhten, stehe im Einklang mit der Vorgabe des § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV, da damit sogar ein Zeitraum von insgesamt zehn Jahren erfasst werde. Der Wortlaut der Norm spreche dafür, dass der Ordnungsgeber gerade die Bedeutung der Basisjahre für die „kalkulatorische Welt“ in den Blick genommen und als ausreichend belastbar für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anerkannt habe, da die Basisjahre jeweils für eine ganze Regulierungsperiode maßgeblich seien. Dies genüge auch dem Erfordernis einer belastbaren Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. 81

Der Umfang der Datengrundlage sei gleichfalls nicht zu beanstanden. Insbesondere sei der Verzicht auf die Daten der am vereinfachten Verfahren teilnehmenden Netzbetreiber ermessensfehlerfrei. Beim Törnqvist-Index sei der Aufwand für die Datenbereitstellung für die Teilnehmer am vereinfachten Verfahren deutlich geringer, da die Daten überwiegend den Jahresabschlüssen hätten entnommen werden können, während der mit einer retrospektiven Malmquist-Datenerhebung einhergehende Aufwand mindestens denjenigen eines Effizienzvergleichs erreicht hätte, da die Teilnehmer am vereinfachten Verfahren Aufwands- und Strukturparameter für drei zum Erhebungszeitpunkt teilweise mehr als zehn Jahre zurückliegende Zeitpunkte zu ermitteln, aufzubereiten und zu übermitteln gehabt hätten. Das unter Beschränkung auf die Daten der Teilnehmer am Regelverfahren ermittelte Malmquist-Ergebnis sei auch valide und hinreichend belastbar. Eine signifikante Änderung des Ergebnisses bei Einbeziehung der Teilnehmer am vereinfachten Verfahren sei schon deswegen nicht zu erwarten, weil sich diese in der Vergangenheit überwiegend am durchschnittlichen Effizienzwert der Regelverfahrensteilnehmer zu orientieren gehabt hätten. Festzuhalten sei, dass eine hinreichende Marktabdeckung bereits durch die am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreiber gewährleistet werde. Diese hätte z.B. bezogen auf das Jahr 2015 bei ca. 78 % gelegen.

Die Datengrundlage sei auch hinreichend konsistent und führe zu keinen Ergebnisverzerrungen. Die von der Beschwerdeführerin erwähnten exogenen und endogenen Faktoren gehörten zum Alltag eines regulierten Netzbetreibers. Es liege in der Natur der Sache, dass diese Vorgänge bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand regulatorischer Daten, wie dies bei der Malmquist-Methode erfolge, nicht „herausgerechnet“ oder ausgeblendet würden. Die mit Rechts-, Rechtsprechungs- und Änderungen der regulierungsbehördlichen Prüfpraxis einhergehenden Effekte auf die Tätigkeit der Netzbetreiber entsprächen den Einstands- und Produktivitätsveränderungen, die ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen auf Grund der Marktkräfte erführe. Auch mit Netzübergängen, -abspaltungen, Unterschieden im Hinblick auf die Teilnahme am Effizienzvergleich und sonstigen Fallkonstellationen sei sie sachgerecht umgegangen. So habe sie unter anderem zwei Datensätze gebildet.

83

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin habe die Beschlusskammer durch den Umgang mit den ihr vorliegenden Daten auch keine Verzerrungen der Datengrundlage verursacht. Im Interesse einer möglichst großen Datengrundlage sei bei der Aggregation von Teilnetzen ein Gleichzeitigkeitsfaktor von eins unterstellt und die zeitgleiche Jahreshöchstlast der Teilnetze addiert worden. Dadurch bedingte Unschärfen hätten zu keinen ergebnisrelevanten Verzerrungen geführt, wie eine Kontrollberechnung gezeigt habe, bei der alle Netzbetreiber bzw. Teilnetze aus dem Datensatz entfernt worden seien, bei denen eine Aggregation von Teilnetzen erforderlich gewesen wäre. Auch die mit Bodenklassen gewichteten Leitungslängen seien nicht unsachgemäß aggregiert worden. Die Abweichungen des Anteils der vorherrschenden Bodenklasse 4, 5, und 6 (Tiefenstufe 0-1 m) in der dritten Regulierungsperiode im Verhältnis zur zweiten Regulierungsperiode seien vielmehr im Wesentlichen auf die Verwendung einer detaillierteren Bodenübersichtskarte zurückzuführen. Eine Verbesserung der Methodik taue indes nicht zur Begründung von Verzerrungen. Für die fünf ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber habe keine Vergleichbarkeit über die Zeit hergestellt bzw. hätten bestimmte Parameter nicht ermittelt werden können. Aufgrund des unverhältnismäßig großen Datenerhebungsaufwandes seien keine kontrafaktischen Kontrollrechnungen durchgeführt worden. Daher seien diese Netzbetreiber bei den Berechnungen des „Frontier Shift“ für die Verteiler- und Fernleitungsnetzbetreiber zwischen der ersten und zweiten Regulierungsperiode nicht berücksichtigt worden.

84

85

Fehl gehe auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin, wegen der großen Zahl an notwendigen bzw. verwendeten Überkrenzparametern sei das mit dem Malmquist-Produktivitätsindex verfolgte Ziel, Aufholeffekte („Catch-up“) von den Effekten aus der Effizienzgrenzverschiebung („Frontier Shift“) abzugrenzen, nicht zu erreichen. Für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode sei es unerheblich, ob die Überkrenzparameter zur Identifikation von individuellen Ineffizienzen in den einzelnen Effizienzvergleichsmodellen herangezogen worden seien oder nicht. Grundlage der Separierung von „Frontier Shift“ und „Catch-up“ seien nicht die individuellen Effizienzwertermittlungen, sondern eine dynamische Betrachtung der Entwicklung bestimmter Parameter über die Zeit. Für die Ermittlung des „Frontier Shift“ sei es dabei unabdingbar, auch solche Vergleichsparameter zu kennen, die nur in dem Effizienzvergleichsmodell einer Regulierungsperiode Berücksichtigung gefunden hätten.

Die Qualität der Datengrundlage, namentlich die verhältnismäßig geringe Zahl an Beobachtungen, verbiete auch keinen dynamischen Effizienzvergleich und führe nicht dazu, dass die insoweit zur Anwendung gelangten vereinfachten Methoden zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode als unwissenschaftlich zu qualifizieren wären. 86

Die Ausgestaltung des Malmquist-Index im Hinblick auf die Berechnungsmethoden der SFA und der DEA sei zutreffend und sachgerecht erfolgt. Das Modell der „Pooled SFA“ sei nicht zu beanstanden. Es entspreche gerade wissenschaftlichen Standards, bei der Methodenauswahl auch die Zahl der Beobachtungen zu berücksichtigen, um die Sachgerechtigkeit der Vorgehensweise und die Robustheit des zu ermittelnden Ergebnisses sicherzustellen. Eine explizite Modellierung des „Catch-up“ sei für die Ermittlung des „Frontier Shift“ nicht erforderlich. Ein Ansatz mit expliziter Modellierung des Ineffizienzterms hätte überdies zu einem für die Netzbetreiber insgesamt wirtschaftlich nachteiligeren Ergebnis geführt. Die in der streitgegenständlichen Festlegung verwendete Ausgestaltung der SFA beinhalte Annahmen über die beiden stochastischen Terme Ineffizienz und Störterm und erlaube grundsätzlich eine Separierung der Ineffizienz als Basis des „Catch-up“. Alternativen, die eine explizite Modellierung der Ineffizienzen über die Zeit vornähmen, wiesen angesichts der im Streitfall geringen Beobachtungsanzahl deutlich größere Probleme auf als der gewählte Ansatz. Mit Blick auf die durchgeführten Sensitivitätsrechnungen sei zu beachten, dass sog. time-varying-Modelle wegen der beschränkten Beobachtungsanzahl Konvergenz- bzw. anderen numerischen Problemen unterlägen bzw. – bei einfacherer Ausgestaltung – nicht als robust einzustufen seien. Sie lieferten je nach Ansatz überdies deutlich über den ermittelten Werten liegende Ergebnisse. 87

Die Kostenfunktion bei der SFA sei ebenfalls sachgerecht ausgestaltet; die greifbare Überlegenheit einer anderen Funktion bzw. die offensichtliche Mangelhaftigkeit der verwendeten Funktion werde nicht aufgezeigt. Die theoretischen Vorzüge der Translog-Funktion würden durch die praktischen Vorteile der Cobb-Douglas-Funktion überwogen, weil es bei der Ermittlung des „Frontier Shift“ zu Konvergenzproblemen im Rahmen der Translog-Funktion gekommen sei, die auf die rechtlich zwingende Berücksichtigung der Pflichtparameter aus den ersten beiden Effizienzvergleichen zurückzuführen sein dürften und nicht auf die Qualität der Datengrundlage. Auch bei der Cobb-Douglas-Funktion handele es sich um eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Methode im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV. Welche Vorgehensweise bei der Annahme des Ineffizienzterms herangezogen werde, sei unerheblich. Soweit die Exponentialverteilung aufgrund von Konvergenzproblemen keine Ergebnisse liefere und insoweit auf die Halbnormalverteilung gewechselt werde, habe dies keine Ergebnisrelevanz für den auf Grundlage des Malmquist-Index ermittelten 88

generellen sektoralen Produktivitätsfaktor. Dem Verzicht auf die Exponentialverteilung komme nur bei der Frage der Modellausgestaltung Bedeutung zu.

Bei der Ausreißerbereinigung sei das „Trimming“ dem „Winsorizing“ überlegen. Ersteres sei die deutlich verbreitetere Methode und in der regulatorischen Praxis stärker erprobt. Da nur das „Trimming“ bei DEA und SFA gleichermaßen angewendet werden könne, sei die Entscheidung hierfür auch unter Konsistenzgesichtspunkten als vorzugswürdig zu erachten, zumal ansonsten – d.h. bei ausschließlicher Anwendung des „Winsorizing“ – auf die SFA hätte verzichtet werden müssen. 89

Die gegenüber der DEA-Methode formulierte Kritik greife ebenfalls nicht durch. Diese sei insbesondere auch unter Berücksichtigung der Zahl der zur Verfügung stehenden Datenpunkte, der an der Datenbasis über die Zeit eingetretenen Änderungen durch Veränderungen von Netzbetreibern und Netzbetreiberstrukturen, von regulatorischen Eingriffen sowie Änderungen der Datendefinitionen geeignet, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sachgerecht zu ermitteln. Die angewendete Datengrundlage lasse eine Vergleichbarkeit der Parameter über die Zeit zu. 90

Ferner sei es – mit dem Bundesgerichtshof – nicht zu beanstanden, dass sie vorliegend auf die Durchführung einer bei den statischen Effizienzvergleichen vorgeschriebenen Bestabrechnung verzichtet habe. § 12 Abs. 3, Abs. 4a ARegV sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Für eine analoge Anwendung fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, aber auch an einer vergleichbaren Interessenlage, da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor keine „kollektive“ Effizienzvorgabe beinhalte. Die Beschwerde zeige weder auf, dass die seitens der Beschlusskammer stattdessen im Rahmen der Ergebnisaggregation durchgeführten Mittelwertbildungen offensichtlich ungeeignet seien, noch, dass eine Bestabrechnung dieser Vorgehensweise greifbar überlegen wäre. Die Mittelwertbildung sei eine wissenschaftlich anerkannte Methode zur Plausibilisierung von Ergebnissen. Eine Bestabrechnung führe – mit Blick auf die Funktion des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und die ebenfalls relevanten Netznutzerinteressen – zu einer nicht sachgerechten methodischen Vorfestlegung zu Gunsten der Netzbetreiber. Sie liefere zudem auf eine methodisch nicht haltbare Orientierung an einem Durchschnitt der schlechtesten Werte aller Netzbetreiber hinaus. Überdies würden je nach Anknüpfungspunkt der Bestabrechnung sogar nur bestimmte Zeiträume in den Blick genommen, die von Unternehmen zu Unternehmen auch noch variieren könnten. Eine Bestabrechnung zugunsten der Netzbetreiber stelle mit Blick auf die Berechnung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile nach § 9 ARegV einerseits und die Funktion des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Korrektiv für den Verbraucherpreisgesamtindex andererseits kein sachgerechtes Vorgehen zur Aggregation von anhand verschiedener Spezifikationen ermittelten Zwischenergebnissen dar. Sie erzeuge einen „Schiefstand“ zwischen der wettbewerblich organisierten Gesamtwirtschaft und dem regulierten Netzsektor. Der Gerichtssachverständige Prof. Dr. V habe in den bereits entschiedenen Parallelverfahren ebenfalls durchgreifende Bedenken gegen die Vornahme einer Bestabrechnung geäußert und ihre Vorgehensweise im Grundsatz für sachgerecht erachtet. Der Verzicht auf eine Bestabrechnung stelle auch keinen methodisch unzulässigen Bruch gegenüber den statischen Effizienzvergleichen dar, weil der Regulierungsbehörde bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von Rechts wegen ein weitergehender methodischer Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zukomme als bei der Festlegung der individuellen Effizienzvorgaben. 91

Des Weiteren habe sie im Rahmen des Malmquist-Index – wie vom Bundesgerichtshof ebenfalls bereits bestätigt – auch die Eigenkapitalzinssätze zutreffend abgebildet. Die Beschwerdeführerin verkenne die Funktion des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Instrument der Anreizregulierung. Die geforderte Bereinigung der Aufwandsparemeter sei willkürlich und selektiv. Es komme auch nicht zu einer doppelten Benachteiligung der Netzbetreiber durch eine doppelte Berücksichtigung der fallenden Eigenkapitalzinssätze. Würde die Veränderung der Eigenkapitalverzinsung beim Malmquist-Index nicht in Ansatz gebracht, würde dies vielmehr zu einer Verzerrung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen. Der für die dritte Regulierungsperiode festgelegte Eigenkapitalzinssatz sei überdies – wie mittlerweile höchstrichterlich bestätigt – rechtmäßig.

Soweit nach alledem die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode dennoch für rechtswidrig erachtet würde, beruhe die endgültige Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors hierauf jedenfalls nicht, weil diese anhand des Törnqvist-Index als dem niedrigeren der beiden Werte erfolgt sei. 93

Schließlich sei auch die finale Herleitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sachgerecht erfolgt und nicht zu beanstanden. Dies gelte auch für die Ergebnisplausibilisierung, namentlich des mithilfe der Törnqvist-Methode ermittelten Werts. Sie habe vor dem Hintergrund der verordnungsrechtlichen Maßgabe, für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ein Stützintervall von mindestens vier Jahren anzulegen, sowie der Annahme, dass die vier aktuellsten Jahre (2013 bis 2016) für eine zukunftsgerichtete Prognose die größte Aussagekraft besäßen, zur Prüfung der Robustheit des Törnqvist-Ergebnisses einen Mittelwert aus den Ergebnissen der sich insoweit ergebenden acht verschiedenen Stützintervalle gebildet. Der hierbei errechnete Mittelwert von 0,51 % habe sehr nahe an dem mittels der Törnqvist-Methode berechneten Ergebnis von 0,49 % gelegen, was die Robustheit dieses Ergebnisses unterstrichen habe. 94

Es sei auch nicht zu bemängeln, dass sie das mit der Törnqvist-Methode ermittelte Ergebnis nicht um den darin enthaltenen „Catch-up“-Effekt bereinigt habe, weil sie dieser methodischen Schwäche der Törnqvist-Methode, nicht zwischen „Frontier Shift“ und „Catch-up“-Effekt unterscheiden zu können, durch eine zu Gunsten der Netzbetreiber wirkende („konservative“) Vorgehensweise bei der Ausgestaltung der Eigenkapitalverzinsung begegnet sei, wodurch eine mögliche Überhöhung des Törnqvist-Werts kompensiert worden sei. 95

Der mit der Törnqvist-Methode ermittelte Wert sei auch nicht deswegen als unplausibel zu bewerten, weil er niedriger als der Malmquist-Wert sei. Dieser Ansicht bzw. Erwartung wäre allein bei einer rein abstrakten, theoretischen (Vergleichs-)Betrachtung der beiden Methoden zuzustimmen. Vorliegend sei jedoch zu berücksichtigen, dass jeweils völlig unterschiedliche Datengrundlagen zur Anwendung gekommen seien. 96

Schließlich sei die finale Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch nicht deswegen als fehlerhaft zu bewerten, weil ihr eine vermeintlich falsche Bandbreite zugrunde gelegt worden sei. Denn die gegen die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist- wie der Malmquist-Methode erhobenen Einwendungen seien – wie ausgeführt – nicht durchgreifend. 97

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 02.11.2022 Bezug genommen. 98

Der Senat hat mit Beschluss vom 11.04.2022, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 04.03.2022, das Beschwerdeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2021 (EnVR 17/20) auszusetzen, zurückgewiesen.

Der Verwaltungsvorgang zum Az. BK4-17-093 hat dem Senat vorgelegen. In diesen hatten die Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der durchgeführten Musterverfahren Einsicht erhalten. 100

B. 101

Die gegen die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode gerichtete Beschwerde hat keinen Erfolg. 102

Sie ist zwar 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 Gas ergibt (so bereits Senat, Beschl. v. 10.07.2019 – VI-3 Kart 719/18 [V], juris Rn. 49 f.). 103

Die Beschwerde ist aber unbegründet. Wie der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von gegen die streitgegenständliche Festlegung geführten Beschwerdeverfahren anderer Netzbetreiber bereits entschieden hat, ist die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas nach der Törnqvist- wie der Malmquist-Methode nicht zu beanstanden; die dagegen erhobenen Rügen und Einwendungen haben sich allesamt als unbegründet erwiesen (BGH, Beschl. v. 26.01.2021 – u.a. EnVR 7/20, juris Rn. 14 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. v. 26.10.2021 – u.a. EnVR 17/20, juris Rn. 12 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschl. v. 28.10.2022 – u.a. EnVR 10/20, juris Rn. 12 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren rechtfertigt keine hiervon abweichende Beurteilung. 104

I. Die gerichtliche Prüfung der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch die Bundesnetzagentur unterliegt nach zwischenzeitlich gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, a.a.O., Rn. 17 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 15 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) nur einem eingeschränkten Prüfungsmaßstab. 105

1. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist gesetzlich bzw. verordnungsrechtlich nicht vollständig determiniert. 106

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. 107

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.

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 danach 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; BGH, a.a.O., Rn. 15 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; BGH, a.a.O., Rn. 14 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III).

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

a) Der gerichtlichen Kontrolle unterliegen danach in erster Linie die Kriterien, an denen sich die Regulierungsbehörde bei der ihr vom Verordnungsgeber übertragenen Auswahl und der Anwendung einer bestimmten von mehreren in Betracht kommenden Methoden orientiert, mit der sie den Produktivitätsfaktor als regulatorische, nicht exakt bestimmbare Größe abschätzt. Insoweit hat die Bundesnetzagentur in eigener Würdigung zu entscheiden, welche Kriterien

heranzuziehen und in welcher Weise diese anzuwenden und zu anderen Kriterien ins Verhältnis zu setzen sind, wobei sie sich dabei gegebenenfalls sachverständiger Hilfe bedienen kann.

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.

112

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.

113

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.

114

b) Demzufolge sind Auswahlentscheidungen der Bundesnetzagentur, die sie bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der Wahl einer zu seiner Ermittlung geeigneten Methode und deren Modellierung und Anwendung im Einzelnen zu treffen hat, nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, nämlich nur – insoweit aber vollständig – daraufhin, 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

115

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) Diese höchstrichterliche Rechtsprechung steht im Einklang mit höherrangigem Recht. 116

aa) Der Bundesgerichtshof hat 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 (bzw. Art. 47 GrCh) als auch mit dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes vereinbar ist (BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Insoweit ist zu beachten, dass es bei der Anwendung der hier in Rede stehenden komplexen ökonomischen Methoden nicht um eine Tatsachenfeststellung geht und ein für die Zukunft abzuschätzender Produktivitätsfaktor von vornherein nicht dahin überprüft werden kann, ob er „richtig“ oder „falsch“ ist. Weil je nach Wahl der verwendeten ökonomischen Methode(n) und der bei ihrer Anwendung getroffenen zahlreichen weiteren Entscheidungen unter anderem über die betrachteten Zeiträume, die verwendeten Datengrundlagen und deren etwaige Bereinigung der Produktivitätsfaktor methodisch einwandfrei in verschiedener Weise bestimmt werden und verschiedene Werte annehmen kann, sind auch bei der Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen methodische Entscheidungen zu treffen, bei denen der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht (BGH, a.a.O., Rn. 17 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Maßstab der Überprüfung tatsächlicher Sachverhalte (etwa EuGH, Beschl. v. 21.04.2015 – C-630/13, juris Rn. 46 – Abouba; EuG, Beschl. v. 28.01.2016 – T-331/14, juris Rn. 43 – Azarov; EuGH, Beschl. v. 15.02.2005 – C-12/03, WuW/E EU-R 875 Rn. 39, 46 – Kommission/Tetra Laval; EuGH Beschl. v. 10.07.2014 – C-295/12, WuW/E EU-R 3115 Rn. 54 – Telefónica) ist deshalb auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar (BGH, a.a.O., Rn. 18 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III).

Die Besonderheiten, die sich für die gerichtliche Kontrolle der zahlreichen in diesem Kontext von der Bundesnetzagentur zu treffenden 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, juris) nicht zur Entscheidung angenommen. 118

bb) Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Prüfungsmaßstab steht zudem im Einklang mit der unionsrechtlich in Art. 41 Abs. 1 Buchst. a bzw. Art. 39 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG geregelten Aufgabe und Stellung der nationalen Regulierungsbehörden bei der Netzregulierung, die deren Unabhängigkeit von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen erfordert (EuGH, Urt. v. 03.12.2020 – C-767/19; Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, jeweils juris). 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 den 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 m.w.N. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Hiermit unvereinbar ist es, wenn die 119

unionsrechtlich vorgegebene regulatorische Aufgabe deshalb verfehlt würde, weil man der Bundesnetzagentur einen nicht mehr erfüllbaren Ermittlungs- und Begründungsaufwand abverlangt. Dies aber wäre der Fall, wenn man § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV dahingehend auslegt, dass die Bundesnetzagentur tatsächliche Unsicherheiten bei der Prognosegrundlage keinesfalls hinnehmen dürfe, die Validität der Datengrundlagen vollständig nachprüfen müsse, vor der Entscheidung für eine bestimmte Methode alle möglicherweise geeigneten, in der Wissenschaft diskutierten Verfahren und Modelle umfassend aufzuarbeiten und in allen Einzelheiten auf ihre Anwendbarkeit, die konkrete Modellierbarkeit, die Verlässlichkeit und die Robustheit danach zu gewinnender Erkenntnisse zu überprüfen und dabei sämtliche auch nicht mehr weiterverfolgten Ansätze umfassend zu dokumentieren hätte (BGH, a.a.O., Rn. 25 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III).

cc) Auch ein etwaiger Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 16 GrCh geschützte Berufsausübungsfreiheit ist deshalb jedenfalls gerechtfertigt. Der Bundesgerichtshof hat bereits darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde den Regulierungszielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen als gewichtigen Gemeinwohlzielen (§ 1 Abs. 2 EnWG) dient und diese Ziele verfehlt werden, wenn die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Grenzen der rechtlichen Determinierung und Determinierbarkeit der Aufklärung und Bewertung komplexer ökonomischer Zusammenhänge ihre regulatorischen Aufgaben wegen zu hoher Anforderungen nicht erfüllen kann (BGH, a.a.O., Rn. 26 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). 120

II. Unter Anlegung des vorstehend dargestellten Prüfungsmaßstabs ist die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode mit Blick auf die Wahl des Betrachtungszeitraums, des sog. Stützintervalls, rechtmäßig (so bereits BGH, a.a.O., Rn. 58 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 29 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 121

1. Nach § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor unter Einbeziehung der Daten von Netzbetreibern für einen Zeitraum von mindestens vier Jahren zu ermitteln. Danach obliegt die Wahl des konkreten, vier Jahre gegebenenfalls überschreitenden Zeitraums, den sie ihrer Festlegung zugrunde legt, der Bundesnetzagentur (BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Zeitraum in der Vergangenheit, auf den sich hiernach die Prognose für die Zukunft stützt und von dem angenommen wird, dass die im Vergangenheitszeitraum beobachteten Entwicklungen auch für den Prognosezeitraum ihre Gültigkeit behalten, wird als Stützintervall bezeichnet. 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). 122

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 123

Produktivitätsentwicklung im zeitlichen Verlauf und die Plausibilität des ermittelten Ergebnisses anhand von Vergleichsbetrachtungen gehören können.

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 zehn 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. 18). 124

Die Kritik an der Einbeziehung des Jahres 2006 verfange nicht. So habe im Nachgang zum Konsultationsbeginn die Datengrundlage für das Jahr 2006 signifikant verbreitert werden können. Die Beschlusskammer habe für das Jahr 2006 von den betroffenen Netzbetreibern weitere Daten erfolgreich nachgefordert und plausibilisiert mit der Folge, dass eine Marktabdeckung von 99 % habe erreicht werden können. Die im Konsultationsverfahren vorgebrachten Einwände, es gebe insbesondere bei den Aufwendungen für vorgelagerte Netze einen verzerrenden Einfluss des Jahres 2006 sowie einen nicht erklärbaren Anstieg der totalen Faktorproduktivität zwischen den Jahren 2006 und 2007, griffen nicht durch. Jenem Gesichtspunkt sei durch eine von den Netzbetreibern vorgeschlagene Bereinigung der Positionen „Umsatz“ und „Aufwendungen für bezogene Leistungen“ um die Position „Aufwendungen für vorgelagerte Netze“ Rechnung getragen worden (Festlegung S. 18). Der Anstieg der totalen Faktorproduktivität sei demgegenüber als nicht völlig ungewöhnlich anzusehen: Das inflationsbereinigte Bruttoanlagevermögen habe sich 2007 gegenüber 2006 lediglich um rund 2,8 % reduziert. Der sinkende Personalaufwand sei im Zusammenhang mit den steigenden Aufwendungen für verbundene Unternehmen zu sehen und könne sich durch Ausgründungen von Netzgesellschaften erklären. Die Gesamtsteigerung des Outputindex um rund 11 % sei im Vergleich zur Schwankungsbreite im gesamten Stützintervall von 37 Prozentpunkten (-16 % bis +21 %) nicht auffällig und bilde die tatsächlichen Gegebenheiten ab (Festlegung, S. 19 f.). 125

Eine Untersuchung der unter Beachtung des § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV möglichen Stützintervalle stütze die Annahme der Robustheit des gewählten Stützintervalls. Eine Untersuchung von acht weiteren theoretischen Zeiträumen (2006 bis 2016, 2007 bis 2016, 2008 bis 2016, 2009 bis 2016, 2010 bis 2016, 2011 bis 2016, 2012 bis 2016 und 2013 bis 2016) ergebe, dass fünf der acht ausgewiesenen Ergebnisse für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor deutlich im positiven Bereich lägen, wobei der gewählte den niedrigsten der positiven Werte abbilde. Der Mittelwert für die acht Zeiträume betrage 0,51 %. 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. 20). 126

3. Zunächst begegnet der Rückgriff auf die Daten der Jahre 2006 bis 2016, d.h. die Wahl des längst möglichen Stützintervalls, nicht schon deshalb Bedenken, weil die Datengrundlage für das Jahr 2006 nicht hinreichend belastbar wäre. Insoweit weist die Festlegung auch keine formellen Mängel auf. 127

a) Die Bundesnetzagentur hat die von ihr getroffene Entscheidung für die Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall ausreichend begründet. Insbesondere hat sie dargelegt, warum sie von einer hinreichenden Datengrundlage für das gewählte Stützintervall ausgeht. 128

aa) Wie vom Bundesgerichtshof bereits dargestellt (a.a.O., Rn. 63 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), unterliegt die Bundesnetzagentur bei Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums besonderen Begründungsanforderungen. Ähnlich wie bei telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen (siehe dazu etwa BVerwG, NVwZ 2014, 589 Rn. 34 ff.) ist im Energiewirtschaftsregulierungsrecht die Bewertung der Behörde zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch darauf zu überprüfen, ob sie die Festlegung im Hinblick auf die Kriterien, die in den einschlägigen Rechtsnormen aufgeführt oder in diesen jedenfalls angelegt sind, plausibel und erschöpfend begründet hat. Die gerichtliche Kontrolle eines der Behörde eingeräumten Beurteilungs- oder Ermessensspielraums ist grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu erstrecken und zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat; denn die notwendige Abwägung und ihre Darstellung im Bescheid sollen zumindest auch die nachgehende gerichtliche Kontrolle ermöglichen, die angesichts des eingeräumten Beurteilungsspielraums sonst nicht hinreichend wirksam wäre (BGH, Beschl. v. 22.07.2014 – EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 29 – Stromnetz Berlin GmbH; Beschl. v. 07.06.2016 – EnVR 62/14, juris Rn. 42 – Festlegung volatiler Kosten).

bb) Die Bundesnetzagentur hat im angefochtenen Beschluss die Einbeziehung des Jahres 2006 nicht nur mit der Heranziehung des längst möglichen Zeitraums zur Minimierung des Einflusses temporärer Effekt begründet, sondern auch nachvollziehbar dargelegt, warum sie an ihren ursprünglich im Konsultationsentwurf zum Ausdruck gekommenen Bedenken hinsichtlich der Einbeziehung des Jahres 2006 nicht mehr festgehalten hat. 130

Die Bundesnetzagentur hatte in dem am 12.10.2017 veröffentlichten Konsultationsentwurf hinsichtlich des möglichen „Startjahres“ 2006 darauf verwiesen, dass in diesem Jahr vermehrt keine Daten der Netzbetreiber geliefert worden seien und zudem die vorgelagerten Netzkosten regelmäßig nicht in der Gewinn- und Verlustrechnung enthalten und somit weder bei der Einstandspreisentwicklung der Vorleistungen noch bei der Vorleistungsquote im Rahmen der Berechnung der totalen Faktorproduktivität enthalten gewesen seien (Konsultationsentwurf, S. 15). Gleichzeitig hatte sie im Konsultationsentwurf noch 700 von 727 Datensätzen als plausibel und vollständig eingestuft, was sowohl in Bezug auf die Unternehmensanzahl als auch in Bezug auf die Umsatzerlöse eine Marktabdeckung in Höhe von rund 96 % darstelle (Konsultationsentwurf, S. 13) 131

In dem am 24.11.2017 veröffentlichten „Papier zur Nachkonsultation“ hat sie sodann die von Marktteilnehmern geltend gemachten Vorteile einer Einbeziehung des Jahres 2006 und deren Interesse an einer Verbreiterung des Datenbasis thematisiert und auf die vorgeschlagene Lösungsmöglichkeit für das zuvor identifizierte Problem des Umgangs mit den Aufwendungen für vorgelagerte Netze, nämlich eine Minderung der Umsatzerlöse und der Aufwendungen für bezogene Leistungen im gesamten Zeitraum um die Aufwendungen für vorgelagerte Netze, verwiesen. Sie hat zudem ausgeführt, dass die Netzbetreiber ihr seit Konsultationsbeginn weitere Daten des Jahres 2006 übermittelt hätten, die nach einer Plausibilisierung in die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors mit Hilfe des Törnqvist-Index implementiert worden seien, so dass sich die Marktabdeckung auf 99 % erhöht habe (Nachkonsultationspapier, S. 2 f.). 132

Wenn sie angesichts der systematischen und quantitativen Verbesserung der Datengrundlage sodann die Voraussetzungen für die – von ihr schon im Konsultationspapier für grundsätzlich vorzugswürdig erachtete – Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall bejaht hat, ist dies in sachlich nachvollziehbarer Weise geschehen. Dies gilt unabhängig davon, dass der Bundesgerichtshof darauf verwiesen hat, dass die 133

Bundesnetzagentur grundsätzlich nicht verpflichtet ist anzugeben, warum sie bei der Vorbereitung ihrer Entscheidung angestellte Überlegungen nicht weiterverfolgt hat oder nicht mehr für erheblich oder nicht mehr für durchgreifend hält (BGH, a.a.O., Rn. 67 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

Der Senat hält demnach an der in seinen Entscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas aus dem Jahr 2019 (etwa Senat, Beschl. v. 10.07.2019, VI-3 Kart 721/18 [V], juris Rn. 125) vertretenen Ansicht, dass die Einbeziehung des Jahres 2006 lediglich abstrakt und deshalb nicht nachvollziehbar dargelegt worden sei, nicht fest. 134

b) Auch ein Anhörungsmangel liegt mit Blick auf die Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall nicht vor, wie der Bundesgerichtshof bereits in seinen Beschlüssen vom 26.10.2021 unter anderem unter Verweis auf den Inhalt des allen Marktteilnehmern zugänglichen, am 24.11.2017 veröffentlichten „Papiers zur Nachkonsultation“ ausgeführt hat. Auf die dortigen Ausführungen (BGH, a.a.O., Rn. 31 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) wird verwiesen. 135

c) Es kann zudem nicht festgestellt werden, dass die Datengrundlage für das Jahr 2006 in einem Maße unzureichend oder unzuverlässig gewesen wäre, dass die Einbeziehung dieses Jahres in das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall bereits wegen der mangelnden Datenqualität ausscheiden müsste. 136

Hierfür ist nicht ausreichend, dass die Beschwerdeführerin Umstände vorträgt, die die Annahme begründen, dass die Datengrundlage für das Jahr 2006 weniger belastbar ist als diejenige anderer Jahre. Denn die Validität der Datengrundlage gehört nach der vom Senat geteilten, bereits eingangs dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Umständen, die die Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung des Stands wissenschaftlicher Erkenntnis zu prüfen und zu bewerten und zu anderen Gesichtspunkten wie der Datenverfügbarkeit, dem erforderlichen Ermittlungsaufwand sowie gegebenenfalls rechtlichen Vorgaben etwa zur Fehlertoleranz ins Verhältnis zu setzen hat (BGH, a.a.O., Rn. 19 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen sind hiernach als methodische Fragen zu qualifizieren, bei denen der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt (BGH, a.a.O., juris Rn. 17 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III), der nur darauf zu prüfen ist, ob der gewählte Ansatz offensichtlich ungeeignet oder ein anderer Ansatz greifbar überlegen ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24, 27 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 14 f.). 137

Die Beschwerdeführerin hätte deshalb grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage für das Jahr 2006 vortragen bzw. jedenfalls stichprobenartig aufweisen müssen, was nicht der Fall ist. Der Sachvortrag der Beschwerdeführerin entspricht dabei im Wesentlichen demjenigen, den sie in den bereits höchstrichterlich entschiedenen Verfahren zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas gehalten hat und den der Bundesgerichtshof für nicht durchgreifend angesehen hat (BGH, a.a.O., Rn. 68 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 37 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 138

aa) Insbesondere hat sich die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss mit den von der Beschwerdeführerin gerügten starken Schwankungen einzelner Parameter auseinandergesetzt und im Einzelnen nachvollziehbar aufgezeigt (Festlegung, S. 19), dass sich insbesondere das Bruttoanlagevermögen, die geleisteten Arbeitsstunden und die 139

Vorleistungen insgesamt in einem nicht völlig ungewöhnlichen und damit plausiblen Bereich bewegen, so dass sich auch unter diesem Gesichtspunkt keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Datengrundlage – unabhängig davon, inwieweit sie durch regulatorische Einflüsse geprägt ist (hierzu sogleich unter 4. a)) – unzuverlässig und deshalb nicht belastbar wäre. Dies gilt auch für die Entwicklung der totalen Faktorproduktivität von 2006 auf 2007, so dass keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass trotz der von der Bundesnetzagentur zur Herstellung der Vergleichbarkeit der Datengrundlage der Jahre 2006 und 2007 vorgenommenen Minderung der Positionen „Umsatz“ und „Aufwendungen für bezogene Leistungen“ um die „Aufwendungen für vorgelagerte Netze“ eine erhebliche Verzerrung der Datengrundlage infolge einer fehlenden Konsistenz der Datengrundlage besteht.

bb) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass einige Netzbetreiber bereits im Datenerhebungsprozess darauf hingewiesen hätten, mangels Quellenverfügbarkeit Schätzungen vorgenommen, Werte abgeleitet oder einfach Mittelwerte gebildet zu haben, folgen auch hieraus keine erheblichen Fehler in der Datengrundlage des Jahres 2006. Da sich die Netzbetreiber weit überwiegend in der Lage gesehen haben, einzelne nicht vorhandene Daten zu schätzen oder abzuleiten, d.h. ersichtlich über eine ausreichende tatsächliche Grundlage für eine solche Vorgehensweise verfügten, liegen keine willkürlich gegriffenen, sondern geeignete Daten vor, auch wenn diese naturgemäß weniger belastbar sind als originär vorhandene Daten. Der Annahme einer hinreichenden Verlässlichkeit der erhobenen Daten steht, wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) die Vorlage von (lediglich) fünf, aus den Monaten Juli und August 2017 stammenden Stellungnahmen von Netzbetreibern nebst eines undatierten Auszugs aus dem Erhebungsbogen eines Netzbetreibers nicht entgegen, dies schon wegen der Größe der Grundgesamtheit (Gesamtzahl der Netzbetreiber) sowie der im zweiten Halbjahr 2017 seitens der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die erkannten Schwierigkeiten bei der Datenermittlung von dieser veranlassten umfangreichen Datennachforderungen und -plausibilisierungen. Zudem hat die Bundesnetzagentur, die – wie bereits ausgeführt – ohnehin nicht gehalten ist, die Validität der Datengrundlage einer gewählten Methode vollständig nachzuprüfen, die Daten, wie von ihr im Einzelnen dargelegt, einer umfangreichen Plausibilitätsprüfung unterzogen.

140

cc) Die von der Beschwerdeführerin gegen den Plausibilisierungsprozess und dessen Tauglichkeit zur Verifizierung der Daten insbesondere des Jahres 2006 erhobenen Einwendungen sind nicht hinreichend konkret. Soweit die Beschwerdeführerin in Abrede stellt, dass der Bundesnetzagentur eine umfassende Plausibilisierung der Daten des Jahres 2006 überhaupt möglich gewesen sei, ist dies (ebenfalls) nicht genügend und kann den Vortrag konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte für eine fehlende Eignung der Daten des Jahres 2006, die Anlass zu einer weiteren Überprüfung hätten geben müssen, nicht ersetzen (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 69 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Im Übrigen schließt der Vortrag der Beschwerdeführerin nicht aus, dass die Bundesnetzagentur – selbst wenn sie nur einen kleinen Teil der Gasnetzbetreiber selbst reguliert hat – über die zur Plausibilisierung erforderlichen Daten tatsächlich verfügt hat und ist daher nicht geeignet, die Begründung der Bundesnetzagentur für die von ihr bejahte Validität der herangezogenen Daten zu erschüttern (vgl. BGH, Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 24). Dies gilt umso mehr, als die Bundesnetzagentur erklärt hat, dass sehr wohl ein Austausch mit den Landesregulierungsbehörden erfolgt sei, dass bei einer Vielzahl von in ihre Zuständigkeit fallenden Netzbetreibern die Kostenprüfungsunterlagen des Jahres 2006 in die Prüfung einbezogen worden seien und selbst bei einer isolierten Vornahme der Kostenprüfung auf Basis der Daten des Jahres 2004 „im Verwaltungsverfahren [ausschließlich] gesicherte Erkenntnisse angesetzt“ worden seien, die wegen des späten Bescheidungszeitpunkts nicht

141

selten den aktualisierten Jahresabschlusswerten des Jahres 2006 entsprochen hätten. Darüber hinaus – so die Bundesnetzagentur weiter – seien im Bundesanzeiger auch für das Jahr 2006 handelsrechtliche Daten verfügbar gewesen, die zur Plausibilisierung der übermittelten Daten hätten verwendet werden können, wobei nicht selten dem Jahresabschluss 2007 auch die Vorjahreswerte 2006 zu entnehmen gewesen seien. Dem ist die Beschwerdeführerin nicht in erheblicher Weise entgegengetreten.

Angesichts der erfolgten Datennachforderungen und -plausibilisierungen ist auch der Umstand, dass nach dem eigenen Vorbringen der Bundesnetzagentur über hundert Netzbetreiber die mit der Festlegung BK4-17-004 angeforderten Daten entweder gar nicht, im Wesentlichen lückenhaft oder nicht in der geforderten Form geliefert hätten und nahezu jeder Datensatz bei der ersten Prüfung Auffälligkeiten gezeigt habe, ohne Aussagekraft für die Belastbarkeit der Datengrundlage (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur – wiederum ohne dass die Beschwerdeführerin dem in erheblicher Weise entgegengetreten wäre – vorgetragen hat, dass sich die Zuverlässigkeit und Eignung der verwendeten Daten namentlich des Jahres 2006 (auch) anlässlich der Datenerhebung für die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die vierte Regulierungsperiode bestätigt hätte, bei der diese Daten erneut abgefragt worden seien. Dabei hätten sich nur wenige andere bzw. neue Erkenntnisse ergeben, die jedoch nicht ergebnisrelevant (gewesen) seien. 142

dd) Auch die von der Beschwerdeführerin mit Blick auf im Jahr 2006 erfolgte unterjährige Netzentgeltanpassungen und die fehlende Berücksichtigung der Umstellung vom Ein- auf das Zweivertragsmodell im Rahmen der Deflationierung der Umsatzerlöse durch den Monitoring-Index erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. Insoweit wird auf die nachstehenden Ausführungen unter III. 2. a) aa) zur Belastbarkeit der Datengrundlage des Monitoring-Index verwiesen. 143

ee) Anlass, zur Frage der Belastbarkeit der Datengrundlage wie von der Beschwerdeführerin beantragt ein Sachverständigengutachten einzuholen, besteht nicht. Wie dargelegt obliegt dem Senat aus rechtlichen Gründen lediglich die gebotene Überprüfung der methodischen Entscheidung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen darauf, ob der von ihr gewählte Ansatz offensichtlich ungeeignet bzw. ein anderer Ansatz greifbar überlegen ist. Die hierbei zu berücksichtigenden Aspekte erfordern keine Hinzuziehung eines Sachverständigen. 144

Der Senat war im Übrigen nicht gehalten, über den diesbezüglichen Beweisantritt der Beschwerdeführerin – wie auch die weiteren Beweisantritte durch Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens – gemäß § 86 Abs. 2 VwGO förmlich durch Gerichtsbeschluss in der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Es kann offenbleiben, ob § 86 Abs. 2 VwGO im energiewirtschaftlichen Beschwerdeverfahren Anwendung findet. Denn es fehlt jedenfalls an einem in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag. Ein solcher setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts voraus, dass er – als in die Sitzungsniederschrift aufgenommenener förmlicher Beweisantrag – ausdrücklich zu Protokoll gegeben wird, während die Übergabe eines Schriftstücks, in dem die Beweisanträge enthalten sind, für eine Antragstellung „in der mündlichen Verhandlung“ nicht ausreicht (BVerwG, Beschl. v. 22.09.1961 – VIII B 61/61, NJW 1962, 124 [125]; Beschl. v. 20.05.2020 – 7 B 13/19, juris Rn. 21). Der Antrag ist mithin als mündlich gestellter Antrag in das Protokoll aufzunehmen (Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 43. EL August 2022, § 86 VwGO Rn. 97). Soweit die Beschwerdeführerin ausweislich des Sitzungsprotokolls in der mündlichen Verhandlung am 02.11.2022 einen Schriftsatz vom 01.11.2022 überreicht 145

und auf die darin gestellten Anträge Bezug genommen hat, fehlt es bereits an der erforderlichen Protokollierung als förmlicher, mündlich gestellter Beweisantrag. Hiervon abgesehen dürfte der Wille der Beschwerdeführerin erkennbar nicht auf die Stellung eines solchen förmlichen Beweisantrags gerichtet gewesen sein, da sie in dem überreichten Schriftsatz lediglich die in den vorbereitenden Schriftsätzen angekündigten Beweis-, Beiziehungs- und Akteneinsichtsanträge „präzisiert“ hat (vgl. dort S. 1) und die angekündigten Anträge bereits Gegenstand der Erörterung im Verhandlungstermin waren.

4. Die Einbeziehung des Jahres 2006 in den Betrachtungszeitraum ist des Weiteren nicht wegen der Besonderheiten dieses Jahres bereits im Ausgangspunkt rechtsfehlerhaft. 146

a) Wie vom Senat bereits unter Berücksichtigung der diesbezüglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung in seinen Entscheidungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom (Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 88 ff.) jeweils ausgeführt, kann aus rechtlichen Gründen eine fehlende Eignung des Jahres 2006 nicht allein mit den regulatorischen Besonderheiten, die im Jahr 2006 als dem ersten Jahr der Netzentgeltregulierung zu verzeichnen waren, begründet werden. 147

Zwar stellt das Jahr 2006 ein „Ausreißerjahr“ dar, weil es durch den Beginn der Netzentgeltregulierung geprägt ist. Dies hat sich im Wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten unmittelbar auf die Ermittlung der Produktivitätsentwicklung niedergeschlagen. 148

Zum einen war die Höhe der Netzentgelte im Jahr 2006 ganz oder teilweise noch durch den Übergang vom Regelungsregime des „verhandelten“ zu dem des „regulierten“ Netzzugangs geprägt, der durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005 geschaffen wurde. Da die Netzentgeltgenehmigungen durch die Bundesnetzagentur auf die entsprechenden Anträge der Netzbetreiber unstreitig erst im Verlaufe des Jahres 2006 bzw. teilweise erst im Jahr 2007 ergangen sind, galten zu Beginn des Jahres 2006 noch die „verhandelten“ Netzentgelte aufgrund der Verbändevereinbarung (VV II plus), die häufig höher lagen als die später im Rahmen der neuen gesetzlichen Vorgaben genehmigten Entgelte. Berücksichtigt wurden für das Jahr 2006 deshalb unter Umständen höhere Netzentgelte als diejenigen, die sich unter dem System der Netzentgeltregulierung ergaben. Da die Netzentgelte zur Umrechnung der nominalen in die preisbereinigten Umsatzerlöse, mithin als Deflator, verwendet werden, wirkt sich ihre Höhe in erheblicher Weise auf die Ermittlung des Bruttoproduktionswerts aus. 149

Zum anderen durften die bestehenden, nicht regulierten Entgelte gemäß § 118 Abs. 1b S. 2 i.V.m. § 23b Abs. 5 S. 1 EnWG a.F. bis zur Entscheidung über den ersten Genehmigungsantrag erst einmal beibehalten werden. Da die zunächst beibehaltenen Entgelte die später genehmigten Entgelte teilweise überstiegen, bildeten zahlreiche Netzbetreiber im Jahr 2006 erhebliche Rückstellungen für später abzuschöpfende Mehrerlöse. Dies führte jeweils zu einer Minderung der Umsatzerlöse in diesem Jahr, was den Bruttoproduktionswert nach unten verzerrt. 150

Die Bundesnetzagentur hat aber im Ausgangspunkt zutreffend darauf verwiesen, dass Effekte, die auf regulatorische Eingriffe der zuständigen Stellen zurückzuführen sind und die sich auf die netzwirtschaftliche Produktivitäts- und/oder Einstandspreisentwicklung auswirken, sei es in Gestalt von Einmaleffekten oder von regelmäßig wiederkehrenden Effekten, im regulierten Monopol immer wieder auftreten. Dabei müssen solche Effekte nicht zwangsläufig unmittelbar auf regulatorischen Eingriffen beruhen, sondern können sich rein tatsächlich als Folge der Veränderung des Regulierungsrahmens, namentlich infolge einer Reaktion der Netzbetreiber hierauf, ergeben, und müssen auch nicht zwingend in einem unmittelbaren 151

Zusammenhang mit einer netzwirtschaftlichen Leistung stehen, solange sie nur eine Besonderheit der netzwirtschaftlichen Preisentwicklung gegenüber der gesamtwirtschaftlichen Preisentwicklung darstellen. Es liefe dem Sinn und Zweck der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Korrekturfaktor für den VPI, Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Branche in Abgrenzung zur Gesamtwirtschaft abzubilden, zuwider, wenn man die Datengrundlage um sämtliche regulatorische Effekte bereinigte. Dies gilt grundsätzlich auch für Einmaleffekte, da bei der für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anzustellenden Prognoseentscheidung zu berücksichtigen ist, dass auch in Zukunft unabsehbare, regulatorisch bedingte Einmaleffekte auftreten können. Allein der Umstand, dass sich regulatorische Vorgaben auf die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung auswirken bzw. diese überlagern, kann deshalb für sich gesehen noch nicht die Annahme rechtfertigen, dass eine von diesen Effekten geprägte Datenbasis als Grundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ausscheidet. Es besteht deshalb schon aus rechtlichen Gründen kein Raum für die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der nach der Törnqvist-Methode ermittelte Wert deshalb unwissenschaftlich verzerrt und um 0,79 % überschätzt sei, weil die aus den Gewinn- und Verlustrechnungen erhobenen Umsatzerlöse (nominal) des Jahres 2006 nicht die tatsächliche Entwicklung der Umsatzerlöse wiedergäben, da in diesem Jahr Rückstellungen für die Mehrerlösabschöpfung von mindestens 800 Mio. Euro gegen die Umsätze gebucht worden seien und diese daher entsprechend reduziert hätten, so dass aus den bilanztechnisch bereinigten Umsätzen nicht der echte Output „Umsatzerlöse nominal“ abgeleitet werden könne, während der Input die tatsächliche Entwicklung wiedergäbe.

b) Erfolglos bleibt deshalb auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass sich die 152
mangelnde Eignung des Jahres 2006 für einen Zeitreihenvergleich auch aus den
Veränderungsraten der Input- und Outputparameter ergäbe, da acht von zehn Parametern in
den Jahren 2006 zu 2007 die negativsten Veränderungsraten im gesamten Zeitverlauf von
2006 bis 2016 aufwiesen, was eindeutig den Strukturbruch und den Ausreißercharakter
belege.

c) Zudem finden sich weder im Verordnungswortlaut noch in der Verordnungsbegründung 153
Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber davon ausgegangen wäre, dass sich
Veränderungen in der Methodik der Netzentgeltregulierung seit deren Implementierung im
Jahr 2005 in unterschiedlichem Maße auf den Produktivitätsfortschritt der Netzbetreiber
ausgewirkt hätten und es deshalb geboten wäre, als Grundlage für die Ermittlung des zu
erwartenden Produktivitätsfortschritts nur auf Daten abzustellen, die ausschließlich
demselben konkreten Regulierungsregime unterfallen. Wegen der diesbezüglichen
Erwägungen wird auf die Ausführungen im Senatsbeschluss vom 28.09.2022 (VI-3 Kart
419/19 [V], juris Rn. 43 ff.) Bezug genommen.

d) Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, ist des Weiteren die Einbeziehung des 154
Jahres 2006 als Basisjahr in ein Stützintervall, das in einem Jahr nach dem Basisjahr endet,
nicht per se beurteilungsfehlerhaft (BGH, a.a.O., Rn. 70 ff. – Genereller sektoraler
Produktivitätsfaktor I; vgl. zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom Senat,
Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 96 ff.).

Zwar wirkt sich bei der Wahl eines solchen Stützintervalls der sog. Basisjahreffekt zulasten 155
der Netzbetreiber aus. Der Basisjahreffekt bezeichnet den Umstand, dass Netzbetreiber
Investitionen, bei denen ein entsprechender zeitlicher Spielraum besteht, vorzugsweise in ein
Basisjahr verschieben, wodurch sich für die folgende Regulierungsperiode höhere

Erlösobergrenzen und damit höhere Netzentgelte ergeben (BGH, a.a.O., Rn. 71 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Basisjahreffekt wirkt sich mithin auf die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Jahre und damit auf die Produktivitätsentwicklung aus. Werden Kosten aus dem Jahr vor bzw. nach einem Basisjahr in selbiges verschoben, führt dies in denjenigen Jahren, aus denen Kosten verlagert werden, zu einer Reduktion auf der Inputseite, womit bei gleichbleibendem Output das Jahr besonders produktiv erscheint. Das Basisjahr selbst erscheint hingegen weniger produktiv, da der Input erhöht wird, ohne dass es korrespondierend zu einer Erhöhung des Outputs käme. Bei der Betrachtung der Produktivitätsentwicklung führt dies zu einer Überschätzung der Produktivitätssteigerung im Verhältnis des Basisjahres zum Folgejahr, die allerdings im Ergebnis durch die Unterschätzung der Produktivitätssteigerung zwischen dem Jahr vor dem Basisjahr und dem Basisjahr einerseits und dem Folgejahr eines Basisjahres und dem Folge-Folge-Jahr andererseits kompensiert wird. Werden diese Zyklen jeweils vollständig abgebildet, kann sich der Basisjahreffekt somit nicht verzerrend auf die angenommene Produktivitätsentwicklung auswirken. Im Streitfall ist dies indes nicht gewährleistet. Basisjahre waren im Gasbereich die Jahre 2006, 2010 und 2015, 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.

Allerdings ist eine hierdurch ausgelöste mögliche Ergebnisverzerrung nur ein Aspekt, der bei der Auswahl des Stützintervalls von Bedeutung sein und gegebenenfalls ein anderes Stützintervall als greifbar überlegen erscheinen lassen kann. Wie vom Bundesgerichtshof zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas bereits entschieden (BGH, a.a.O., Rn. 74 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 30 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III), spiegelt der Basisjahreffekt eine tatsächliche Entwicklung wider und rechtfertigt für sich genommen noch nicht die Annahme, ein Stützintervall, in dem sich dieser Effekt überproportional auswirkt, sei deshalb von vornherein ungeeignet. Weder aus Sinn und Zweck des Systems der Anreizregulierung noch aus den Vorschriften zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors lässt sich danach ableiten, dass ein mit der Praxis der Netzbetreiber, durch Verlagerung von Kosten in das Basisjahr eine Steigerung der Erlösobergrenze zu erreichen, verbundener negativer Effekt bei der Berechnung eines anderen für die Erlösobergrenze relevanten Faktors, hier des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, zwingend auszugleichen wäre. 156

Die Einbeziehung des Jahres 2006 in das gewählte Stützintervall kann mithin nicht mit der Begründung, Investitionszyklen mit Blick auf das Basisjahr würden – im konkreten Fall zum Nachteil der Netzbetreiber – unvollständig abgebildet, als rechtswidrig beanstandet werden. Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Anlass, ein Sachverständigengutachten zur Frage des Erfordernisses der Vollständigkeit der Abbildung des Basisjahreffekts im Stützintervall einzuholen. 157

5. Das gewählte Stützintervall ist auch nicht deshalb als Grundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ungeeignet, weil die beobachtete totale Faktorproduktivität und demgemäß auch die jährlichen Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors innerhalb des gewählten Stützintervalls stark streuen. 158

Zwar hatte der Senat in seinen bisherigen Beschlüssen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas (u.a. Beschl. v. 10.07.2019 – VI-3 Kart 721/18 [V], juris Rn. 118 ff.) 159

dessen Bestimmung deshalb als rechtswidrig erachtet, weil der hiernach ermittelte Wert i.H.v. 0,49 % gegenüber Veränderungen des Stützintervalls nicht robust sei. Das herangezogene Stützintervall zeichne sich durch solch starke Schwankungen aus, dass es als Grundlage zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht in Betracht komme. Erhebliche Schwankungen zeigten sich zudem bei einem Vergleich des sich für das Stützintervall 2006 bis 2016 ergebenden Werts (+0,49 %) mit dem sich für das Stützintervall 2007 bis 2016 (-2,25 %) ergebenden Wert, aber auch mit den sich für andere Stützintervallen ergebenden Werten, etwa mit dem für die Jahre 2011 bis 2016 (+2,95 %) und dem für die Jahre 2012 bis 2016 (- 2,12 %). Diese Betrachtungsweise knüpft an die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. V in den bereits entschiedenen Parallelverfahren an, nach dessen Feststellungen die Schwankungen des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in den verschiedenen betrachteten Zeiträumen auf der hohen Volatilität der preisbereinigten Umsatzerlöse, die in die Berechnung eingeflossen seien, beruhten, vor allem dem stark schwankenden Index der Industriekunden-Netzentgelte, und der die Bandbreite der Schwankungen des Index als „beunruhigend“ angesehen und deshalb für eine eingehende Erforschung ihrer Ursachen plädiert hatte.

Hieran hält der Senat nicht fest. Es bestand auch unter Berücksichtigung der Feststellungen des in den Parallelverfahren hinzugezogenen gerichtlichen Sachverständigen kein Anlass für die Bundesnetzagentur, die Ursachen dieser Schwankungen näher zu untersuchen. Denn zum einen hat die Bundesnetzagentur nachvollziehbar dargelegt, dass hohe Schwankungen bei der Preisentwicklung auch auf einzelnen Märkten, die den jährlichen VPI bestimmen, üblich seien. Mit zunehmender Disaggregation lassen sich steigende Volatilitäten feststellen, wie von ihr exemplarisch für zahlreiche Märkte dargelegt. Erhebliche Schwankungen – auch im deutlich zweistelligen Bereich – lassen sich etwa bei der Produktivitätsentwicklung bei Elektrizitätsverteilernetzbetreibern im Vereinigten Königreich, berechnet nach der Malmquist-Methode, oder bei einer Betrachtung der Datenbasis der EU-KLEMS-Datenbank insbesondere für die Energiewirtschaft feststellen. Zum anderen bestehen keine durchgreifenden Zweifel an der Eignung des gewählten Deflators, der als Ursache der festzustellenden Schwankungen der totalen Faktorproduktivität identifiziert worden ist. Wie noch aufzuzeigen sein wird (nachstehend unter III.), greifen die von der Beschwerdeführerin gegen den gewählten Index der durchschnittlichen Netzentgelte und die dabei getroffenen Annahmen erhobenen Einwendungen nicht durch und ist auch kein überlegener Deflator ersichtlich. Damit fehlt es an dem nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung erforderlichen Anlass, der eine weitere Überprüfung auf Plausibilität oder Robustheit unter diesem Gesichtspunkt erforderlich machen würde (vgl. hierzu bereits ausführlich BGH, a.a.O., Rn. 77 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 41 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Insbesondere hat der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang bereits zutreffend darauf verwiesen, dass nicht ersichtlich sei, worauf sich eine Überprüfung der festgestellten Schwankungen des verwendeten Deflators erstrecken sollte (BGH, a.a.O., Rn. 84 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Nach alledem war auch der Senat zu keiner weiteren Sachaufklärung verpflichtet, zumal die Beschwerdeführerin versäumt hat darzulegen, dass eine andere Methode, die zu weniger volatilen Ergebnissen führt, der gewählten Methode deutlich überlegen ist.

6. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur für das gewählte Stützintervall erweist sich als beurteilungsfehlerfrei. Sie ist zu Recht davon ausgegangen, dass das gewählte Stützintervall robust ist, d.h. den gesetzlichen Anforderungen an die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch mit Blick auf seine Eignung als Prognosegrundlage genügt. Dass es ein dem gewählten Stützintervall deutlich überlegenes Stützintervall gibt, hat die Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

a) Das gewählte Stützintervall ist – nicht zuletzt angesichts der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Plausibilisierung – hinreichend aussagekräftig und belastbar. 162

aa) Bei der Wahl eines als Prognosegrundlage geeigneten Stützintervalls hatte die Bundesnetzagentur im Streitfall verschiedene Aspekte zu beachten und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist sie zutreffend davon ausgegangen, dass die Heranziehung eines möglichst langen Zeitraums als Stützintervall grundsätzlich vorzugswürdig ist, um zu gewährleisten, dass temporäre Effekte geglättet werden. Hierin durften sich ihre Erwägungen jedoch nicht erschöpfen. So geht auch der Bundesgerichtshof 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 einen Konflikt geraten können, der durch eine Abwägungsentscheidung zu lösen ist (BGH, a.a.O., Rn. 35 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 163

(1) Hinsichtlich solcher historischen Daten, die als Grundlage für die Abschätzung des zukünftigen Produktivitätsfortschritts dienen und auf besonderen, sich nicht wiederholenden regulatorischen Einflüssen beruhen, ist Folgendes zu beachten (vgl. hierzu bereits ausführlich Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 113 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom): 164

Die Abbildung der Auswirkungen regulatorischer Vorgaben ist grundsätzlich geboten, weil der generelle sektorale Produktivitätsfaktor die Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Branche in Abgrenzung zur Gesamtwirtschaft abbilden soll. Einmalige regulatorische Sondereffekte sind im Zeitablauf immer wieder zu beobachten. Auch in dem zu prognostizierenden Zeitraum können sie auftreten, ohne dass ihr Auftreten und dessen konkrete Auswirkungen auf den Produktivitätsfortschritt absehbar wären. Ein sachangemessener Umgang mit einmaligen regulatorischen Sondereffekten wird deshalb regelmäßig durch die Heranziehung eines möglichst langen Betrachtungszeitraums gewährleistet, der den Einfluss einmaliger Effekte glättet und dadurch sicherstellt, dass eine möglichst belastbare Prognosegrundlage für die zukünftige Entwicklung besteht. Dieser Ansatz entspricht auch der Intention des Verordnungsgebers, nach dessen Willen der in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV vorgegebene Mindestzeitraum von vier Jahren, für den die Daten von Netzbetreibern in die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors einzubeziehen sind, dazu dienen soll, die Belastbarkeit des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu gewährleisten (BR-Drs. 417/07 S. 49; BT-Drs. 17/7632 S. 5; vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 65 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Anders als die Beschwerdeführerin meint, besteht somit gerade keine Notwendigkeit, regulatorische Sondereffekte, denen wegen ihrer Singularität ersichtlich keine prognostische Aussagekraft zukommt, aus der verwendeten Datengrundlage zu eliminieren. 165

Einmalige Sondereffekte können sich allerdings 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. Können wie im Streitfall lediglich maximal zehn jährliche Produktivitätsentwicklungen betrachtet werden, kann gerade nicht ausgeschlossen werden, dass einmalige Sondereffekte das Ergebnis wesentlich bestimmen. 166

Wie bereits aufgezeigt, war das Jahr 2006 durch einmalige, regulatorisch bedingte Sondereffekte geprägt, die im Zusammenhang mit dem Beginn der Netzentgeltregulierung stehen. Dass es sich bei dem Jahr 2006 mit Blick auf seinen Einfluss auf die Produktivitätsentwicklung um ein „Ausreißerjahr“ handelt, wird 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 konzidiert hat. 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.

(2) 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. Die unvollständige Abbildung von Investitionszyklen mit Blick auf das Basisjahr ist nicht schon deshalb gerechtfertigt und das Ergebnis insoweit 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. 168

(3) Schließlich ist eine Absicherung des Ergebnisses auch unter Berücksichtigung der starken Streuung der totalen Faktorproduktivität und daraus folgend der sich für einzelne Stützintervalle ergebenden Werte des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erforderlich. 169

bb) Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben erweist sich das gewählte Stützintervall als hinreichend robust. 170

Die Bundesnetzagentur hat sich nicht darauf beschränkt, die Plausibilität der von ihr ermittelten Datengrundlage für das Jahr 2006 aufgrund der hiergegen erhobenen Einwendungen zu überprüfen und aufzuzeigen, dass die Schwankungen der einzelnen Parameter – des Bruttoanlagevermögens, der geleisteten Arbeitsstunden, der Vorleistungen sowie der totalen Faktorproduktivität – sich auch im Vergleich mit anderen Entwicklungen innerhalb der übrigen Jahre im Stützintervall in einem nicht völlig ungewöhnlichen Bereich bewegen und insgesamt plausibel erscheinen (Festlegung, S. 18 ff.). Sie hat vielmehr die Robustheit des unter Verwendung des gewählten Stützintervalls ermittelten Ergebnisses anhand einer Vergleichsbetrachtung anderer in Betracht kommender Stützintervalle geprüft und zu Recht bestätigt gefunden. 171

(1) Die methodische Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Plausibilisierung ist nicht zu beanstanden. 172

(a) Sie hat die Robustheit des gewählten längst möglichen Stützintervalls von 2006 bis 2016 mittels einer Vergleichsbetrachtung untersucht. Hierfür hat sie das gewählte Stützintervall jeweils um das am längsten zurückliegende Jahr verkürzt, wobei das kürzeste sich unter 173

Berücksichtigung der verordnungsrechtlichen Vorgabe eines Mindestzeitraums von vier Jahren ergebende Stützintervall dasjenige von 2013 bis 2016 war. Diese Jahre waren von allen betrachteten Zeiträumen umfasst und erhielten damit eine stärkere Gewichtung. Letzteres hat die Bundesnetzagentur damit begründet, dass die vier aktuellsten Jahre für eine zukunftsgerichtete Prognose die größte Aussagekraft besäßen. Diese Überlegung 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_Instituten/Netzentgelte/Anreizregulierung/2_ReferenzberichtAnreizregulierung.html) vertreten hatte und wonach neuere Zahlenwerte näher an den heutigen Verhältnissen liegen als ältere.

Sie hat sodann sowohl die acht Einzelwerte, die der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in 174 den sich ergebenden Zeiträumen (2006 bis 2016, 2007 bis 2016, 2008 bis 2016, 2009 bis 2016, 2010 bis 2016, 2011 bis 2016, 2012 bis 2016 und 2013 bis 2016) annimmt, als auch den sich aus ihnen ergebenden Mittelwert betrachtet und gewürdigt.

(b) Diese Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist sachangemessen. Die Festlegung des 175 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 Jahren (so bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 123 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom).

Da die Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt hat, dass es besondere, nicht repräsentative 176 Entwicklungen in jüngerer Zeit gegeben hat, ist die von ihr vorgeschlagene Betrachtung aller 36 denkbaren Stützintervalle, die die gesetzlich vorgesehene Mindestlänge erreichen, der von der Bundesnetzagentur gewählten Vorgehensweise nicht überlegen.

(c) Dass die Beschwerdeführerin bei der Festlegung des generellen sektoralen 177 Produktivitätsfaktors Strom im Rahmen ihrer Plausibilisierungsbemühungen eine andere Vorgehensweise gewählt hat, führt zu keinem anderen Ergebnis.

Die Bundesnetzagentur hat in den gegen diese Festlegung geführten Beschwerdeverfahren 178 herausgestellt, dass es ihr insoweit nicht wie im Streitfall um die Überprüfung der Robustheit der Prognose des gesamten einbezogenen Zeitraums gegangen sei, sondern dass sie lediglich eine auf das Jahr 2006 bezogene Plausibilitätskontrolle habe durchführen wollen, in deren Rahmen eine stärkere Gewichtung der Jahre nahe dem Jahr 2006 gerechtfertigt sei. Unabhängig davon, ob die für den Strombereich gewählte Vorgehensweise geeignet war – wie nach Auffassung des Senats nicht (Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 126) –, bleibt hierdurch die Eignung ihrer Vorgehensweise zur Plausibilisierung im Gasbereich unberührt. Da die Bundesnetzagentur ihre Vorgehensweise im Gasbereich zudem nachvollziehbar begründet hat, kann ihre Vorgehensweise weder als willkürlich noch als rein ergebnisorientiert angesehen werden. Auch der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Art und Weise der – späteren – Festlegung im Strombereich kein Indiz dafür ist, dass die Auswahl des Stützintervalls bei der hier streitgegenständlichen Festlegung in zu beanstandender Weise erfolgt wäre (BGH, a.a.O., Rn. 90 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

(2) In den hierbei gefundenen Ergebnissen hat die Bundesnetzagentur die Robustheit des gewählten Stützintervalls in nicht zu beanstandender Weise bestätigt gesehen.

(a) Die Bundesnetzagentur hat festgestellt, dass die Analyse der Ergebnisse unter Berücksichtigung der möglichen Zeiträume 2006 bis 2016, 2007 bis 2016, 2008 bis 2016, 2009 bis 2016, 2010 bis 2016, 2011 bis 2016, 2012 bis 2016 und 2013 bis 2016 ergibt, dass fünf der acht in den genannten Zeiträumen ausgewiesenen Ergebnisse für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor deutlich im positiven Bereich (von 0,49 % bis 2,95 %) liegen und der ermittelte Wert den niedrigsten dieser positiven Werte darstellt. Zudem beträgt der Mittelwert für die acht Zeiträume 0,51 % (Festlegung, S. 20). 180

(b) Anhaltspunkte dafür, 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, liegen damit nicht vor. Denn der generelle sektorale Produktivitätsfaktor, der sich für das gewählte Stützintervall ergibt, nimmt keine singuläre Stellung im Verhältnis zu denjenigen Werten ein, die sich für die anderen zu Vergleichszwecken herangezogenen Stützintervalle ergeben, und zwar weder bei einer Einzelbetrachtung noch bei einer Betrachtung des Mittelwerts. Wegen der großen Nähe zwischen dem gewählten Wert und dem sich als Mittelwert der Vergleichsbetrachtung ergebenden Wert wirkt sich insbesondere die Herausnahme des Jahres 2006 aus den vergleichsweise betrachteten Stützintervallen auf den sich ergebenden Mittelwert nur marginal aus, der mit oder ohne Einbeziehung des Stützintervalls von 2006 bis 2016 bei (gerundet) +0,51 % und damit in derselben Größenordnung wie der für das Stützintervall 2006 bis 2016 ermittelte Wert von +0,49 % liegt (in diesem Sinne bereits BGH, a.a.O., Rn. 88 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 181

(c) Deshalb liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das gefundene Ergebnis maßgeblich durch die unvollständige Abbildung des Basisjahreffekts infolge der Einbeziehung des Jahres 2006 verzerrt ist. Dies gilt umso mehr, als auch eine Betrachtung einzelner Stützintervalle, in denen die dem Basisjahreffekt zugrundeliegenden Investitionszyklen weitgehender (2009 bis 2016) oder sogar vollständig (2009 bis 2012 oder 2009 bis 2014) abgebildet sind, das gewählte Stützintervall nicht als singulär und damit maßgeblich durch die unvollständige Abbildung des Basisjahreffekts geprägt erscheinen lassen, da sie jeweils zu einem deutlich positiven Wert des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen (für 2009 bis 2012 von +8,16 %, für 2009 bis 2014 von +1,76 % und von 2009 bis 2016 von +2,14 %). 182

Die Robustheit des Ergebnisses war dabei auch mit Blick auf die Abbildung des Basisjahreffekts Gegenstand der Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur zugunsten des Stützintervalls 2006 bis 2016. Ein Begründungsmangel der Auswahlentscheidung lässt sich insoweit nicht feststellen. 183

Die Annahme, die Bundesnetzagentur habe ihre Auswahlentscheidung in Unkenntnis des Verzerrungspotentials, das aus einer unvollständigen Abbildung der durch den Basisjahreffekt bedingten Investitionszyklen resultiert, getroffen, ist fernliegend. Die Bundesnetzagentur hat den Basisjahreffekt selbst etwa in ihrem Evaluierungsbericht nach § 33 ARegV vom 21.01.2015 (abrufbar über https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/PublikatBerichte/2015/ARegV_Evaluierungsbericht_2015.pdf?__blob=publicationFile, S. 99) beschrieben. Die Auswirkungen des Basisjahreffekts auf die Messung der Produktivitätsentwicklung, insbesondere bei einer nur partiellen Berücksichtigung, sind zudem im WIK-Gutachten (dort S. 45) ausführlich dargestellt worden. 184

Indem sich die Bundesnetzagentur deshalb in der angefochtenen Festlegung mit der Eignung des Jahres 2006 für das Stützintervall befasst und sich in diesem Zusammenhang mit der Plausibilität der Veränderungsrate der Faktorproduktivität 2006/2007 auseinandersetzt und das von ihr gefundene Ergebnis unter Einbeziehung des Jahres 2006 durch Vergleichsbetrachtungen auf seine Robustheit prüft, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass diese Überlegungen auch die Überprüfung einer Ergebnisverzerrung durch den ihr bekannten, mit Blick auf die Einbeziehung des Jahres 2006 problematischen Basisjahreffekt einschließen. Da der Basisjahreffekt kein Schwerpunkt von Einwendungen im Konsultationsverfahren gewesen ist, bestand für die Bundesnetzagentur auch kein zwingender Anlass, gesonderte Ausführungen hierzu zu machen, dessen für die Netzbetreiber nachteilige Wirkung sich in der Produktivitätsentwicklung 2006/2007 verkörpert hat. 185

Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es keinen Mangel der angefochtenen Festlegung darstellt, dass sich die Bundesnetzagentur darin nicht mit dem Basisjahreffekt auseinandergesetzt hat. Dazu hätte nur Anlass bestanden, wenn im Konsultationsverfahren entsprechende Einwände erhoben worden wären oder wenn sich dieser Gesichtspunkt der Bundesnetzagentur bei Erlass der Festlegung als erörterungsbedürftig aufgedrängt hätte (BGH, a.a.O., Rn. 76 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 186

(d) Wegen der deutlichen Annäherung des sich bei Anwendung des gewählten Stützintervalls ergebenden Werts des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors an den Mittelwert der zur Vergleichszwecken betrachteten Stützintervalle besteht schließlich kein Anlass für die Annahme, der ermittelte Wert sei lediglich ein durch die Volatilität der totalen Faktorproduktivität getriebenes, zufälliges Ergebnis. 187

b) Unter Berücksichtigung der beurteilungsfehlerfrei festgestellten Robustheit des gewählten Stützintervalls, das den Vorzug des längst möglichen Betrachtungszeitraums und damit des größten Glättungseffekts aufweist, sind andere Stützintervalle, die das Jahr 2006 nicht einbeziehen, als Grundlage für eine Prognose des für die dritte Regulierungsperiode anzusetzenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht deutlich überlegen, so dass die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden ist. 188

aa) Dies gilt zunächst für Stützintervalle, die Investitionszyklen umfassender oder sogar vollständig abbilden, weil diese deutlich kürzere Zeiträume umfassen. Soweit einzelne dieser Stützintervalle, wie etwa von 2008 bis 2016, zu deutlich niedrigeren Werten des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen als das gewählte Stützintervall (-0,26 % statt +0,49 %, ist zudem zu beachten, dass nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht der für den Netzbetreiber günstigste Zeitraum auszuwählen ist (BGH, a.a.O., Rn. 25 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 30 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). 189

bb) Das nach dem gewählten zweitlängste Stützintervall von 2007 bis 2016 kann schon deshalb nicht deutlich überlegen sein, weil es mit -2,25 % den niedrigsten Wert aller zur Plausibilisierung von der Bundesnetzagentur in sachangemessener Weise herangezogenen Stützintervalle aufweist und es deshalb – anders als das gewählte Stützintervall – erheblichen Robustheitsbedenken begegnet. Stützintervalle ohne Einbeziehung des Jahres 2006, die sich dem bei der Vergleichsbetrachtung gefundenen Mittelwert stärker annähern, sind wiederum deutlich kürzer als das gewählte, mithin weniger gut zur beabsichtigten Glättung temporärer Effekte geeignet und schon aus diesem Grund nicht greifbar überlegen. Dem Umstand, dass die Datengrundlage für das Jahr 2006 zwar grundsätzlich belastbar ist, aber möglicherweise 190

stärkeren Unwägbarkeiten ausgesetzt ist als die Datengrundlage anderer einbezogener Jahre (hierzu bereits unter 3. c)), musste die Bundesnetzagentur deshalb bei der von ihr zu treffenden Auswahlentscheidung kein entscheidendes Gewicht beimessen, sondern durfte bestehende Restunsicherheiten in Kauf nehmen.

cc) Da die Eignung und insbesondere die Robustheit des gewählten Stützintervalls und das Fehlen greifbar überlegener Stützintervalle bereits nach der Aktenlage feststehen, bedurfte es keiner weiteren Sachverhaltsermittlung durch den Senat, insbesondere nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Robustheit des Stützintervalls sowie zur Frage der deutlichen Überlegenheit der Wahl des Stützintervalls mit den Jahren 2008 bis 2016, wie von der Beschwerdeführerin beantragt. 191

III. Des Weiteren ist die Festlegung insoweit rechtmäßig, als die Bundesnetzagentur den sog. Monitoring-Index der durchschnittlichen Netzentgelte als Deflator der als Outputfaktor verwendeten Bruttoumsatzerlöse im Rahmen der Berechnung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts nach der Törnqvist-Methode verwendet hat, wie vom erkennenden Senat bereits entschieden (Beschl. v. 10.07.2017 – u.a. VI-3 Kart 721/18 [V], juris Rn. 135 ff.) und vom Bundesgerichtshof in der Folge mehrfach bestätigt worden ist (BGH, a.a.O., Rn. 45 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 21 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; a.a.O., Rn. 29 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). Die von der Bundesnetzagentur gewählte Methodik gewährleistet eine sachgerechte Deflationierung der Umsatzerlöse, eine greifbar überlegene Vorgehensweise ist nicht ersichtlich. 192

1. Zur Ermittlung des generellen sektoralen 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 – von der Beschwerdeführerin unbeanstandet – 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 reinen Mengengrößen 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. Die durchschnittlichen Netzentgelte hat die Bundesnetzagentur mit dem jeweiligen Verbrauchsanteil gewichtet, wobei sie anhand der aus BDEW-Statistiken abgeleiteten durchschnittlichen Absatzstruktur für Erdgas eine konstante Gewichtung von 30 % für die Haushaltskunden, 15 % für die Gewerbekunden und 55 % für die Industriekunden zugrunde gelegt hat (Festlegung, S. 21). 193

2. Die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur zugunsten des Monitoring-Index als Deflator ist nicht zu beanstanden. 194

Die von der Beschwerdeführerin gegen die Qualität der Datengrundlage des Monitoring-Index geführten Angriffe bleiben ohne Erfolg. In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof bereits darauf verwiesen, dass allein der Umstand, dass sich durch eine (erneute) Datenerhebung durch die Bundesnetzagentur offensichtlich zuverlässigere Erkenntnisse gewinnen lassen, nicht bedeutet, dass die Bundesnetzagentur ihren methodischen Spielraum 195

rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Es liegt auf der Hand, dass die Belastbarkeit der Ergebnisse nahezu jedes methodischen Ansatzes durch zusätzliche Datenerhebungen verbessert werden könnte. Es bedarf deshalb konkreter Anhaltspunkte dafür, dass ein Rückgriff auf die bereits erhobenen Daten des Monitoring-Index, durch die der zusätzliche Aufwand für eine weitere Datenerhebung vermieden wird, die im Rahmen der Abschätzung des Bruttoproduktionswerts vorgenommene Deflationierung nicht mehr sachgerecht erlaubt (BGH, a.a.O., Rn. 25 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Solche Anhaltspunkte sind nach wie vor nicht vorgetragen.

a) Dies gilt zunächst im Hinblick auf die Datengrundlage der Jahre 2006 bzw. 2007. Die Beschwerdeführerin hat insoweit eine Verzerrung des Monitoring-Index durch unterjährige Preisanpassungen im Jahr 2006 nach dem Erhebungsstichtag (01.04.2006) sowie durch die Umstellung vom Ein- auf das Zweivertragsmodell gerügt. Es fehle deshalb an der erforderlichen Konsistenz der Datengrundlage. 196

aa) Zu den unterjährig erfolgten Netzentgeltanpassungen hat die Bundesnetzagentur im Ausgangspunkt zutreffend darauf verwiesen, dass diese eine regulatorisch bedingte Besonderheit darstellen und damit bei der Abschätzung der künftigen Produktivitätsentwicklung grundsätzlich berücksichtigungsfähig sind (hierzu bereits unter 4. a)). Diese Überlegung gilt jedenfalls für den Umstand, dass es als faktische Folge der Umstellung vom „verhandelten“ zum „regulierten“ Netzzugang zu Netzentgeltanpassungen gekommen ist, die die Ermittlung der durchschnittlichen Netzentgelte einzelner Jahre, hier insbesondere des Jahres 2006, erschweren, und der im Rahmen der methodischen Entscheidung der Bundesnetzagentur, ob insoweit weiterer Aufklärungsbedarf besteht, berücksichtigungsfähig ist. 197

Zudem hat die Bundesnetzagentur nachvollziehbar dargelegt, dass die unterjährigen Anpassungen der Netzentgelte des Jahres 2006 nur eine untergeordnete Rolle spielen, da sie nur einen kleinen Teil der Netzbetreiber und wenige Monate betrafen. Netzentgeltabsenkungen seien in bedeutenderem Umfang erst ab Dezember 2006 erfolgt. Dem ist die Beschwerdeführerin durch ihr Vorbringen, dass die Bundesnetzagentur im Jahr 2006 45 Entgeltgenehmigungen erteilt habe und hierzu noch weitere, von Landesregulierungsbehörden erteilte Netzentgeltgenehmigungen träten, nicht in erheblicher Weise entgegnet. Denn selbst wenn man unterstellt, dass alle Netzbetreiber, die eine Entgeltgenehmigung erhalten haben, umgehend ihre Netzentgelte angepasst haben, so ist angesichts der Kürze des betroffenen Zeitraums und des geringen Anteils der betroffenen Netzbetreiber ein erheblich verzerrender Effekt auf die Höhe der durch den Monitoring-Index zum Stichtag 01.04.2006 abgebildeten Netzentgelte nicht zu besorgen. Die methodische Entscheidung der Bundesnetzagentur, insoweit keine weitere Sachaufklärung und gegebenenfalls Anpassungen der Monitoring-Daten für 2006 vorzunehmen, ist daher insoweit nicht zu beanstanden. 198

bb) Gleiches gilt, soweit die Beschwerdeführerin darauf verwiesen hat, dass auch die Bundesnetzagentur ausweislich des Monitoringberichts 2007 ausdrücklich nicht ausschließt, dass – entgegen der im Zuge der Umstellung auf das Zweivertragsmodell in 2007 erfolgten Aufforderung an Lieferanten und Großhändler, die Gasbezugskosten ohne die Netzkosten der vorgelagerten inländischen Netzbetreiber anzugeben, sondern diese vielmehr den Netzkosten zuzuordnen – ein Teil der Netzkosten möglicherweise gleichwohl noch in den Gasbezugskosten enthalten und nicht gesondert ausgewiesen worden ist. Dies stellt lediglich eine Unschärfe in der Wiedergabe der Netzkosten dar, die letztlich ebenfalls durch regulatorische Eingriffe hervorgerufen worden ist. Zudem ist weder aufgezeigt noch sonst 199

ersichtlich, dass eine hierdurch erfolgte Unterschätzung der im Jahr 2007 gezahlten Netzentgelte, die sich auf die Produktivitätsentwicklung im Verhältnis zum Vorjahr gegenläufig auswirkt, während das nachfolgende Jahr im Gegenzug unproduktiver erscheint, über die Länge des gewählten Stützintervalls zu einer erheblichen Verzerrung des Outputs führen kann.

b) Auch der Umstand, dass der Monitoring-Index bei den Lieferanten und nicht unmittelbar bei den Netzbetreibern erhoben worden ist, begründet keine Zweifel an dessen Eignung zur Abbildung der in die Umsatzerlöse eingeflossenen Netzentgelte. Auch Daten, die aus verschiedenen Quellen – im Streitfall einerseits von den Netzbetreibern (Umsatzerlöse im Zähler) und andererseits von den Lieferanten (durchschnittliche Netzentgelte im Nenner) – stammen, können bei entsprechender Datenqualität konsistent sein und zu sachgemäßen Ergebnissen führen. Es liegen des Weiteren keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Lieferanten die von ihnen abgefragten Angaben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht hätten und deshalb in erheblichem Umfang fehlerhaft Daten gemeldet worden wären. Somit vermag allein die Datenquelle keine erheblichen Zweifel an der Validität der erhobenen Daten zu begründen. 200

c) Es sind zudem keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Vorgaben der Bundesnetzagentur, die sie an die Lieferanten aus Anlass der Erhebung des Monitoring-Index gerichtet hatte, im Zeitverlauf inkonsistent gewesen und die gemeldeten Netzentgelte damit im Rahmen eines Zeitreihenvergleichs fehleranfällig bzw. nicht aussagekräftig wären. Insbesondere mit Blick auf die Definition „Netzentgelte BNetzA“ hat die Bundesnetzagentur nachvollziehbar dargelegt, dass es zwar zwischen 2007 und 2015 zu einer geänderten Darstellung in einer Unterkategorie gekommen ist, aber die Definition der dahinterstehenden Zahlenreihe, die im Rahmen der Deflationierung Verwendung gefunden hat, unverändert geblieben ist. 201

Dafür, dass Unternehmen einzelne Fragen kategorisch falsch verstanden und somit falsch beantwortet haben, hat die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte vorgetragen; ebenso wenig dafür, dass etwaige Inkonsistenzen in der Vorgehensweise der Lieferanten bei der Gewichtung oder Durchschnittsbildung zu einer relevanten Ergebnisverzerrung hätten führen können. 202

d) Schließlich sind die Monitoring-Daten hinreichend plausibilisiert worden. 203

Da keine besondere Fehleranfälligkeit der Monitoring-Daten vorgetragen ist, ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur diese aus Anlass der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht einer – erneuten – Plausibilisierung unterzogen hat. Es bestehen auch keine Zweifel daran, dass die Plausibilisierung der Daten aus Anlass ihrer Erhebung in sachangemessener Weise erfolgt ist. Ausweislich der Angaben der Bundesnetzagentur in der Beschwerdeerwiderung erfolgte nach einer Vollständigkeitskontrolle und einer Korrektur offensichtlicher Fehler von Amts wegen eine Plausibilisierung dadurch, dass die Übereinstimmung von Unter- und Oberpositionen (zwischenzeitlich geschieht dies elektronisch) geprüft und die Angaben der Lieferanten mit denen aus dem Vorjahr abgeglichen wurden, wobei Datensätze mit deutlicher Abweichung geprüft, entfernt oder nachgefordert wurden. In einem weiteren Prüfungsschritt wurden Minimum- und Maximumwerte ermittelt und Werte, die extrem vom arithmetischen Mittelwert abweichen, gestrichen. Es ist nicht ersichtlich, dass es weitere geeignete Plausibilisierungsmaßnahmen gäbe, die der Bundesnetzagentur angesichts der Menge der Daten zumutbar wären. 204

e) Da es im Streitfall die methodische Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur anhand höchstrichterlich vorgegebener rechtlicher Maßstäbe zu überprüfen gilt, besteht im Übrigen kein Anlass, die Frage, ob bzw. inwieweit die von der Bundesnetzagentur herangezogenen Monitoring-Daten die tatsächliche Entwicklung der Netzentgelte der Gasnetzbetreiber abbilden, durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens weiter aufzuklären, wie von der Beschwerdeführerin beantragt.

3. Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren ohne Erfolg, dass die Bundesnetzagentur bei der Deflationierung der Umsatzerlöse die durchschnittlichen Netzentgelte mit konstanten Verbrauchsanteilen der einzelnen Kundengruppen gewichtet hat, indem sie durchgehend einen Verbrauchsanteil von 30 % für die Haushaltskunden, von 15 % für die Gewerbekunden und von 55 % für die Industriekunden angesetzt hat. 206

a) Ihre Vorgehensweise hat die Bundesnetzagentur damit begründet, dass sie der Repräsentativität dieser Kundengruppen für den Markt bei der Frage der Deflationierung der Umsätze ein höheres Gewicht zumesse als dem formalen Faktor der Vollständigkeit des Spektrums aller Einzelkunden. Die Entscheidung für den konstanten Ansatz beruhe zudem darauf, dass es aus ihrer Sicht lediglich auf die Veränderungsraten und nicht jahresscharf auf die konkret angesetzten durchschnittlichen Entgelte ankomme (Festlegung, S. 21). 207

b) Der Senat hat bereits entschieden (Beschl. v. 10.07.2019 – u.a. VI-3 Kart 721/18 [V], juris Rn. 140), dass die Bundesnetzagentur ihren Entscheidungsspielraum damit rechtmäßig ausgeübt hat. Er hat zur Begründung einerseits auf den begrenzten Umfang der von der Bundesnetzagentur untersuchten Schwankungen der Verbrauchsanteile in den Jahren 2006 bis 2016 abgestellt und andererseits darauf, dass sich die Bundesnetzagentur an der Vorgehensweise des Statistischen Bundesamts orientiert habe, das bei der Bildung von Preisindizes von einer jahresscharfen Anpassung der Gewichte absehe. Sofern die volkswirtschaftlichen Preisindizes, die die Bundesnetzagentur zur Deflationierung der sonstigen Bestandteile des Outputs und Inputs herangezogen habe, konstante Gewichte beinhalteten, sei es konsequent, auch den Preisindex der Netzentgelte anhand konstanter Gewichte zu bilden. Der Bundesgerichtshof hat dies in der Folge bestätigt (BGH, a.a.O., Rn. 55 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 24 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 208

c) Die hiergegen von der Beschwerdeführerin geführten Angriffe bleiben ohne Erfolg. 209

aa) Zunächst ist nicht in erheblicher Weise dargetan, dass der Ansatz konstanter Verbrauchsanteile der einzelnen Kundengruppen bei der Deflationierung der Umsatzerlöse gegen den Stand der Wissenschaft verstößt und deshalb von vornherein ungeeignet ist. Denn es ist unstrittig geblieben, dass etwa das Statistische Bundesamt konstante Gewichte bei verschiedenen Preisindizes verwendet. Die Bundesnetzagentur hat zudem unwidersprochen auf eine Veröffentlichung zur Mengenerfassung des VPI (gross domestic product, GDP) in Kanada (Baldwin, Chain price and volume aggregates for the system of national accounts, abrufbar unter indexmeasures.ca, S. 283) hingewiesen, in der dargelegt wird, dass in Kanada bei der Ermittlung des VPI der Laspeyres-Index, der eine Fixierung eines Warenkorbs auf ein Basisjahr und damit konstante Gewichte vorsieht (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon zu Laspeyres-Index, abrufbar unter www.wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/laspeyres-index-40652), gegenüber dem Paasche-Index, der jährliche aktualisierte Mengen verwendet (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, abrufbar unter www.wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/paasche-index-43104), als vorzuzugswürdig angesehen worden ist und diesen ersetzt hat. 210

Angesichts der Verbreitung sowohl konstante als auch jahresscharfe Gewichte verwendender Indizes in der statistischen Praxis hätte es konkreten Vortrags dazu bedurft, aus welchen Gründen sich im streitgegenständlichen Kontext die Verwendung konstanter Gewichte verbietet. Solchen Vortrag hat die Beschwerdeführerin nicht gehalten. Eine weitere Sachaufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Vereinbarkeit der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur mit dem Stand der Wissenschaft ist deshalb nicht angezeigt.

bb) Die jahresscharfe Gewichtung der Verbrauchsanteile ist der konstanten Gewichtung auch nicht greifbar überlegen. Zwar ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass ein wechselndes Gewichtungsschema mathematisch genauer ist. Dies führt aber nicht zu einer greifbaren Überlegenheit dieser Vorgehensweise, da es auch belastbare Argumente für ein konstantes Gewichtungsschema gibt, die die Bundesnetzagentur rechtsfehlerfrei zur Grundlage ihrer Abwägungsentscheidung gemacht hat. 212

Zu diesen zählt vor allem, dass es im Streitfall nicht allein um eine möglichst präzise Deflationierung der Umsatzerlöse für ein einzelnes Jahr geht, sondern die Entwicklung des preisbereinigten Outputs über die Jahre abgebildet werden soll. Für die Wahl einer konstanten Gewichtung kann deshalb der Umstand herangezogen werden, dass auch das Statistische Bundesamt bei der Berechnung der für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verwendeten übrigen Preisindizes wie z.B. dem „Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte“ eine konstante Gewichtung der diversen Subindizes annimmt, die konstant auf dem Gewicht des Jahres 2010 belassen werden. Dass ein Gleichlauf zwischen der Vorgehensweise des Statistischen Bundesamts bei der Ermittlung der Preisindizes und der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Deflationierung der Umsatzerlöse systematisch nicht zwingend geboten ist, schließt nicht aus, Konsistenzergänzungen für die Wahl einer ebenfalls konstanten Gewichtung heranzuziehen. 213

Hinzu kommt, dass die konstante Gewichtung eine Vereinfachung darstellt, die ein Verzerrungspotential, wie es bei der ständigen Veränderung des betrachteten Warenkorbs bei einer jahresaktuellen Anpassung der Gewichte besteht, von vornherein ausschließt. Nach dem nachvollziehbaren Vortrag der Bundesnetzagentur kann die Preisentwicklung, die es allein abzubilden gilt, verzerrt werden, weil Preisveränderungen durch die Veränderung der Gewichte nicht in gleichem Maße gewichtet werden (vgl. hierzu auch Baldwin, Chain price and volume aggregates for the system of national accounts, abrufbar unter indexmeasures.ca, S. 283). Die in der konstanten Gewichtung liegende Vereinfachung begründet zudem keine systematische, einseitige Benachteiligung der Netzbetreiber, da es im Einzelnen von dem zugrundeliegenden Zahlenwerk abhängt, ob sich für diese die Verwendung konstanter Gewichte oder jahresscharfer Gewichte als vorteilhafter darstellt. Der Bundesgerichtshof hat im Übrigen bereits entschieden, dass der Umstand, dass die Veränderung eines einzelnen Rechenschritts im Rahmen der Anwendung einer komplexen ökonometrischen Methode zu einem niedrigeren Produktivitätsfaktor führt, nichts darüber aussagt, ob der sich sodann ergebende Wert „richtig“ ist, d.h. hier weder impliziert, dass eine jahresscharfe Gewichtung dem Stand der Wissenschaft entspräche, noch dass ein solcher Ansatz zur Preisbereinigung der Umsatzerlöse jedenfalls deutlich besser geeignet wäre (BGH, a.a.O., Rn. 56 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; a.a.O., Rn. 29 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). 214

cc) Es ist weiterhin nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur nicht exakt dieselbe Vorgehensweise wie das Statistische Bundesamt (Fixierung der Gewichte auf Basis des Jahres 2010) gewählt hat. Sie hat vielmehr dem Umstand, dass sich Veränderungen der 215

Gewichtung ergeben, dadurch sachangemessen Rechnung getragen, dass sie für die Gewichtung einen Mittelwert des Betrachtungszeitraums herangezogen hat, um Aktualisierungen gegenüber einem fixen Zeitpunkt jedenfalls in einem gewissen Umfang Rechnung tragen zu können. Damit liegt ein sachlicher Grund vor, bei der Fixierung der Gewichte mit Blick auf die Funktion der Gewichtung der Kundengruppen im Deflator eine andere Vorgehensweise zu wählen.

d) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Anteile der Kundengruppen in den Monitoringberichten 2005 bis 2016 anders als in den BDEW-Statistiken deutlichen Schwankungen unterworfen sind. Ebenso wenig wie die zu deflationierenden Größen (hier die Umsatzerlöse) und der Deflator aus derselben Datenquelle stammen müssen, müssen dies der Deflator selbst und die Grundlage für die Gewichtung der Kundengruppen. Zudem ist die Beschwerdeführerin dem Vorbringen der Bundesnetzagentur, dass die BDEW-Statistiken eine besonders hohe Zuverlässigkeit mit Blick auf die Kundenanteile aufweisen, nicht entgegengetreten. 216

Soweit die Beschwerdeführerin eingewandt hatte, dass die Datenquellen der BDEW-Statistiken nicht öffentlich zugänglich seien, hat sie zugestanden, die Daten durch den BDEW erhalten zu haben, so dass dahinstehen kann, ob diese darüber hinaus – wie von der Bundesnetzagentur behauptet – auch im Internet ohne weiteres abrufbar sind. 217

e) Indem die Bundesnetzagentur in der Festlegung maßgeblich auf die Repräsentativität der Kundengruppen und die zentrale Bedeutung der Veränderungsraten abgestellt hat, hat sie schließlich eine ausreichend begründete Auswahlentscheidung zwischen einer konstanten und einer jahresscharfen Gewichtung getroffen, die sie im Beschwerdeverfahren lediglich vertieft hat. 218

IV. Auch die sonstigen Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die Anwendung der Törnqvist-Methode, namentlich gegen die Ermittlung der Inputfaktoren, bleiben ohne Erfolg. 219

1. Die Berechnung der Abschreibungen als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisermittlung ist nicht zu beanstanden. 220

a) Die Bundesnetzagentur hat im Streitfall nach handelsrechtlichen Vorgaben lineare Abschreibungen auf Basis historischer Anschaffungs- oder Herstellungskosten zugrunde gelegt. Abweichend von der Ermittlung kalkulatorischer Abschreibungen nach §§ 6, 6a GasNEV hat sie weder zwischen Alt- und Neuanlagen differenziert noch hat sie die Preisentwicklung der Anlagegüter bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten berücksichtigt. Ihre Vorgehensweise hat sie im angefochtenen Beschluss unter anderem damit begründet, dass sie mit derjenigen bei der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Inputpreisentwicklung konsistent sei. Zudem führt sie für die Sachgerechtigkeit der Berücksichtigung der Abschreibungen als Konstante an, dass sich bei einer kalkulatorischen gegenüber einer handelsrechtlichen Betrachtung für Altanlagen zwar zunächst erhöhte Abschreibungen ergäben. Da die Altanlagen, die 70 % der gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten ausmachten, nach Ablauf ihrer Nutzungsdauer in den Jahren 2006 bis 2016 jedoch nach und nach entfielen, entstünde, selbst wenn man mit Preissteigerungen für Neuanlagen rechne, eine fallende Preisentwicklung bei Abschreibungen, zumal die Faktorreihe gemäß der GasNEV nicht auf Neuanlagen anzuwenden sei (Festlegung, S. 32 f.). 221

b) Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden (a.a.O., Rn. 93 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), widerspricht die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur keiner gesetzlichen Vorgabe und steht ihr auch bei der Methodik der Berechnung der 222

Abschreibungen ein Beurteilungsspielraum zu, der bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 9 ARegV größtmöglich auszugestaltet ist (BGH, a.a.O., Rn. 42 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) und den sie fehlerfrei ausgeübt hat.

aa) Der vom Ordnungsgeber für die Berechnung der Abschreibungen im Rahmen der Kostenprüfung in §§ 6, 6a GasNEV vorgegebene kalkulatorische Ansatz ist nicht zwingend auch bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anzuwenden, da § 9 ARegV im Gegensatz zu der für die Kostenprüfung geltenden Regelung des § 6 Abs. 1 ARegV nicht auf die Vorschriften der Netzentgeltverordnungen verweist und auch Sinn und Zweck des § 9 ARegV es nicht gebieten, Abschreibungen als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung auf der Grundlage kalkulatorischer Vorgaben der Netzentgeltverordnungen zu ermitteln. Die methodenoffene Vorgabe des § 9 Abs. 1 ARegV lässt es zu, die Berechnung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung der Berechnung der entsprechenden gesamtwirtschaftlichen Parameter anzugleichen, um Verzerrungen beim Vergleich der Einstandspreisentwicklung zu vermeiden und so die Entwicklung der Netzwirtschaft auf der einen und der Gesamtwirtschaft auf der anderen Seite, deren Ermittlung auf entsprechenden handelsrechtlichen Grundsätzen beruht, besser gegenüberstellen zu können. Es ist deshalb konsequent, wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen des Törnqvist-Index auch die Abschreibungen nach handelsrechtlichen Grundsätzen ermittelt hat, da diese auch der Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgrößen zugrunde liegen. 223

bb) Anhaltspunkte für eine greifbare Überlegenheit des kalkulatorischen gegenüber dem handelsrechtlichen Ansatz sind schließlich nicht vorgetragen. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof bereits darauf hingewiesen (a.a.O., Rn. 102 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), dass es einen Ausgleich für die Ermittlung der Abschreibungen auf Basis historischer Anschaffungs- oder Herstellungskosten darstellt, dass die Bundesnetzagentur bei der Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung zum Vorteil der Netzbetreiber eine Verzinsung der Restwerte der Anlagegüter nach dem Nominalzinssatz zugrunde gelegt hat, ohne – wie in § 7 Abs. 4 GasNEV bzw. StromNEV vorgesehen – zwischen Alt- und Neuanlagen zu unterscheiden. Diese Erwägungen beanspruchen ebenso Gültigkeit wie die weiteren Erwägungen der Bundesnetzagentur, die der Bundesgerichtshof gegen eine greifbare Überlegenheit der kalkulatorischen Berechnung angeführt hat und auf die Bezug genommen wird (BGH, a.a.O., Rn. 103 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Insbesondere begegnet die Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass die Heranziehung der in § 6a GasNEV genannten Indexreihen zur Deflationierung des Bruttoanlagevermögens im Rahmen des Inputindex nicht die Entscheidung präjudiziert, ob Abschreibungen nach handelsrechtlichen oder regulatorischen Grundsätzen ermittelt werden, keinen Bedenken. Eine systematische Verknüpfung zwischen der Deflationierung des Bruttoanlagevermögens und der Ermittlung der Abschreibungen, die eine konsistente Vorgehensweise erfordern würde, besteht nicht. 224

Konkrete Anhaltspunkte für eine greifbare Überlegenheit der kalkulatorischen gegenüber der handelsrechtlichen Betrachtung ergeben sich auch nicht aus den Ausführungen des in den parallelen Beschwerdeverfahren zugezogenen gerichtlichen Sachverständigen, der sich lediglich allgemein für eine kalkulatorische Betrachtung ausgesprochen hat, ohne konkrete Umstände darzulegen, aus denen folgen könnte, dass die handelsrechtliche Betrachtung entgegen der vorstehend ausgeführten rechtlichen Erwägungen nicht dem Stand des Wissenschaft entspricht oder jedenfalls der kalkulatorischen Betrachtung deutlich unterlegen ist. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass für eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch den Senat etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Dies gilt 225

insbesondere auch mit Blick auf die im Beschwerdeverfahren erhobene Behauptung der Bundesnetzagentur, dass der handelsrechtliche Ansatz der Realkapitalerhaltung, der auf der Nominalkapitalerhaltung aufsetze, und der kalkulatorische Ansatz der Nettosubstanzerhaltung über alle Perioden hinweg ohnehin zu keinen wirklichen inhaltlichen Unterschieden führen dürften. Unabhängig davon, dass es angesichts der bereits zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung hierauf nicht mehr entscheidend ankommt, hat die Beschwerdeführerin die nachvollziehbaren Darlegungen der Bundesnetzagentur nicht in erheblicher Weise entkräftet.

2. Methodisch fehlerfrei hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Inputfaktors im Rahmen der Törnqvist-Methode einen jährlich aktualisierten Zins für das eingesetzte Fremdkapital herangezogen. 226

a) Die Bundesnetzagentur hat die Entwicklung des Kostenblocks „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ durch die Zinsen gemäß § 7 Abs. 7 GasNEV abgebildet. Dass sie sich für den Ansatz eines jährlich aktualisierten Werts für die Fremdkapitalzinsen anstelle des in der Konsultation vorgeschlagenen Mittelwerts entschieden hat, hat sie im angefochtenen Beschluss damit begründet, dass der jährliche Zinssatz der Umlaufrenditen die tatsächlichen Gegebenheiten am Kapitalmarkt widerspiegle. Durch die Berücksichtigung der Zinsreihen von Anleihen am Kapitalmarkt mit unterschiedlichen Laufzeiten sei sichergestellt, dass der jährliche Durchschnitt sowohl langfristige als auch kurzfristige Verbindlichkeiten, für die sich Unternehmen am Kapitalmarkt frei entscheiden könnten, abbilde. Im Gegensatz zum Eigenkapital sei das Fremdkapital flexibel. Es komme nicht auf die absolute Zinshöhe, sondern auf die Veränderungsraten im Betrachtungszeitraum an, die durch die gewählte Vorgehensweise sachgerecht abgebildet würden (Festlegung, S. 31 f.). 227

b) Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur verstößt nicht gegen die Vorgaben des § 5 Abs. 2 Hs. 2 GasNEV. 228

Wie höchstrichterlich bereits entschieden, ist die Bundesnetzagentur auch bei der Berechnung der Größe „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ im Rahmen der Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung nicht an die Netzentgeltverordnungen gebunden. Dass die Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Fremdkapitalzinsen die in § 7 Abs. 7 GasNEV angeführten Zinsreihen herangezogen hat, verpflichtet sie weder zur Heranziehung der weiteren Vorgaben der GasNEV, insbesondere von § 5 Abs. 2 Hs. 2 GasNEV, noch zur Begründung ihrer abweichenden Vorgehensweise (BGH, a.a.O., Rn. 107 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; bestätigt a.a.O., Rn. 43 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 229

c) Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Ansatz eines auf mehrere Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts (rollierenden Mittelwerts) dem Ansatz des jährlichen Durchschnitts der in § 7 Abs. 7 GasNEV aufgeführten Zinsreihen greifbar überlegen wäre. 230

Zwar entspricht es der ökonomischen Realität, dass sich die Netzbetreiber nicht jedes Jahr das erforderliche Fremdkapital neu beschaffen, sondern sich durch langfristig gebundenes Fremdkapital finanzieren. Dies hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss auch erkannt. Ihre für die Geeignetheit der gewählten Methode und gegen eine (greifbare) Überlegenheit eines rollierenden Mittelwerts angeführten Erwägungen sind gleichwohl tragfähig. Ihre Vorgehensweise steht ausweislich der entsprechenden höchstrichterlichen Ausführungen im Einklang mit der Zielrichtung der Ermittlung der Fremdkapitalzinsen im Rahmen der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung, die darin besteht, die Entwicklung der Finanzierungskosten sämtlicher Netzbetreiber während des betrachteten 231

Stützintervalls abzubilden und nicht wie bei der Kostenprüfung die absoluten, zu diesem Zeitpunkt höchstens ansatzfähigen Fremdkapitalzinsen zu ermitteln (BGH, a.a.O., Rn. 110 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Angesichts dieser Zielrichtung ist es gerade nicht erforderlich, das Finanzierungsverhalten des einzelnen Netzbetreibers möglichst realitätsgerecht abzubilden, so dass es auch nicht darauf ankommt, wie flexibel Netzbetreiber üblicherweise auf Zinsveränderungen reagieren können. Zudem hat der Bundesgerichtshof (a.a.O.) auch die Erwägung der Bundesnetzagentur, dass die branchenweite und im Gegensatz zur Kostenprüfung nicht punktuelle, sondern verlaufsbezogene Betrachtung der Zinsentwicklung bereits zu einer Glättung von Sondereffekten führt (vgl. Festlegung, S. 51), als sachgerecht erachtet.

d) Anlass zu einer weiteren Sachaufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bestand nach alledem nicht. 232

V. Schließlich bleiben auch die gegen die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode nach der Malmquist-Methode erhobenen Einwendungen der Beschwerdeführerin ohne Erfolg. 233

Wie der Bundesgerichtshof bereits – mehrfach – entschieden hat, ist auch die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode in der angefochtenen Festlegung nicht zu beanstanden ist (zuletzt BGH, a.a.O., Rn. 12 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 10/20, juris Rn. 12 ff. – jeweils m.w.N.). Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung – wie er dies bereits für den Stromsektor getan hat (vgl. Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 204 ff.) – auch für den Gassektor an. Das Beschwerdevorbringen im hiesigen Verfahren führt zu keiner abweichenden Beurteilung. 234

1. Dies gilt zunächst für die den methodischen Ausgangspunkt betreffende Kritik. 235

Der Ordnungsgeber sieht den Malmquist-Index grundsätzlich als weitere für die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in Betracht kommende Methode an (BR-Drs. 417/07, S. 48 f.; BT-Drs. 17/7632, S. 5). Der Bundesgerichtshof hat insoweit die spezifische Form und Ausgestaltung, die der Malmquist-Index durch die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode erfahren hat – dieser basiert auf den Daten und Modellen der drei durchgeführten statischen Effizienzvergleiche mit den Basisjahren 2006, 2010 und 2015 (vgl. Festlegung, S. 11, 37, 44 f.) – nicht beanstandet, sondern als dem Stand der Wissenschaft entsprechende und damit im Grundsatz zulässige Methode im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV bewertet (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 30 ff., 112 ff., 126 ff., 139 ff., 144 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 12 ff., 47, 56 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 236

Der Verweis der Beschwerde auf die Äußerungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. V in dem Beschwerdeverfahren des Senats zum Az. VI-3 Kart 721/18 [V], wonach unter anderem zweifelhaft sei, ob es sich bei der spezifischen Umsetzung der Malmquist-Methode um ein fachgerechtes Berechnungsverfahren handele, das dem Stand der Wissenschaft entspreche, ist angesichts dessen nicht geeignet, den Senat im hiesigen Verfahren zu einer abweichenden Bewertung zu veranlassen. Zumal der gerichtliche Sachverständige insoweit lediglich Zweifel geäußert hat. Den Ausführungen lässt sich nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen, dass die Malmquist-Berechnungen tatsächlich nicht dem Stand der Wissenschaft entsprächen. Jedenfalls würde die Beschwerdeführerin hierdurch nicht in ihren Rechten verletzt, weil die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor 237

zugunsten der Netzbetreiber auf den niedrigeren, sich nach der Törnqvist-Methode ergebenden Wert von 0,49 % festgesetzt hat (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 125 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; hierzu sogleich noch unter 7.).

2. Als nicht durchgreifend erweisen sich auch die Einwendungen, die die konkrete Anwendung der Malmquist-Methode und die insoweit von der Bundesnetzagentur getroffenen Auswahlentscheidungen betreffen. Dies gilt zunächst für die die Datengrundlage betreffenden Beschwerderügen. 238

a) Keinen methodischen Fehler bei der Anwendung der Malmquist-Methode zeigt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge auf, wegen der unzureichenden Datenbasis habe an mehreren Stellen auf einfachere oder weniger genaue Methoden in der Berechnung zurückgegriffen werden müssen, weil die aus theoretischer Sicht vorzugswürdigere Methodik aufgrund der schlechten Datengrundlage zu Konvergenzproblemen geführt habe, weshalb die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode als unwissenschaftlich bzw. als nicht dem Stand der Wissenschaft im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV entsprechend zu qualifizieren sei. 239

aa) Diese Rügen greifen – wie der Senat im Zusammenhang mit der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom für die dritte Regulierungsperiode bereits entschieden hat (vgl. Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 210 ff.) – nicht durch. Vorliegend ergibt sich nichts anderes. Die Bundesnetzagentur hat ihren Entscheidungsspielraum in rechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgeübt, dass sie für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas nach der Malmquist-Methode auf die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen der Gasnetzbetreiber der ersten drei Regulierungsperioden mit den Basisjahren 2006, 2010 und 2015 zurückgegriffen hat (Festlegung, S. 11, 37). Der Rückgriff auf diese Daten für den im Rahmen des § 9 ARegV vorzunehmenden dynamischen Effizienzvergleich ist – wie der Bundesgerichtshof (mehrfach) entschieden hat – im Grundsatz zulässig und nicht zu kritisieren (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 112 ff., 143 ff., 149 ff., 152 f., 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 57 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Die Bundesnetzagentur ist dabei einen rechtlich nicht zu beanstandenden methodischen Kompromiss eingegangen (BGH, a.a.O., Rn. 144 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Beschwerde zeigt insoweit keine Gesichtspunkte auf, die hier eine abweichende Entscheidung rechtfertigen oder erfordern könnten. Rechts- oder Abwägungsfehler sind weder aufgezeigt noch ersichtlich. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ist insoweit auch hinreichend transparent und ausreichend begründet (vgl. Festlegung, S. 44, 45). 240

bb) Dass die Datengrundlage greifbar, mithin in einem Maße ungeeignet gewesen wäre, dass die Bundesnetzagentur sie, weil etwa Daten in relevantem Umfang fehlen oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage vorliegen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 68, 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar hätte ansehen dürfen, oder dass eine andere Datengrundlage unter Berücksichtigung des mit ihrer Erhebung einhergehenden Aufwands und aller sonstigen maßgeblichen Umstände als in diesem Sinne überlegen einzustufen gewesen wäre, kann dem Vortrag der Beschwerdeführerin nicht entnommen werden und ist auch sonst nicht erkennbar (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 19, 24, 67 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 241

b) Unbegründet ist auch der Einwand, die Zahl der von der Bundesnetzagentur herangezogenen Datenpunkte (2006, 2010 und 2015) sei zu gering; sie korrespondiere nicht mit der normativen Vorgabe aus § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV und führe zu keinen belastbaren, wissenschaftlichen Standards genügenden Ergebnissen.

aa) Wie der Bundesgerichtshof – und im Anschluss der Senat im Zusammenhang mit der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom (vgl. Beschl. v. 16.03.2022 – u.a. VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 221 ff.) – bereits entschieden hat, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck von § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV eine Verpflichtung, mindestens vier jährliche Datenpunkte zu bilden und damit für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Daten(-sätze) aus mindestens vier Jahren zu verwenden. Hiernach ist es zur Erfüllung der normativen Vorgabe vielmehr ausreichend, einen Zeitraum von mindestens vier Jahren zu betrachten. Dies ist bei der von der Bundesnetzagentur gewählten Vorgehensweise erfolgt (vgl. Festlegung, S. 37, 51), indem sie die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen der Gasnetzbetreiber der ersten drei Regulierungsperioden mit den Basisjahren 2006, 2010 und 2015 verwendet hat, die sich über deutlich mehr als vier Jahre erstrecken bzw. einen deutlich längeren Zeitraum „überspannen“ (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 243

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem systematischen Zusammenspiel der Regelung in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV mit der Datenerhebungsbefugnis in § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV, dass Datenreihen aus mindestens vier Jahren zu verwenden wären (vgl. dazu etwa bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 204 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV normiert die Datenerhebung von für die Bestimmung der Erlösobergrenzen elementaren Daten (Schreiber, in: Holznagel/Schütz, Anreizregulierungsrecht, 2. Aufl., § 27 ARegV Rn. 26). Darunter fallen gemäß der Nr. 2 des § 27 Abs. 1 S. 2 ARegV auch die notwendigen Daten für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (Schreiber, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 27 ARegV Rn. 33). Daraus ergibt sich indes – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – keine (obligatorische) Verpflichtung der Regulierungsbehörde, für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zwingend eine gesonderte, spezifische, vorzugsweise jährliche und breiter angelegte Datenerhebung durchzuführen. Der Bundesnetzagentur kommt im Rahmen des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV vielmehr ein Auslegungsspielraum auf der Tatbestandsebene bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „notwendigen Daten“ und damit bei der Entscheidung zu, welche Daten sie erhebt (Schreiber, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 27 ARegV Rn. 27 ff. m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 17/7984, S. 6: „Nach Nummer 2 kann die Regulierungsbehörde Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 erheben.“; a.A. Hummel, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 116. EL Mai 2022, § 27 ARegV Rn. 11). Die Frage der Notwendigkeit ist wiederum mit Blick auf § 9 Abs. 3 S. 1 und S. 2 ARegV zu beantworten, der grundsätzlich methodenoffen gestaltet ist (BGH, a.a.O., Rn. 17, 20, 99 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und der Bundesnetzagentur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben einen (weiten) Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. 244

Auch das abweichende Vorgehen der Bundesnetzagentur bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode, bei dem Daten aus elf aufeinanderfolgenden Jahren (Zeitraum von 2006 bis 2016) verwendet und daraus zehn Veränderungswerte ermittelt werden, führt nicht dazu, dass die Berechnungen nach dem Malmquist-Index mit lediglich drei singulären Datenpunkten und zwei Veränderungswerten als unwissenschaftlich (vgl. § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV) bzw. nicht ausreichend belastbar (vgl. § 9 245

Abs. 3 S. 2 ARegV) zu qualifizieren und das Ergebnis zu verwerfen sind. Diese Anwendung der Malmquist-Methode durch die Bundesnetzagentur bewegt sich vielmehr im Rahmen des ihr durch § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV eröffneten Entscheidungsspielraums (vgl. etwa bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 205 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom).

bb) Die mit § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV in Einklang stehende Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Zahl der verwendeten Datenpunkte wäre nur dann zu beanstanden, wenn die Anzahl von lediglich drei Datenpunkten von vorneherein ungeeignet wäre, die Funktion zu erfüllen, die ihr im Rahmen der gewählten Berechnungsmethode zukommt, nämlich eine belastbare Datengrundlage zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu gewährleisten (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 49; BT-Drs. 17/7632, S. 5), oder aber eine Zahl von mindestens vier Datenpunkten unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen wäre, dass die Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden könnte (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 28, 73 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dafür, dass dies bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode der Fall wäre, hat schon der Bundesgerichtshof in seinen hierzu ergangenen Entscheidungen keinen Anhalt gesehen. 246

Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin im hiesigen Verfahren, das sich auf einen Verweis auf das im Auftrag eines anderen Netzbetreibers erstellte Gutachten von Polynomics und der Jacobs University vom 24.08.2016 (dort S. 21) beschränkt, in dem eine Trendberechnung auf Basis von lediglich zwei oder drei Datenpunkten als statistisch eher problematisch bezeichnet wird, ist weder geeignet noch genügend, um eine weitere Sachaufklärung zu veranlassen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der den Senat treffenden Amtsermittlungspflicht (§ 82 Abs. 1 EnWG). Denn diese gilt nicht uneingeschränkt, sondern nur soweit, 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. – E.ON/Stadtwerke Eschwege; Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, juris Rn. 15 – Schnellfilter, Filtertüten II; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 82 Rn. 3; Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, 4. Aufl., § 82 EnWG Rn. 5). Der Untersuchungsgrundsatz enthebt die Verfahrensbeteiligten nicht von der Pflicht, den Sachverhalt darzulegen und Beweismittel anzugeben (BGH, a.a.O., Rn. 15 – Schnellfilter, Filtertüten II; zum Ganzen bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 206). 247

cc) Die Beschwerdeführerin hat auch keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, dass der Rückgriff auf die Daten aus den drei durchgeführten statischen Effizienzvergleichen keine sachgerechte Abschätzung der Effizienzgrenzenverschiebung bzw. des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode erlaubte, weil etwa Daten in relevantem Umfang fehlten oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen in der Datengrundlage vorlägen (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 52, 68, 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 248

Den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann auch nicht entnommen werden, dass sich bei einer höheren Zahl von Beobachtungen (Datenpunkten) und damit einer breiteren Datengrundlage ein deutlich robusteres Ergebnis ergeben hätte. Es ist weder aufgezeigt noch sonst ersichtlich, dass die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, auf die Erkenntnisse aus den vorangegangenen drei Effizienzvergleichen zurückzugreifen und damit den nicht unerheblichen (Zusatz-)Aufwand, der mit weiteren oder gesonderten jährlichen 249

Datenerhebungen zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors einherginge, gerade für Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen, zu vermeiden, nicht geeignet oder eine andere Methode greifbar überlegen wäre und die Bundesnetzagentur daher ihren methodischen Spielraum rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte. Es wird allenfalls angedeutet oder für möglich erachtet, dass sich insoweit gegebenenfalls zuverlässigere Ergebnisse hätten gewinnen lassen. Dies ist jedoch nicht genügend, da es „auf der Hand (liegt), dass die Belastbarkeit der Ergebnisse nahezu jedes methodischen Ansatzes durch zusätzliche relevante Beobachtungen bzw. Daten verbessert werden kann“ (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ferner Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 226 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom).

c) Ohne Erfolg beanstandet die Beschwerdeführerin ferner, dass aus den Daten der drei Basisjahre lediglich zwei Veränderungswerte, nämlich von der ersten zur zweiten Regulierungsperiode (2006 auf 2010) sowie von der zweiten zur dritten Regulierungsperiode (2010 auf 2015), abgeleitet worden seien und auf die Ermittlung des dritten Veränderungswerts von der ersten zur dritten Regulierungsperiode (2006 auf 2015) verzichtet worden sei, obgleich damit ein Zeitraum von sogar zehn Jahren und nicht nur von jeweils fünf Jahren „überspannt“ würde. 250

aa) Mit diesem Einwand hat sich der Senat ebenfalls bereits im Zusammenhang mit der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom befasst und ihn für nicht durchgreifend erachtet (vgl. etwa Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 228 ff.); für das hiesige Verfahren ergibt sich nichts Abweichendes. Die Bundesnetzagentur hat zu dieser Problematik in der streitgegenständlichen Festlegung ausgeführt, dass theoretisch zwar ein Vergleich zwischen der ersten und der dritten Regulierungsperiode möglich gewesen wäre, dass für eine solche Betrachtung indes die Datenbasis hätte weiter eingengt werden müssen, weil entweder ein Unternehmen nicht zu allen drei Stützpunkten existiert habe bzw. habe zugeordnet werden können oder nicht für alle Perioden die zur Berechnung notwendigen Parameter bekannt gewesen seien. Die stattdessen vorgenommene stufenweise Betrachtung könne aufgrund der größeren Zahl von Beobachtungen robustere Ergebnisse liefern. Zudem werde hierdurch die Entwicklung des Sektors besser abgebildet, weil nicht zwei weit entfernte Stützpunkte miteinander verglichen würden, sondern die Entwicklung der Branche über mehrere Regulierungsperioden und damit auch Effekte innerhalb des Betrachtungszeitraums mit einem zusätzlichen Stützjahr abgebildet würden (Festlegung, S. 42). 251

bb) Im Hinblick darauf hat die Beschwerde mit ihrem Vorbringen keinen methodischen Fehler bei der Anwendung der Malmquist-Methode aufgezeigt. Zwar verhält sich das von der Bundesnetzagentur eingeholte Gutachten des WIK zu der streitgegenständlichen Fragestellung nicht, weil zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung – die finale Fassung wurde am 10.07.2017 veröffentlicht – allein die Datensätze der ersten beiden Regulierungsperioden vorlagen und lediglich angedacht war, den Datensatz um die Netzbetreiberinformationen der dritten Regulierungsperiode zu ergänzen (WIK-Gutachten, S. 54 ff.). Ein Rechtsfehler ist dennoch nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur hat sich im Rahmen des ihr zukommenden Beurteilungsspielraums bewegt und sich in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zugunsten einer möglichst großen Datenbasis gegen eine Einbeziehung der Veränderungswerte des Zeitraums von 2006 auf 2015 entschieden. Weder zeigt die Beschwerde auf, dass die von der Bundesnetzagentur getroffene Entscheidung, keinen Vergleich zwischen der ersten und der dritten Regulierungsperiode vorzunehmen, von vornherein ungeeignet ist, noch dass die zusätzliche Einbeziehung dieses Zeitraums in den 252

dynamischen Effizienzvergleich zu so deutlich überlegenen Ergebnissen – entsprechend der Zielsetzung einer möglichst treffsicheren Abschätzung der sektoralen Produktivitätsentwicklung – geführt hätte, dass die (Auswahl-)Entscheidung der Bundesnetzagentur als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28, 73 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ferner Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 228 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom).

d) Nicht durchgreifend ist auch der – ebenfalls schon vom Bundesgerichtshof behandelte – Einwand der Beschwerdeführerin, die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens bei den Malmquist-Berechnungen nicht zu berücksichtigen, sei ermessens- bzw. rechtsfehlerhaft und zudem unzureichend begründet. 253

aa) Die Bundesnetzagentur hat sich gegen eine Einbeziehung der Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens nach § 24 ARegV mit der Begründung entschieden, dass für diese Netzbetreiber die erforderlichen Daten zur Berechnung des Malmquist-Index nicht vorlägen, weil sie an den Effizienzvergleichen nicht teilgenommen hätten, deren Datensätze die Grundlage für die Bestimmung des Malmquist-Index bildeten (Festlegung, S. 37). Sinn und Zweck von § 24 ARegV sei es gerade, die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens vor organisatorischen und verfahrenstechnischen Belastungen aufgrund regulatorischer Vorgaben zu entlasten, die zu dem Umfang ihrer Betätigung am Markt und den vorhandenen Ressourcen außer Verhältnis stünden. Im Gegensatz zu der für die Ermittlung des Törnqvist-Index durchgeführten Datenerhebung hätten die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens Daten liefern müssen, die dem Umfang nach die Nachholung von teilweise bis zu drei Effizienzvergleichen innerhalb eines eng bemessenen Zeitfensters bedeutet hätte. Ein derartiger Aufwand sei vor dem Hintergrund, dass eine ausreichende, als repräsentativ anzusehende Marktabdeckung bereits durch die am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreiber gewährleistet sei, vollkommen unverhältnismäßig, denn eine signifikante Schwankung des Ergebnisses sei nicht zu erwarten gewesen, da sich der Effizienzwert des vereinfachten Verfahrens aus den Effizienzergebnissen des Regelverfahrens ableite. Die Daten für den Törnqvist-Mengenindex hätten einfach aus den Gewinn- und Verlustrechnungen entnommen werden können, während die für die Berechnung des Malmquist-Index notwendigen Daten von den betroffenen Netzbetreibern erst aufwendig nachträglich hätten ermittelt werden müssen (Festlegung, S. 51). 254

bb) Die insoweit getroffene Auswahlentscheidung der Bundesnetzagentur ist – wie der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) und ihm folgend der Senat (Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 231 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom) bereits entschieden haben – nicht zu beanstanden. 255

(1) Es ist schon dem eindeutigen Wortlaut der Regelung in § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV zu entnehmen, dass die Bundesnetzagentur auf die Einbeziehung der Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens verzichten kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Der Grund hierfür besteht nach der Verordnungsbegründung darin, kleine Netzbetreiber vor bürokratischem Aufwand zu schützen, der den des Effizienzvergleichs übersteigt, an dem diese Unternehmen nicht teilnehmen müssen (BR-Drs. 296/16, S. 34). Damit ist die nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV bestehende Ermessensausübung („kann“) durch den Ordnungsgeber in der Richtung vorgezeichnet, für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von einer Datenerhebung bei Netzbetreibern im vereinfachten Verfahren abzusehen (Hummel, in: Theobald/Kühling, 256

(2) Hinzu kommt, dass die Ausübung eines – so wie hier – eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens lediglich einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 157 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 27 – Stadtwerke Konstanz GmbH). Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben zeigt die Beschwerde weder auf noch ist dies sonst erkennbar, dass die Ermessensausübung der Bundesnetzagentur insoweit fehlerhaft erfolgt wäre, mithin ein relevanter Abwägungsfehler in Form eines Abwägungsausfalls, eines Abwägungsdefizits, einer Abwägungsfehleinschätzung oder einer Abwägungsdisproportionalität vorläge. Die Bundesnetzagentur hat den Zielkonflikt erkannt und sich angesichts des mit der nachträglichen Datenerhebung und -lieferung für die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens einhergehenden hohen Aufwands für eine kleinere Datenbasis (bestehend aus den Teilnehmern im Regelverfahren) mit der Begründung entschieden, dass eine ausreichend hohe und als repräsentativ einzustufende Marktabdeckung bereits durch die am Regelverfahren teilnehmenden Unternehmen gewährleistet und eine signifikante Veränderung der Ergebnisse bei Einbeziehung der Teilnehmer am vereinfachten Verfahren nicht anzunehmen sei, sondern allenfalls zu einer Schärfung der Ergebnisse geführt hätte. Hiergegen ist nichts zu erinnern. Soweit die Beschwerdeführerin die mangelnde Substanz dieser Ausführungen rügt, kann dies den Vortrag hinreichend konkreter, dem entgegenstehender Umstände, die Anlass zu einer weiteren Überprüfung der Ergebnisse hätten geben können, nicht ersetzen, weil der Senat keine greifbaren Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser behördlichen Darstellung hat.

257

Ein Ermessens- bzw. Abwägungsfehler resultiert insbesondere auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens in die Datenerhebung einbezogen und von diesen – so die Beschwerdeführerin – in deutlich größerem Umfang Daten angefordert habe, als dies für die Malmquist-Methode erforderlich gewesen wäre. Dieser Vergleich geht schon deswegen fehl, weil die Bundesnetzagentur sich insoweit in rechtsfehlerfreier Ausfüllung ihres Entscheidungsspielraums dafür entschieden hat, die Malmquist-Berechnungen ohne gesonderte Datenerhebung allein mit den ihr bereits vorliegenden Daten aus den drei statischen Effizienzvergleichen, an denen die Netzbetreiber im vereinfachten Verfahren nicht teilgenommen haben, durchzuführen. Im Gegensatz dazu mussten bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode ohnehin umfangreiche Daten bei den Betreibern von Gasversorgungsnetzen erhoben werden (vgl. Festlegung, S. 12 ff.). Der von der Beschwerde monierte vermeintliche Ermessens- bzw. Abwägungsfehler gründet mithin in der unterschiedlichen Methodik bzw. Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode auf der einen und der Malmquist-Methode auf der anderen Seite.

258

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Verweis der Beschwerdeführerin auf die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom für die dritte Regulierungsperiode im Hinblick auf einen behauptetermaßen größeren Datenerhebungsaufwand namentlich der Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens bei den erhobenen Strukturdaten. Auch dort sind die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens – in rechtlich nicht zu beanstandender Weise (vgl. etwa Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 216 ff.) – nicht in die Malmquist-Berechnungen einbezogen worden. Der vermeintliche Mehraufwand bezieht sich daher lediglich auf die Törnqvist-Methode. Im Übrigen ist das Vorgehen der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen

259

sektoralen Produktivitätsfaktors Strom ohne Relevanz für die hier allein zu beurteilende Rechtmäßigkeit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 89 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

Darüber hinaus hätte eine – neben der erforderlichen Törnqvist-Datenerhebung – für die Malmquist-Berechnungen durchzuführende weitere Datenerhebung für die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens in der Tat einen erheblichen zusätzlichen Aufwand bedeutet, was – entgegen der § 24 ARegV (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 68) wie auch § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 34) zugrunde liegenden Intention des Verordnungsgebers, kleine Netzbetreiber mit regulatorischem Aufwand nicht überproportional zu belasten – dazu geführt hätte, dass die Teilnehmer am vereinfachten Verfahren im Ergebnis stärker belastet worden wären als die Teilnehmer des Regelverfahrens (so bereits Senat, a.a.O., Rn. 233 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). 260

Hinzu kommt, dass Tauglichkeit und Validität der Datengrundlage nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Umständen gehören, 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 (BGH, a.a.O., Rn. 19 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Senat, a.a.O., Rn. 234). Dies ist hier erfolgt, ohne dass nach den dafür geltenden Maßgaben ein Abwägungsfehler aufgezeigt oder ersichtlich ist. Die Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen stellt ebenfalls eine methodische Frage dar, bei der der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht (BGH, a.a.O., Rn. 17 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). 261

cc) Die Beschwerdeführerin zeigt – im Hinblick auf die der Bundesnetzagentur normativ eingeräumte Möglichkeit, auf die Daten der Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens und damit der kleineren Gasnetzbetreiber zu verzichten (vgl. § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV) – auch nicht auf, dass durch diese (Stichproben-)Begrenzung das anhand der Malmquist-Methode ermittelte Ergebnis für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in einer Weise verzerrt würde, dass die – insoweit begrenzte – Datengrundlage als in einem Maße ungeeignet angesehen werden müsste („greifbar“), dass die Bundesnetzagentur sie nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar hätte ansehen dürfen (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 149 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ferner BGH, a.a.O., Rn. 37, 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Das unter Sachverständigenbeweis gestellte Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe durch die Nichtberücksichtigung der rund 600 Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens, die ca. 22 % des Marktes ausmachten, eine „Unschärfe“ bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in Kauf genommen, indem sie sich mit einer Marktabdeckung von rund 78 % begnügt habe, während ihr an anderer Stelle, nämlich bei der Frage der Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall, eine Marktabdeckung von 94 % nicht ausgereicht habe, ist dafür nicht genügend. Hinzu kommt, dass eine mögliche Ergebnisverzerrung lediglich ein Aspekt ist, den die Bundesnetzagentur bei ihrer Auswahlentscheidung zu berücksichtigen hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 19, 22, 24, 75 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 262

dd) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Bundesnetzagentur ihre Entscheidung, auf die Teilnehmer am vereinfachten Verfahren zu verzichten, auch ausreichend begründet. 263

Sie hat insoweit im Wesentlichen auf die methodische Grundentscheidung, die Malmquist-Berechnungen auf Basis der Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen durchzuführen, sowie den regulatorischen Aufwand abgestellt, der für die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens mit der Bereitstellung bzw. Nachlieferung der insoweit erforderlichen Kosten- und Strukturdaten anfiel, wenn man diese in den dynamischen Effizienzvergleich einbeziehen wollte. Dabei hat die Bundesnetzagentur sich – wenn auch relativ kurz und wenig detailliert, im Ergebnis jedoch ausreichend – mit der Frage der hinreichenden Repräsentativität der Datengrundlage für die Gasnetzbranche im Hinblick auf die Vorgabe, einen branchenweit geltenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu ermitteln, auseinandergesetzt, die sie bereits aufgrund der am Regelverfahren teilnehmenden Stromnetzbetreiber für gegeben erachtet hat (Festlegung, S. 51). Dies genügt den Anforderungen des Bundesgerichtshofs an die Begründung von Entscheidungen mit Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 63 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Zu einem „Mehr“ an Begründung insbesondere zur Frage der Zumutbarkeit des Aufwands für die Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens war die Bundesnetzagentur – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht verpflichtet. Ihre bereits in dem angefochtenen Beschluss angestellten Erwägungen hat die Bundesnetzagentur zudem im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entsprechend § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG (vgl. auch § 67 Abs. 4 EnWG) sowie § 114 Satz 2 VwGO in zulässiger Weise ergänzt und nicht nachgeholt (sich gegen die Zulässigkeit einer Nachholung aussprechend BGH, Beschl. v. 07.06.2016 – EnVR 62/14, juris Rn. 46 – Festlegung volatiler Kosten), indem sie etwa zur Begründung einer ausreichenden Marktabdeckung (ca. 78 %) auf den Umfang der im Jahr 2015 von den am Regelverfahren teilnehmenden Verteilernetzbetreibern durchgeleiteten Gasmengen verwiesen hat, die mit 542 TWh diejenigen der am vereinfachten Verfahren teilnehmenden Verteilernetzbetreiber von 164 TWh deutlich überstiegen haben. Die Ergänzung ist zulässig, weil die Festlegung hierdurch weder in ihrem Wesen verändert wird noch damit eine Neuvornahme der angefochtenen Entscheidung verbunden ist (Theobald/Werk, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 73 EnWG Rn. 15; Senat, Beschl. v. 01.09.2021 – VI-3 Kart 209/20 [V], juris Rn. 112 ff.; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 241 m.w.N.).

264

e) Nicht durchgreifend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, ein intertemporaler Vergleich mittels eines dynamischen Effizienzvergleichs der (genehmigten) Aufwands- und Vergleichsparameter dreier Regulierungsperioden verbiete sich bereits aufgrund zahlreicher endogener (Netzbetreibergründungen, -ausgliederungen, -auflösungen und -fusionen, Netzübergänge und -absaltungen sowie nicht durchgängige Teilnahme von Netzbetreibern am Effizienzvergleichsverfahren) und exogener (Rechts- und Rechtsprechungsänderungen sowie Modifikationen der behördlichen Prüfpraxis) Strukturveränderungen sowie unterschiedlicher Definitionen der Output- und Kostendaten während des Betrachtungszeitraums, da dies zu einer inkonsistenten und damit ungeeigneten Datengrundlage und in deren Folge zu einem verzerrten Malmquist-Ergebnis führe. Dadurch würden nahezu zwangsläufig Ungenauigkeiten und Sensitivitäten aus den statischen Effizienzvergleichen auf die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors übertragen, was nicht sachgerecht sei.

265

aa) Ein Rechtsfehler wird damit nicht aufgezeigt. Auch zu dieser Problematik hat sich der Senat im Zusammenhang mit den Beschwerden gegen die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom auf Basis der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits verhalten (vgl. etwa Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 248 ff.). Hier gilt nichts anderes. Aspekte, die im hiesigen Verfahren eine abweichende Entscheidung rechtfertigten oder erforderten, sind nicht ersichtlich.

266

- bb)** Unter Berücksichtigung des der Regulierungsbehörde insoweit zukommenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums und dessen eingeschränkter gerichtlicher Überprüfbarkeit ist es methodisch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur für die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas nach der Malmquist-Methode die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen (§§ 12 ff. ARegV) verwendet hat (BGH, a.a.O., Rn. 112 ff., 126 ff., 152 f., 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die damit (möglicherweise) verbundenen Inkonsistenzen der Datenbasis geben keinen Anlass, dass mit der Malmquist-Methode gewonnene Ergebnis als unwissenschaftlich zu verwerfen; dies ist vielmehr Folge des rechtsfehlerfrei gewählten methodischen Ansatzes (vgl. BGH, a.a.O., insb. Rn. 152 f., 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 56 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin keine zwingende oder greifbar überlegene, praktikable alternative methodische Vorgehensweise zur Vermeidung dieser Problematik aufzeigt (vgl. zum Ganzen auch Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 248 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). 267
- f)** Aus den gleichen Gründen greift auch die wiederum die Eignung der Datenbasis betreffende Beschwerderüge nicht durch, wonach die – angesichts der Unterschiede bei den Vergleichsparametern der drei statischen Effizienzvergleiche – hohe Anzahl von zu bildenden Überkreuzparametern die Datengrundlage „systematisch inkonsistent“ und für einen dynamischen Effizienzvergleich ungeeignet gemacht habe, weil die Überkreuzparameter keine Vergleichsparameter in den statischen Effizienzvergleichen gewesen seien, so dass mit ihnen keine Aufholeffekte identifiziert werden könnten, weshalb die konkrete Anwendung des Malmquist-Index unwissenschaftlich und konträr zur eigentlichen Zielsetzung sei (vgl. etwa Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 246 f. zur identischen Problematik bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). 268
- Soweit die Beschwerdeführerin unter Verweis auf ein einzuholendes gerichtliches Sachverständigengutachten einwendet, die Bildung sog. „Überkreuzparameter“ trage nicht zur Vergleichbarkeit der Datengrundlage bei, ist (auch) dieses Vorbringen weder geeignet, die offensichtliche Ungeeignetheit des Vorgehens der Bundesnetzagentur noch die greifbare Überlegenheit eines anderen methodischen Vorgehens unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände aufzuzeigen mit der Folge, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden könnte (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 269
- g)** Unbegründet ist auch der weitere in diesem Kontext erhobene Einwand, dass durch den Umgang der Bundesnetzagentur mit den ihr vorliegenden Daten, namentlich bei der Aggregation von Teilnetzen und in Bezug auf den Ausschluss der ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber, die Datenbasis verzerrt werde, so dass keine wissenschaftlichen Standards genügende Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode möglich sei. 270
- aa)** Konkret rügt die Beschwerdeführerin insoweit, dass bei der Aggregation der Datensätze von Netzbetreibern und Netzen aus den beiden aufeinanderfolgenden Regulierungsperioden erhebliche Unschärfen in Kauf genommen worden seien, um eine breitere Datengrundlage zu erreichen. So seien insbesondere die Jahreshöchstlasten, die tatsächlich nicht gleichzeitig aufträten, und die mit Bodenklassen gewichteten Leitungslängen unsachgemäß aggregiert worden (vgl. Festlegung, S. 40 f.). Dies habe zu erheblichen Unschärfen geführt. Die fünf ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber seien sogar vollständig aus der Betrachtung 271

entfernt worden (vgl. Festlegung, S. 41).

bb) Die Einwände der Beschwerdeführerin haben keinen Erfolg. Sie zeigt weder einen methodischen Fehler noch einen Abwägungsfehler bei der Anwendung des Malmquist-Index auf. 272

(1) Die Bundesnetzagentur hat in der Festlegung den Zielkonflikt zwischen einer möglichst großen Datenbasis einerseits und möglichen Verzerrungen durch Unschärfen bei der Zuordnung von Netzbetreibern bzw. Teilnetzen andererseits erkannt, die Vor- und Nachteile möglicher Lösungen aufgezeigt und sich letztlich zugunsten einer breiteren Datenbasis mit der Begründung entschieden, dass eine Sensitivitätsrechnung, bei der alle Netzbetreiber bzw. Teilnetze aus dem Datensatz entfernt worden seien, bei denen eine Aggregation von Teilnetzen erforderlich gewesen wäre, gezeigt habe, dass mögliche Verzerrungen durch Unschärfen bei der Aggregation einzelner Parameter als nicht signifikant einzustufen seien (Festlegung, S. 40 f.). 273

(2) Dies ist ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz. Methodik-, Anwendungs- oder Abwägungsfehler sind insoweit weder dargetan noch sonst erkennbar (vgl. bereits BGH, a.a.O., Rn. 154 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ferner BGH, a.a.O., Rn. 56 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). 274

Die Beschwerdeführerin zeigt weder auf, dass der von der Bundesnetzagentur gewählte Ansatz bei der Zuordnung von Netzen bzw. Netzbetreibern zwischen zwei Regulierungsperioden von vornherein ungeeignet, noch dass er einem anderen methodischen Vorgehen greifbar unterlegen ist. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich vielmehr darauf, der Bundesnetzagentur Versäumnisse in der methodischen Genauigkeit vorzuwerfen und der Datengrundlage angesichts dessen pauschal die Eignung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode abzuspochen. Dieses Vorbringen ist nicht genügend, um eine von vornherein bestehende Ungeeignetheit oder greifbare Unterlegenheit des Ansatzes der Bundesnetzagentur zu begründen. 275

Auch die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe es versäumt, im Beschwerdeverfahren die behauptete „Kontrollberechnung“ vorzulegen, weshalb sie sich gegen die betreffende Argumentation der Bundesnetzagentur nicht wirksam verteidigen könne, führt insoweit zu keiner abweichenden Bewertung. Zumal weder Anhaltspunkte dafür bestehen noch solche von der Beschwerdeführerin dargetan werden, dass der bereits in der angegriffenen Festlegung erfolgte Verweis auf eine durchgeführte Sensitivitätsrechnung und die dabei erzielten Ergebnisse (Festlegung, S. 41) unzutreffend sein könnte. Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf, dass sie sich gegenüber der Bundesnetzagentur vergeblich um eine – grundsätzlich mögliche – Einsicht in das die Sensitivitätsrechnung beinhaltende Aktenstück bemüht hat bzw. dass ein solches Dokument in den Akten nicht vorhanden war. 276

Ebenso wenig zeigt die Beschwerdeführerin auf, dass sich bei einer anders zusammengesetzten bzw. aufbereiteten „Stichprobe“ (Datengrundlage) konsistentere Ergebnisse auf Basis der Malmquist-Methode und in deren Folge ein ihr günstigerer, unterhalb von 0,49 % liegender Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ergeben hätte. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung ist vor diesem Hintergrund nicht veranlasst (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 58 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Ein Abwägungsfehler ist ebenfalls weder dargetan noch sonst erkennbar (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 157 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 277

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in Bezug auf die Aggregation der mit Bodenklassen gewichteten Leitungslängen überdies ergänzend darauf verwiesen, dass die Abweichung des Anteils der vorherrschenden Bodenklasse 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0-1 m) in der dritten Regulierungsperiode gegenüber der zweiten Regulierungsperiode hauptsächlich auf die Verwendung einer detaillierteren Bodenübersichtskarte zurückzuführen sei (Bodenübersichtskarte im Maßstab 1:1.000.000 gegenüber einer Bodenübersichtskarte im Maßstab 1:250.000) und mit einer verbesserten Methodik per se keine Verzerrungen begründet werden könnten. Diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin nicht (mehr) entgegengetreten. Damit hat die Bundesnetzagentur ihre bereits in dem angefochtenen Beschluss angestellten Erwägungen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entsprechend § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG (vgl. auch § 67 Abs. 4 EnWG) sowie § 114 Satz 2 VwGO in zulässiger Weise ergänzt.

(3) Auch die Entfernung der fünf ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber aus dem Datensatz für den dynamischen Effizienzvergleich zwischen der ersten und zweiten Regulierungsperiode ist nicht zu beanstanden. 279

(a) Die Bundesnetzagentur verweist darauf, dass für die ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber bestimmte Parameter für die erste Regulierungsperiode, namentlich die versorgte Fläche, nicht hätten ermittelt werden können, weil diese zur ersten Regulierungsperiode Teil eines eigenen Effizienzvergleichs für regionale Fernleitungsnetzbetreiber gewesen seien, so dass keine Vergleichbarkeit über die Zeit hergestellt werden können, weshalb sie diese Netzbetreiber aus dem Datensatz entfernt habe (Festlegung, S. 41). 280

(b) Zwar läuft die Entfernung aus dem Datensatz dem Ziel der Bundesnetzagentur – einer größtmöglichen Datenbasis – zuwider. Doch lässt (auch) diese Differenzierung keinen Rechts- oder Abwägungsfehler erkennen. Weder wird die offensichtliche Ungeeignetheit des Ausschlusses noch die greifbare Überlegenheit eines alternativen Vorgehens aufgezeigt. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zur Rechtfertigung des Ausschlusses der ehemaligen regionalen Fernleitungsnetzbetreiber aus dem Datensatz überdies ergänzend darauf verwiesen, dass aufgrund des unverhältnismäßig großen Datenerhebungsaufwands (auch) keine kontrafaktischen Kontrollrechnungen durchgeführt worden seien, und damit entsprechend § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG (vgl. auch § 67 Abs. 4 EnWG) in zulässiger Weise ihre Begründung ergänzt, weil die Festlegung hierdurch weder in ihrem Wesen verändert wird noch damit eine Neuvornahme der angefochtenen Entscheidung verbunden ist (anders bei der Nachholung einer gänzlich fehlenden Begründung BGH, Beschl. v. 07.06.2016 – EnVR 62/14, juris Rn. 46 – Festlegung volatiler Kosten). 281

Soweit die Beschwerdeführerin dem entgegenhält, die Bundesnetzagentur könne nicht einfach unter pauschalem Verweis auf einen nicht näher erläuterten, angeblich unverhältnismäßigen Datenerhebungsaufwand auf entsprechende Kontrollberechnungen verzichten, weil sie den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach dem Stand der Wissenschaft zu ermitteln habe, so führt dieses Vorbringen zu keiner abweichenden Beurteilung. Die Beschwerdeführerin lässt bei ihrer Rüge außer Acht, dass (auch) die Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen eine methodische Frage darstellt, bei der der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht (BGH, a.a.O., Rn. 20 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 17 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). Die Beschwerdeführerin zeigt insoweit weder auf noch ist dies sonst erkennbar, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur, auf die 282

ehemals regionalen Fernleitungsnetzbetreiber für den dynamischen Effizienzvergleich zwischen der ersten und der zweiten Regulierungsperiode zu verzichten bzw. diese vollständig aus dem Datensatz zu entfernen, offensichtlich ungeeignet bzw. ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen gewesen wäre, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Bundesnetzagentur war daher auch nicht verpflichtet, näher zu erläutern, weshalb der Datenerhebungsaufwand aus ihrer Sicht unverhältnismäßig gewesen ist. Die Beschwerdeführerin geht im Hinblick auf die erforderliche Begründung vielmehr von einem unzutreffenden Maßstab aus. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweisaufnahme ist in Anbetracht dessen daher nicht erforderlich.

h) Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur hätte in den Aufwandparametern die erhebliche Absenkung der Eigenkapitalzinssätze in der dritten Regulierungsperiode bereinigen und stattdessen ein gleichbleibendes Niveau der Eigenkapitalzinsen von 9,05 % für Neuanlagen und 7,14 % für Altanlagen zugrunde legen müssen, greift ebenso wenig durch wie der Einwand, die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur führe zu einer doppelten Berücksichtigung regulatorisch vorgegebener Zinsabsenkungen in der dritten Regulierungsperiode, einmal in der Kostenprüfung über die Ansätze für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und ein weiteres Mal im Rahmen des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, wo die sinkenden Eigenkapitalzinssätze als Produktivitätsfortschritt missinterpretiert würden. 283

aa) Auch mit dieser Fragestellung hat sich der Bundesgerichtshof bereits befasst und in seinen Entscheidungen vom 26.01.2021 (u.a. EnVR 7/20) die grundsätzliche Zulässigkeit des Ansatzes der Bundesnetzagentur (vgl. Festlegung, S. 33) zur Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Malmquist-Methode bestätigt (BGH, a.a.O., Rn. 127 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; diesem folgend Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 263 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). Folgte man der Ansicht der Beschwerdeführerin, liefe dies auf einen sachwidrigen Eingriff in den in § 9 Abs. 3 ARegV angelegten und von der Bundesnetzagentur mit der Törnqvist- wie der Malmquist-Methode auch angewandten, auf hinreichend aussagekräftige Vergangenheitswerte gegründeten retrospektiven Ansatz als Instrument zur Prognose der zu erwartenden Produktivitätsentwicklung hinaus (BGH, a.a.O., Rn. 128 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Senat, a.a.O., Rn. 264). 284

bb) Es kommt insoweit auch zu keiner unzulässigen Doppelberücksichtigung sinkender Eigenkapitalzinssätze und damit zu einer doppelten wirtschaftlichen Benachteiligung der Netzbetreiber (BGH, a.a.O., Rn. 127 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Nichtberücksichtigung der Veränderung der Eigenkapitalverzinsung würde zu einer Verzerrung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors führen, weil die Veränderung der Eigenkapitalverzinsung dann nur einseitig bei der Gesamtwirtschaft angesetzt wäre, obgleich die Eigenkapitalzinsen Bestandteil der Inputpreise sowohl bei den Netzbetreibern als auch in der Gesamtwirtschaft sind (Senat, a.a.O., Rn. 264). Die Beschwerdeführerin zeigt keine Aspekte auf, die vorliegend eine abweichende Entscheidung rechtfertigten oder erforderten. Insbesondere ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der von der Beschwerdeführerin favorisierte Ansatz eines gleichbleibenden Zinsniveaus greifbar überlegen wäre. Der Umstand, dass sich allein hierdurch der generelle sektorale Produktivitätsfaktor nach der Malmquist-Methode behauptetermaßen ceteris paribus um 0,71 Prozentpunkte auf 0,21 % reduzierte, ist für sich genommen ohne Relevanz (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 25, 156 f. – 285

Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

cc) Die Zinssatzabsenkung war auch rechtskonform. Das Bundesverfassungsgericht hat die 286
gegen die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (u.a. Beschl. v. 03.03.2020 – EnVR
26/18, juris Rn. 4 ff. – Eigenkapitalzinssatz III) betreffend die Festlegungen zu den
Eigenkapitalzinssätzen der dritten Regulierungsperiode (BK4-16-160 und BK4-16-161)
gerichteten Verfassungsbeschwerden verschiedener Netzbetreiber (schon) nicht zur
Entscheidung angenommen (BVerfG, Beschl. v. 29.07.2021 – 1 BvR 1588/20, 1 BvR 1776/20
und 1 BvR 1778/20, juris). Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung ist vor diesem
Hintergrund nicht veranlasst.

3. Die Beschwerde wendet sich auch ohne Erfolg gegen die von der Bundesnetzagentur im 287
Zusammenhang mit der sog. „Ausreißerbereinigung“ getroffenen Auswahlentscheidungen.
Die zur Anwendung gebrachten Methoden der Ausreißeranalyse seien ungeeignet bzw.
unzureichend und führten zu einer fehlerhaften Ermittlung der für die Malmquist-
Berechnungen maßgeblichen Datenbasis (Tatsachengrundlage).

Unbegründet ist insbesondere der Einwand, die Bundesnetzagentur habe mit der Wahl des 288
einfachen „Trimming,“ bei dem als Ausreißer klassifizierte Netzbetreiber gänzlich aus dem
Datensatz entfernt würden, anstelle des komplexeren „Winsorizing“, bei welchem einem als
Ausreißer identifizierten Netzbetreiber ein künstlicher Effizienzwert zugewiesen werde, die
Ausreißerbereinigung nicht sachgerecht vorgenommen und damit den generellen sektoralen
Produktivitätsfaktor auf Basis der Malmquist-Methode unwissenschaftlich und unzutreffend
ermittelt. Diese Methodenwahl wirke sich insbesondere bei der Dateneinhüllungsanalyse
(DEA) angesichts deren Anfälligkeit für Ausreißer bei Messfehlern nachteilig aus und sei
mitursächlich dafür, dass die verwendete Datengrundlage zur Berechnung des generellen
sektoralen Produktivitätsfaktors mit dem Malmquist-Index ungeeignet sei.

a) Auch hierzu hat sich der Senat im Zusammenhang mit der Ermittlung des generellen 289
sektoralen Produktivitätsfaktors Strom unter Zugrundelegung der einschlägigen
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits positioniert (vgl. etwa Senat, Beschl. v.
16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 266 ff.; VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 252 ff.). Das
Vorbringen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall führt zu keiner abweichenden
Beurteilung.

Die Bundesnetzagentur hat sich in der angegriffenen Festlegung in Bezug auf die 290
Ausreißeranalyse auf das von ihr eingeholte Gutachten des WIK bezogen (Festlegung, S. 43
f.), das unter dezidierter Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen beider Methoden
der Ausreißerbereinigung in der hiesigen Konstellation die Anwendung des „Trimming“
befürwortet, weil diese Methodik in der wissenschaftlichen Praxis deutlich weiter verbreitet
und sowohl bei der DEA als auch bei der SFA (stochastische Effizienzgrenzenanalyse)
anwendbar sei, während das „Winsorizing“ in beiden Varianten („Winsorizing I und II“) durch
den Rückgriff auf das Supereffizienzkriterium nur in der DEA implementierbar sei und
überdies eine Manipulation der Ausgangsdaten zur Folge habe. Zudem verweist das WIK
darauf, dass allein die Anwendung des „Trimming“ ein vergleichbares bzw. konsistentes
Vorgehen zu den statischen Effizienzvergleichen ermögliche, die die Datenbasis für die
Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode
bildeten (WIK-Gutachten, S. 60 f.).

b) Der Beschwerdeführerin gelingt es in Anbetracht dessen weder, die von vornherein 291
bestehende Ungeeignetheit der von der Bundesnetzagentur angewendeten Methode des
„Trimming“, noch die greifbare Überlegenheit des von ihr präferierten „Winsorizing“

aufzuzeigen. Es erfolgt nicht einmal ein Aufweis, dass und inwiefern die Möglichkeit besteht, dass diese Methode der Ausreißerbereinigung konsistentere bzw. verlässlichere Ergebnisse der Malmquist-Methode und in deren Folge einen für die Beschwerdeführerin günstigeren Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ergeben hätte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die von der Bundesnetzagentur zur Anwendung gebrachte Methode des „Trimming“ zu einer erheblichen Ergebnisverzerrung des nach der Malmquist-Methode ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors geführt hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 68, 146, 150 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 39 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II), sind ebenfalls weder dargetan noch sonst ersichtlich.

4. Unbegründet sind auch die Beschwerderügen betreffend die von der Bundesnetzagentur zur Berechnung der Effizienzgrenzenverschiebung („Frontier Shift“) angewendeten Berechnungsmethoden der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA) und der Dateneinhüllungsanalyse (DEA) sowie der damit in Zusammenhang stehenden Auswahlentscheidungen. 292

a) Die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung verwendete SFA-Methodik (Festlegung, S. 44 ff.) ist nicht zu beanstanden. 293

Die hiergegen gerichteten Einwände, die Methode der „Pooled SFA“ entspreche nicht dem aktuellen Stand der Wissenschaft, sie eigne sich aufgrund der zu einfachen Spezifikation nicht für einen dynamischen Effizienzvergleich, sie vermöge individuelle nicht von generellen Effizienzgewinnen zu unterscheiden und es hätten fortschrittlichere Verfahren zur Verfügung gestanden, die allein aufgrund der minderwertigen Datengrundlage nicht hätten angewendet werden können, greifen – wie der Senat bereits im Zusammenhang mit den gegen die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom geführten Beschwerden entschieden hat (vgl. etwa Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 271 ff.; VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 257 ff.) – nicht durch. Hieran hält der Senat auch für den Gasbereich fest. 294

aa) Der Bundesgerichtshof hat sich namentlich in seinen Entscheidungen vom 26.01.2021 (u.a. EnVR 7/20) auch intensiv mit der verwendeten SFA-Methodik auseinandergesetzt und diese nicht beanstandet (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 139 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dabei hat er sich konkret mit dem gegenüber dieser Methode erhobenen Einwand der mangelnden Separierbarkeit der Effizienzgrenzenverschiebung von individuellen Aufholeffekten (BGH, a.a.O., Rn. 141 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), der Notwendigkeit einer Bereinigung der damit berechneten Werte um Aufholeffekte (BGH, a.a.O., Rn. 139 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), der Frage des Erfordernisses einer separaten Modellierung eines möglichen Einflusses von Aufholeffekten auf den Ineffizienzterm (BGH, a.a.O., Rn. 147 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und der Zulässigkeit der Verwendung einer Halbnormalverteilung anstelle einer für den Ineffizienzterm im Ausgangspunkt zugrunde gelegten Exponentialverteilung zur Vermeidung von Konvergenzproblemen (BGH, a.a.O., Rn. 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) befasst und dabei keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Ausfüllung des der Bundesnetzagentur insoweit zustehenden (weiten) Beurteilungs- und Ermessensspielraums gesehen. 295

bb) Die Beschwerde zeigt keine Gesichtspunkte auf, die im hiesigen Verfahren eine abweichende Entscheidung rechtfertigen oder erfordern könnten. Insbesondere werden keine hinreichenden neuen Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur ungeeignet oder einem anderen Vorgehen unter Berücksichtigung des 296

damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände greifbar unterlegen wäre. Das Beschwerdevorbringen veranlasst daher auch keine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 143 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

Die Beschwerdeführerin kritisiert lediglich pauschal die vermeintliche Ungeeignetheit der Ausgestaltung der SFA als sog. „Pooled SFA“, ohne konkret aufzuzeigen, dass und inwieweit mit einer anderen Methode zumindest die Möglichkeit bestanden hätte, auf Basis der bestehenden Datengrundlage konsistentere bzw. belastbarere Ergebnisse der Malmquist-Methode und in deren Folge einen der Beschwerdeführerin günstigeren Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu erhalten (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 144, 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der schlichte Verweis auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist insoweit nicht geeignet, den erforderlichen Sachvortrag zu ersetzen. Darüber hinaus kann – worauf die Bundesnetzagentur mit Recht hinweist – allein aus dem Umstand, dass eine an sich vorzugswürdigere Methode, die bei wissenschaftlicher Betrachtung, etwa aufgrund fehlender Beobachtungszahlen, nicht angewendet werden kann bzw. keine robusten Ergebnisse liefert, nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die stattdessen angewendete Methode – hier die „Pooled SFA“ – damit nicht dem Stand der Wissenschaft entspricht und die mit ihr gewonnenen Ergebnisse zu verwerfen sind. 297

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus unter Verweis auf das für den BDEW erstellte Gutachten von Oxera vom 17.11.2017 (dort S. 8) die Ausgestaltung der SFA als „Pooled SFA“ als nicht dem Stand der Wissenschaft entsprechend rügt, weil dieses Modell nicht – auch nicht über das „Rauschen“, den sog. Störterm – in der Lage sei, den „Frontier Shift“ vom „Catch-up“-Effekt zu trennen, weshalb tatsächliche Aufholeffekte von ineffizienten Unternehmen als Verschiebung der Effizienzgrenze fehlinterpretiert würden, führt auch dieser Vortrag zu keiner anderen Bewertung. Dass die angewandte Methodik von vornherein ungeeignet oder eine andere Vorgehensweise, für die die erforderlichen Daten zur Verfügung gestanden hätten, für einen dynamischen Effizienzvergleich greifbar überlegen wäre, hat die Beschwerde nicht aufgezeigt. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus dem Oxera-Gutachten. Die Bundesnetzagentur befand sich vielmehr in einem bereits in der angefochtenen Festlegung angesprochenen Zielkonflikt zwischen der theoretischen Vorteilhaftigkeit einer Spezifikation und ihrer praktischen Anwendbarkeit aufgrund der vorhandenen Datengrundlage. Der bereits im Konsultationsverfahren geäußerten Kritik, die Verwendung einer „Pooled SFA“ erlaube keine Separierung in „Catch-up“ und „Frontier Shift“, hat sie dabei entgegengehalten, die verwendete Methode entspreche der wissenschaftlichen Praxis. Obwohl keine explizite Modellierung des Aufhol- bzw. „Catch-up“-Effekts erfolge, erlaube der methodische Ansatz über den Ineffizienzterm eine Trennung von „Catch-up“ und „Frontier Shift“ (Festlegung, S. 45). 298

Diese Ausführungen werden auch durch das WIK-Gutachten bestätigt. Das WIK spricht sich trotz der vorhandenen Schwächen der „Pooled SFA“ für die Anwendung dieser an der wissenschaftlichen Praxis orientierten und laut WIK im Rahmen von Testrechnungen auf ihre Robustheit geprüften SFA-Spezifikation aus, weil mit ihr – wenn auch ohne eine explizite Modellierung des „Catch-up“-Effekts – eine Trennung von „Catch-up“ und „Frontier Shift“ möglich und es überdies sinnvoll sei, neben der DEA eine stochastische Methode zur Ermittlung des „Frontier Shift“ zur Anwendung zu bringen, um nachhaltige Charakteristika der DEA, wie etwa die Anfälligkeit gegenüber Ausreißern, auszugleichen (WIK-Gutachten, S. 7 f.). 299

Angesichts dessen ist die angewendete SFA-Spezifikation („Pooled SFA“) im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur ist insoweit einen methodischen Kompromiss eingegangen, ohne dass seitens der Beschwerde dargetan wird oder sonst erkennbar ist, dass dieses Vorgehen zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung offensichtlich ungeeignet oder einem anderen methodischen Vorgehen greifbar unterlegen wäre (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 141 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dies kann auch dem zitierten Oxera-Gutachten nicht entnommen werden. Dort wird lediglich der von der Bundesnetzagentur in der angefochtenen Festlegung bereits eingeräumte Nachteil, dass die Methode der „Pooled SFA“ keine Trennung zwischen „Catch-up“ und „Frontier Shift“ erlaube, angesprochen; das Gutachten verhält sich jedoch nicht zu der von der Beschwerdeführerin aufgestellten Behauptung, dass auch über das „Rauschen“ bzw. den Stör- oder Ineffizienzterm keine Trennung zwischen „Catch-up“ und „Frontier Shift“ möglich sei.

Soweit die Beschwerdeführerin moniert, dass ihr die von der Bundesnetzagentur erstmals in 301 der Beschwerdeerwiderung (dort S. 86 f.) ohne nähere Konkretisierung erwähnten Sensitivitätsrechnungen, die diese zur Überprüfung der Robustheit der Ergebnisse durchgeführt haben will und die auch Modelle mit einer expliziten Modellierung der Ineffizienz über die Zeit beinhaltet hätten, nicht bekannt und diese auch nicht Bestandteil des Verwaltungsvorgangs seien, so dass nicht nachvollzogen werden könne, ob tatsächlich alle vertretbaren Ansätze einer umfassenden Prüfung unterzogen worden seien, führt auch dieser Einwand zu keiner abweichenden Beurteilung. Zunächst sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der zugegebenermaßen pauschale Vortrag der Bundesnetzagentur zu den durchgeführten Sensitivitätsrechnungen und deren Ergebnissen nicht den Tatsachen entspricht, zumal auch im WIK-Gutachten (dort S. 8) „Testrechnungen“ erwähnt werden. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV angesichts des erheblichen Aufwands, der regelmäßig mit der Entwicklung eines konkreten Modells zur Erfassung eines komplexen, regulatorisch relevanten Sachverhalts, der Erhebung und Aufbereitung der hierfür erforderlichen Daten sowie der Anwendung des Modells und der Überprüfung der hierbei gewonnenen Ergebnisse verbunden ist, nicht verpflichtet ist, eine Entscheidung für einen bestimmten Ansatz erst dann zu treffen, wenn sämtliche theoretisch möglichen Alternativen vollständig „durchgespielt“ sind; zumal jede Methode wiederum mit eigenen Unsicherheiten behaftet ist, die sich auf das Ergebnis auswirken können, ohne dass sich der Umfang der Auswirkung verlässlich quantifizieren oder auch nur abschätzen ließe (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 21 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Wählt die Regulierungsbehörde daher mit schlüssigen Erwägungen einen bestimmten, dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Ansatz aus, ist dies grundsätzlich ausreichend (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 23 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). So liegt es auch hier.

b) Auch die Auswahl der Kostenfunktion bei der stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA) ist nicht zu bemängeln. 302

aa) Ohne Erfolg rügt die Beschwerde, bei der ausgewählten Cobb-Douglas-Kostenfunktion 303 handele es sich um einen einfacheren, weniger genauen, nicht dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Funktionstyp, auf den zurückgegriffen worden sei, weil die aus theoretischer Sicht vorzugswürdigere Spezifikation wegen der minderwertigen Datengrundlage zu Konvergenzproblemen geführt habe.

Auch zu dieser Problematik hat sich der Senat im Zusammenhang mit den Beschwerden 304 gegen die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom bereits geäußert und den Einwand zurückgewiesen (vgl. etwa Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris

Rn. 279 ff.; VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 266 ff.). Hieran ist auch im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beschwerdeführerin festzuhalten.

(1) Die Bundesnetzagentur hat sich zur Frage der Kostenfunktion in der Festlegung auf das von ihr eingeholte Gutachten des WIK bezogen (Festlegung, S. 44 f.), das sich angesichts der konkreten Datenlage, namentlich der relativ hohen Anzahl an Outputparametern im Verhältnis zur Größe der Stichprobe, für die Verwendung einer an die Cobb-Douglas-Funktion angelehnten Spezifikation der Kostenfunktion anstelle einer flexibleren, die realen Zusammenhänge theoretisch tendenziell besser abbildenden, jedoch mit größeren Konvergenz- und Multikolaritätsproblemen verbundenen Translog-Funktion ausspricht (WIK-Gutachten, S. 62). 305

(2) Ein Rechtsfehler ist darin nicht zu erkennen. Die Begründung für die getroffene Funktionswahl ist zwar kurz, jedoch ausreichend. Die Bundesnetzagentur hat auch hier den bestehenden Zielkonflikt zwischen der theoretischen Vorteilhaftigkeit einer Spezifikation und ihrer praktischen Realisierbarkeit angesichts der vorhandenen Datengrundlage erkannt und diesen zugunsten einer Spezifikation mit den geringsten Konvergenzproblemen gelöst (Festlegung, S. 45). 306

(a) Die Bundesnetzagentur hat mit Blick auf den ihr insoweit zukommenden (weiten) Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraums in rechtlich nicht zu kritisierender Weise zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Wesentlichen die Datensätze aus den statischen Effizienzvergleichen der Gasnetzbetreiber der ersten drei Regulierungsperioden verwendet und sich zur Ermittlung der Effizienzwerte der dabei angewendeten Berechnungsmethoden der DEA und der SFA bedient. Dies wäre ihr nur dann verwehrt gewesen, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass ein Rückgriff auf die umfangreiche Datengrundlage der durchgeführten Effizienzvergleiche eine Abschätzung der Effizienzgrenzen nicht sachgerecht erlaubte, wobei auch die praktische Realisierbarkeit und der Umsetzungsaufwand, der zu einem zu erwartenden Erkenntnisgewinn jedenfalls nicht außer Verhältnis stehen darf, zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24, 28, 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dahingehende hinreichend konkrete Anhaltspunkte liegen nicht vor. Dass sich mit einer anderen Datengrundlage möglicherweise zuverlässigere Erkenntnisse zur Effizienzgrenzenverschiebung hätten gewinnen lassen, ist insoweit nicht ausreichend (BGH, a.a.O., Rn. 146 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 307

(b) Die Cobb-Douglas-Funktion stellt zudem eine in der wissenschaftlichen Praxis anerkannte und dem Stand der Wissenschaft im Sinne von § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV entsprechende Methode dar (vgl. WIK-Gutachten, S. 62). Das dem entgegenstehende Beschwerdevorbringen gibt keinen Anlass für eine andere Bewertung. Die Beschwerdeführerin hat keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass die von der Bundesnetzagentur verwendete, an Cobb-Douglas angelehnte Kostenfunktion unter Berücksichtigung der vorhandenen Datenlage von vornherein ungeeignet oder einem anderen methodischen Vorgehen greifbar unterlegen wäre. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, in allgemeiner und damit pauschaler Weise deren Ungeeignetheit bzw. Unwissenschaftlichkeit zu rügen; dies ist nicht genügend. 308

(c) Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht die greifbare Überlegenheit eines anderen Funktionstyps, namentlich der Translog-Funktion, auf. Sie legt auch nicht dar, dass und inwiefern zumindest die Möglichkeit besteht, dass ein anderer Funktionstyp konsistentere bzw. belastbarere Ergebnisse der Malmquist-Methode und in deren Folge einen der Beschwerdeführerin günstigeren Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor 309

ergeben hätte (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Das diesbezügliche Beschwerdevorbringen beschränkt sich vielmehr darauf, die getroffene Funktionsauswahl „anzuzweifeln“, ohne konkret die greifbare Überlegenheit namentlich der Translog-Funktion aufzuzeigen. Die Beschwerdeführerin moniert, die Bundesnetzagentur habe nicht dargelegt, ob und inwieweit sie die Translog-Funktion angesichts der behaupteten Konvergenzprobleme – entsprechend der Forderung der Gutachter von Oxera (vgl. Oxera-Gutachten, S. 8) – weiteren umfangreichen Tests, namentlich zur Ermittlung der Ursachen der Konvergenzprobleme, unterzogen habe. Nur wenn die Bundesnetzagentur sich tatsächlich derart intensiv mit dieser Alternative auseinandergesetzt hätte – so die Beschwerdeführerin weiter –, könne überhaupt ernsthaft von einem dem Stand der Wissenschaft entsprechenden methodischen Vorgehen gesprochen werden. Da ihr keine konkreten Informationen hinsichtlich möglicher Tests zur Verfügung gestellt worden seien, sei ihr eine Nachprüfung der angeführten Konvergenzprobleme nicht möglich. Dieser Vortrag ist insgesamt nicht genügend für den Aufweis, dass ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands der gewählten Cobb-Douglas-Funktion so deutlich überlegen ist, dass die getroffenen Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Auch ist hieraus nicht ersichtlich, dass sich durch die Wahl der Translog-Funktion die Gefahr einer unzutreffenden Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors signifikant verringern würde (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 122, 124 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

bb) Nicht durchgreifend ist auch der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, es sei nicht sachgerecht, den Ineffizienzterm nur dann als Exponentialverteilung anzunehmen, wenn dieser nicht zu Konvergenzproblemen führe und ansonsten auf eine „einfachere“ Halbnormalverteilung abzustellen. 310

Dieses Vorgehen hat der Bundesgerichtshof – wie bereits erwähnt – explizit für zulässig erachtet (BGH, a.a.O., Rn. 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Senat schließt sich dem an (vgl. bereits Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 277 f.; VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 264 f. – jeweils zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). 311

Das WIK-Gutachten, auf das sich die Bundesnetzagentur in diesem Kontext auch in der angegriffenen Entscheidung bezieht (vgl. Festlegung, S. 44), hat bei der Verteilung des Ineffizienzterms sogar die durchgängige Anwendung der Halbnormalverteilung mit der Begründung befürwortet, dass hierbei die geringsten Konvergenzprobleme aufträten (WIK-Gutachten, S. 63). Zwar mag damit aus wissenschaftlicher Sicht der Wechsel bzw. die Zugrundelegung unterschiedlicher Verteilungsannahmen nicht ohne weiteres gerechtfertigt werden können, jedoch zeigt die Beschwerde nicht auf, dass und inwiefern die Möglichkeit besteht, dass eine andere Verteilungsannahme bei der gegebenen Datenlage zu konsistenteren Ergebnissen und in deren Folge zu einem für die Beschwerdeführerin günstigeren Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auf Basis der Malmquist-Methode geführt hätte (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 148 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 312

c) Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin auch gegen das Vorgehen der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Berechnungsmethode der Dateneinhüllungsanalyse (DEA). 313

aa) Keinen methodischen Mangel oder Anwendungsfehler zeigt die Beschwerdeführerin insoweit auf, wenn sie unter pauschalem Verweis auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten rügt, die Methode der DEA sei angesichts der wenigen zur Verfügung stehenden Datenpunkte, ihrer Anfälligkeit für Ausreißer bei Messfehlern und für Änderungen des Datensatzes bzw. der Datendefinitionen für eine sachgerechte Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors prinzipiell ungeeignet.

(1) Dieses Vorbringen der Beschwerde ist nicht genügend, um einen rechtlich relevanten Fehler der Bundesnetzagentur aufzuzeigen (vgl. bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 287 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Berechnungsmethode der DEA zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von vornherein ungeeignet oder ihr ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 315

(2) Das von der Bundesnetzagentur in der streitgegenständlichen Festlegung (dort S. 9, 44) insoweit in Bezug genommene WIK-Gutachten weist die DEA neben der SFA als gleichermaßen geeignete Methode zur Bestimmung des „Frontier Shift“ bzw. zur Berechnung der Distanzfunktionen im Rahmen der Malmquist-Methode aus; bei der Anwendung beider Methoden müssten jedoch weitere methodenspezifische Annahmen getroffen werden. Beide zur Verfügung stehenden Ansätze sollten genutzt werden, weil dies der Vorgehensweise in den bisherigen Effizienzvergleichen entspreche und zugleich den Vorteil böte, die jeweiligen Schwächen der einen Methode durch die Stärken der anderen auszugleichen, so dass die Ergebnisse auf eine breitere Basis gestellt und die Robustheit der Ergebnisse gestärkt würden (WIK-Gutachten, S. 29 ff., 61 ff.). 316

Dies ist ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz (vgl. bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 288 zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). Auch der Bundesgerichtshof hat keinen Anlass gesehen, das diesbezügliche Vorgehen der Bundesnetzagentur zu beanstanden (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 112 ff., 139 bis 158 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 56 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Die Beschwerde zeigt keine Aspekte auf, die im hiesigen Verfahren eine abweichende Entscheidung rechtfertigten oder erforderten. Soweit die Beschwerdeführerin ergänzend darauf verweist, dass insbesondere die Änderungen von Definitionen bei den Input- und Outputparametern in den statischen Effizienzvergleichen zu Messfehlern im Rahmen des dynamischen Effizienzvergleichs führten, die in der DEA-Analyse nicht aufgefangen werden könnten, so ist dieses pauschale Vorbringen nicht ausreichend, um die Ungeeignetheit der Berechnungsmethode insgesamt zu begründen, zumal die Beschwerdeführerin selbst lediglich von einer durch die Veränderungen begründeten „Gefahr“ großer Schwankungen mit der Folge der Ungeeignetheit der DEA-Methode spricht. 317

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerde auch gegen die von der Bundesnetzagentur im Rahmen der DEA getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen. 318

Die Rüge, der Ansatz unterschiedlicher Skalenerträge in den jeweiligen Vergleichsperioden entspreche bei einem dynamischen (intertemporalen) Effizienzvergleich nicht der wissenschaftlichen Praxis bzw. dem Stand der Wissenschaft im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV, vielmehr hätten durchgängig konstante Skalenerträge zugrunde gelegt werden müssen, um eine relevante Verzerrung, namentlich in Form einer Überschätzung, des 319

generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zu vermeiden, greift nicht durch.

(1) Ein Fehler der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors unter Berücksichtigung des ihr dabei zukommenden, lediglich eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraums wird insofern nicht aufgezeigt (vgl. bereits Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 290 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). 320

Die Bundesnetzagentur hat in der Festlegung zur Begründung der für die DEA zu treffenden Annahmen zu den Skalenerträgen ausgeführt, dass eine Übernahme der Annahmen zu den Skalenerträgen aus den statischen Effizienzvergleichen erfolge. Daher seien für den Vergleich zwischen der ersten und der zweiten Regulierungsperiode nicht fallende Skalenerträge angenommen worden ebenso wie für den Vergleich zwischen der zweiten und der dritten Regulierungsperiode, sofern Variablen bzw. Outputparameter der zweiten Regulierungsperiode betrachtet würden. Für den Vergleich mit Variablen bzw. Outputparametern der dritten Regulierungsperiode seien dagegen – wiederum analog zu den statischen Effizienzvergleichen – konstante Skalenerträge zugrunde gelegt worden (Festlegung, S. 44 f.). 321

Dabei hat sich die Bundesnetzagentur auch mit der von einzelnen Marktteilnehmern bereits im Konsultationsverfahren geäußerten Kritik auseinandergesetzt, dass es der wissenschaftlichen Praxis entspreche, bei der Bestimmung des technischen Fortschritts generell konstante Skalenerträge zu unterstellen, um Unschärfen bzw. Ergebnisverzerrungen zu vermeiden. Dem hat sie entgegengehalten, dass es bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch dessen Einbettung in den vorhandenen regulatorischen Kontext zu berücksichtigen gelte, weshalb die in den statischen Effizienzvergleichen getroffenen Annahmen zu den Skalenerträgen übernommen würden (Festlegung, S. 44 f.). Überdies habe eine mit grundsätzlich konstanten Skalenerträgen durchgeführte Sensitivitätsrechnung die bisherigen Ergebnisse bestätigt, da es lediglich zu einer Abweichung in der dritten Nachkommastelle gekommen sei, was für die Robustheit der Ergebnisse spräche (Festlegung, S. 45). 322

(2) Dies ist ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz. Eine Überschreitung des methodischen Spielraums wird nicht aufgezeigt, wie der Senat zur identischen Problematik bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom bereits entschieden hat (vgl. Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 290 ff.; VI-3 Kart 72/19 [V], juris Rn. 278 ff.; VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 236 ff.). Auf die Begründungen dieser Entscheidungen wird verwiesen. Die Beschwerde zeigt keine Aspekte auf, die im hiesigen Verfahren eine abweichende Entscheidung erforderten oder rechtfertigten. 323

5. Nicht durchgreifend sind auch die im Zusammenhang mit der Ergebnisaggregation stehenden Beschwerderügen. 324

Ohne Erfolg wendet die Beschwerdeführerin insbesondere ein, die Bundesnetzagentur hätte eine Bestabrechnung entsprechend § 12 Abs. 3, Abs. 4a ARegV anstelle der Mittelwertbildungen vornehmen müssen. 325

a) Auch diese Fragestellung hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden und den Verzicht auf eine Bestabrechnung bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas nach der Malmquist-Methode – trotz Rückgriffs auf die Daten und Methoden der statischen Effizienzvergleiche und vergleichbarer datenbezogener und methodischer 326

Unsicherheiten bei der Durchführung des dynamischen Effizienzvergleichs – für zulässig erachtet (BGH, a.a.O., Rn. 115 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Gleiches gilt für die gewählten Mittelwertbildungen (BGH, a.a.O., Rn. 122 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Auf die Begründungen dieser Entscheidungen wird verwiesen. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an (vgl. bereits Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 169/19 [V], juris Rn. 251 ff. zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom). Das Beschwerdevorbringen im vorliegenden Verfahren führt zu keiner abweichenden Bewertung. Rechts- oder Ermessensfehler sind weder dargetan noch ersichtlich.

b) Die Beschwerde zeigt weder auf noch ist dies sonst erkennbar, dass der Verzicht auf eine Bestabrechnung und die stattdessen von der Bundesnetzagentur praktizierte Mittelwertbildung von vornherein ungeeignet ist. Ebenso wenig kann dem Beschwerdevorbringen nachvollziehbar entnommen werden, dass die von der Beschwerde favorisierte Bestabrechnung oder ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände der Vorgehensweise der Bundesnetzagentur so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28, 122 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin hierzu erschöpft sich letztlich in der pauschalen, unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptung, die Mittelwertbildung sei anders als eine Bestabrechnung nicht geeignet, datenbezogene und methodische Unsicherheiten und Verzerrungen zu kompensieren und einen validen und robusten generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu ermitteln, weshalb diese der Mittelwertbildung deutlich überlegen sei. Dies reicht ebenso wenig aus wie die weitere Behauptung, die Mittelwertbildung taue nicht dazu, systematische Verzerrungen aus den Methoden des Effizienzvergleichs zu beseitigen; es komme zu einer „Fehlerfortpflanzung“.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen und als ihr günstig zu eigen gemachten Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. V in den vom Senat bereits entschiedenen Beschwerdeverfahren zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas. Weder hat der Gerichtssachverständige Mittelwertbildungen die generelle Eignung abgesprochen, noch hat er ein besser geeignetes und schon gar kein greifbar überlegenes Verfahren aufgezeigt. Soweit er sich bei Vornahme einer Mittelwertbildung für weitere Korrekturmechanismen, namentlich Sicherheitsabschläge, ausgesprochen hat, um auszuschließen, dass die Netzbetreiber nicht benachteiligt würden, hat die Bundesnetzagentur diesem „Gebot“ nach Auffassung des Senats bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass sie den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zugunsten der Netzbetreiber auf den niedrigeren Törnqvist-Wert von 0,49 % statt auf den Malmquist-Wert von 0,92 % festgesetzt hat (Festlegung, S. 52). Dies entspricht faktisch einem Sicherheitsabschlag von 47 %. Es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass dies vom Umfang nicht ausreichend wäre, um die von der Beschwerde angeführten Unsicherheiten bzw. „Mängel“ zu kompensieren.

Des Weiteren lässt sich dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auch nicht hinreichend nachvollziehbar entnehmen, dass durch eine Auswahl aus den Analyseergebnissen im Sinne einer Bestabrechnung die Gefahr einer unzutreffenden Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors signifikant verringert würde. Vielmehr liefe dies darauf hinaus, einer methodischen Unsicherheit einseitig zugunsten der Netzbetreiber Rechnung zu tragen, ohne dass sich annehmen ließe, dass damit die Gefahr einer unzutreffenden Abschätzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verringert würde (vgl. auch BGH, a.a.O.,

Rn. 122, 124 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 47 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II.). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die greifbare Überlegenheit einer Methode im Rahmen von netzentgeltrelevanten Regulierungsentscheidungen – wie bereits erwähnt – nicht allein danach bestimmt werden darf, welche Methode die für die Netzbetreiber wirtschaftlich günstigsten Ergebnisse hervorbringt, da auch die Interessen der Netznutzer an einer möglichst günstigen Netznutzung zu berücksichtigen sind (BGH, a.a.O., Rn. 25 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Daher ist es unerheblich, dass sich nach dem Vortrag der Beschwerde bei Verwendung bestabgerechneter Effizienzwerte ceteris paribus der Malmquist-Wert um 1,05 Prozentpunkte auf -0,13 % reduziert hätte. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung war vor diesem Hintergrund nicht veranlasst.

6. Der auf Basis der Malmquist-Methode ermittelte (finale) Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von 0,92 % ist auch nicht wegen mangelnder Robustheit als unwissenschaftlich zu verwerfen. 330

Auch mit dieser Rüge hat sich der Bundesgerichtshof insbesondere in seinen Entscheidungen vom 26.01.2021 (u.a. EnVR 7/20) bereits befasst und eine Verwerfung des Ergebnisses mangels Robustheit namentlich mit der Begründung verneint, dass das sachverständig beratene Beschwerdegericht keine Anhaltspunkte dafür festgestellt habe, dass die Bundesnetzagentur die durchgeführten Dateneinhüllungs- und stochastischen Effizienzgrenzenanalysen in einer Weise hätte modifizieren können und müssen, die voraussichtlich zu stärker belastbaren Ergebnissen geführt hätte (BGH, a.a.O., Rn. 125 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Dies gilt vorliegend entsprechend. Die Beschwerde zeigt im Streitfall keine diesbezüglichen Aspekte auf noch sind solche sonst erkennbar. Eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung war in Anbetracht dessen gleichfalls nicht veranlasst. 331

7. Sofern man im Übrigen – entgegen den obigen Ausführungen – die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode gleichwohl für rechtswidrig erachtete, wird die Beschwerdeführerin hierdurch jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt, weil die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zugunsten der Netzbetreiber auf den niedrigeren der beiden Werte festgesetzt hat, der sich nach der Törnqvist-Methode ergibt (Festlegung, S. 51 f.) und den sie nach Maßgabe der obigen Ausführungen zutreffend ermittelt und rechtsfehlerfrei bestimmt hat (vgl. auch BGH, a.a.O. Rn. 125 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 59 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Eine etwaige rechtswidrige Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf Basis der Malmquist-Methode hätte mithin keinen Niederschlag in dem endgültig festgelegten Ergebnis gefunden. 332

VI. Schließlich greifen auch die gegen die vorgenommene Auswahlentscheidung (Festlegung, S. 51 f.) zwischen dem auf Basis der Törnqvist-Methode einerseits und auf Basis der Malmquist-Methode andererseits ermittelten Werten (sog. finale Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors) erhobenen Beschwerderügen nicht durch. Dies gilt insbesondere für den Einwand, die getroffene Auswahlentscheidung sei angesichts der vorbezeichneten (vermeintlichen) methodischen Unzulänglichkeiten und Defizite ermessensfehlerhaft bzw. rechtswidrig erfolgt, weil sich mit der Korrektur des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auch die ermittelte Bandbreite ändere, weshalb der Auswahlentscheidung ein falsches Wertespektrum und damit eine unzutreffende Tatsachenbasis zugrunde liege. Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht geeignet, einen Rechtsfehler aufzuzeigen. 333

1. Wie oben im Einzelnen dargelegt, hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor sowohl nach der Törnqvist- als auch nach der Malmquist-Methode zutreffend ermittelt und rechtsfehlerfrei bestimmt. Die gegen die grundsätzliche Methodik, die konkrete Modellierung und deren Anwendung im Einzelfall sowie die Datengrundlage erhobenen Einwendungen haben sich unter Berücksichtigung des der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 9 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 ARegV zukommenden (weiten) Beurteilungs- und Ermessensspielraums als nicht begründet erwiesen. Die seitens der Bundesnetzagentur der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte, für plausibel erachtete Bandbreite der methodisch-rechnerisch für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ermittelten Werte von 0,49 % (Törnqvist-Methode) bis 0,92 % (Malmquist-Methode) ist daher insofern nicht zu beanstanden und ein entsprechender Ermessensfehler zu verneinen. Vielmehr sind die von der Beschwerdeführerin auf Grundlage ihrer Ausführungen ermittelten und in der Beschwerdebegründung dargelegten – abweichenden – Zwischen- bzw. Gesamtergebnisse mit Blick darauf als nicht sachgerecht ermittelt einzustufen und daher nicht geeignet, Zweifel an der Richtigkeit der von der Bundesnetzagentur ihrer Entscheidung zu Grunde gelegten Bandbreite zu begründen. 334

2. Nicht durchgreifend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermessensausübung zur finalen Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors fehlerhaft nicht beachtet, dass wegen des der Malmquist-Methode von ihr, der Bundesnetzagentur, selbst zugeschriebenen Vorteils, zwischen „Frontier Shift“ (Produktivitätsveränderung) und „Catch-up“ (Veränderung der individuellen Effizienz) unterscheiden zu können (Festlegung, S. 52), der Malmquist-Wert an sich unter und nicht wie im Streitfall über dem Törnqvist-Wert hätte liegen müssen, wie die Bundesnetzagentur bei der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom selbst konstatiert habe (vgl. Strom-Festlegung, S. 43); dies belege die mangelnde Plausibilität des ermittelten Wertespektrums bzw. des Gesamtergebnisses und zeige, dass die gerügten Methoden- und Anwendungsdefizite das Malmquist-Ergebnis erheblich nach oben verzerrt hätten, weshalb der ermittelte Malmquist-Wert für die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode per se ungeeignet sei bzw. überhaupt nicht in die Auswahlentscheidung hätte eingestellt werden dürfen. 335

a) Auch dieses Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine Verwerfung des mit der Malmquist-Methode ermittelten Werts für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bzw. des Gesamtergebnisses. 336

Wie oben ausgeführt, greifen die Beschwerdeführer gegen die von der Bundesnetzagentur bei der Anwendung der Malmquist-Methode getroffenen Auswahlentscheidungen nicht durch. Dass der mit dem Malmquist-Index ermittelte Wert höher ausfällt als der mit dem Törnqvist-Index ermittelte Wert, lässt sich – worauf die Bundesnetzagentur im Beschwerdeverfahren nochmals explizit und zutreffend hingewiesen hat – bereits damit erklären, dass beide Methoden auf völlig unterschiedlichen Datengrundlagen und Betrachtungszeiträumen aufsetzen (vgl. auch Festlegung, S. 51 f.; ferner BGH, a.a.O., Rn. 138 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Lediglich bei identischen Rahmenbedingungen ist ein im Verhältnis zum Törnqvist-Ergebnis niedrigerer Malmquist-Wert zu erwarten. Der niedrigere Törnqvist-Wert ist daher im Streitfall für sich nicht geeignet, die Plausibilität des Malmquist-Ergebnisses bzw. die finale Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch die Bundesnetzagentur in Frage zu stellen (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 30 ff., 138 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Insbesondere belegt der trotz Nichtbereinigung um Aufholeffekte niedrigere Törnqvist-Wert vor diesem Hintergrund nicht, dass das Berechnungsergebnis nach dem Malmquist-Index „erheblich nach oben verzerrt“ und – so die 337

Beschwerdeführerin weiter – allein schon aus diesem Grund für die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ungeeignet sei, so dass es bei der Auswahlentscheidung nicht als oberes Ende der Bandbreite hätte berücksichtigt werden dürfen.

Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur zugunsten der Netzbetreiber den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auf den niedrigeren, sich nach der Törnqvist-Methode ergebenden Wert festgelegt hat, so dass die Beschwerdeführerin hierdurch jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt wird, da die Bundesnetzagentur den Törnqvist-Wert – wie oben ausgeführt – zutreffend ermittelt hat. 338

b) Die fehlende Auseinandersetzung mit diesem spezifischen Aspekt (höherer Malmquist-Wert) in der streitgegenständlichen Festlegung begründet auch keinen Ermessens- oder Abwägungsfehler bzw. keinen Begründungsmangel. 339

aa) Um der gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG bestehenden Begründungspflicht zu genügen, bedarf es keiner Erörterung aller Einzelheiten und jedes Einzelaspekts (Senat, Beschl. v. 19.12.2018 – VI-3 Kart 117 /17 [V], juris Rn. 50 ff.; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 637/19 [V], juris Rn. 222 m.w.N.; ferner Bruhn, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 73 EnWG Rn. 6), auch wenn die Bundesnetzagentur angesichts des ihr im Rahmen des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV zukommenden (weiten) Beurteilungs- und Ermessensspielraums besonderen (restriktiveren) Begründungsanforderungen unterliegt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 63, 67, 76 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der betreffenden Frage hätte nur Anlass bestanden, wenn im Konsultationsverfahren entsprechende Einwände erhoben worden wären oder wenn sich dieser Aspekt der Bundesnetzagentur bei Erlass der Festlegung als erörterungsbedürftig hätte aufdrängen müssen (ebenso BGH, a.a.O., Rn. 76 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I in Bezug auf den Basisjahreffekt). Dafür ist nichts vorgetragen oder sonst erkennbar. 340

Im Rahmen der (Nach-)Konsultation wurde insofern lediglich vorgetragen bzw. eingewandt, dass der Törnqvist-Index keine Trennung von „Frontier Shift“ (Produktivitätsveränderung) und „Catch-up“ (Veränderung der individuellen Effizienz) ermögliche (vgl. Festlegung, S. 52). Dieser für sich genommen zutreffende, von der Bundesnetzagentur auch eingeräumte Befund wurde von den Netzbetreibern im (Nach-)Konsultationsverfahren – soweit ersichtlich – jedoch nicht zum Anlass genommen, den ermittelten Werten, namentlich dem mit der Malmquist-Methode ermittelten Ergebnis, allein mit Blick darauf bzw. das Verhältnis der Werte zueinander die Plausibilität abzusprechen. Schon in der Konsultationsfassung des streitgegenständlichen Beschlusses war der mit der Törnqvist-Methode ermittelte Wert von 0,76 % niedriger als der mit der Malmquist-Methode ermittelte Wert von 1,00 %. 341

Im Übrigen hat die Bundesnetzagentur in der streitgegenständlichen Festlegung auch darauf verwiesen, dass die unterschiedlichen Törnqvist- und Malmquist-Ergebnisse neben der unterschiedlichen Methodik vor allem auf die unterschiedlichen Datengrundlagen und die unterschiedlichen Stützintervalle zurückzuführen seien, um daran anknüpfend die Plausibilität des sich unter Anwendung beider Methoden ergebenden Wertespektrums zu bejahen (Festlegung, S. 51 f.). 342

bb) Ein entsprechendes Begründungserfordernis ergibt sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur es in der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom angesichts der Tatsache, dass in dem nach der Törnqvist-Methode ermittelten Wert noch Aufholeffekte („Catch-up“) enthalten seien, als „nachvollziehbar“ bezeichnete, dass ein auf Basis des Törnqvist-Index ermittelter Wert – 343

so wie es dort der Fall war – über dem Malmquist-Wert liege (Strom-Festlegung, S. 43). Denn die Strom-Festlegung stammt vom 28.11.2018 und ist damit erst nach der streitgegenständlichen Festlegung für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen vom 21.02.2018 erlassen worden.

Auch begründet die Art und Weise der Festlegung für den Strombereich kein Indiz dafür, dass die finale Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für den Gassektor in zu beanstandender Weise erfolgt wäre (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 90 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Vielmehr ergibt sich aus der Strom-Festlegung (dort S. 64), dass die Bundesnetzagentur den für die Gasversorgungsnetzbetreiber ermittelten und festgelegten Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für plausibel erachtete, indem sie bei der (finalen) Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Strom einen Sicherheitsabschlag von einem Drittel mit der Begründung vorgenommen hat, unbeabsichtigte Brüche zwischen dem Strom- und dem Gassektor vermeiden zu wollen (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 91 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). 344

3. Die getroffene Auswahlentscheidung erweist sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht deswegen als rechtsfehlerhaft, weil die Bundesnetzagentur bei der Plausibilisierung des nach der Törnqvist-Methode ermittelten Werts für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nicht berücksichtigt habe, dass sich unter Zugrundelegung des in § 9 Abs. 3 S. 2 ARegV normierten Mindestzeitraums von vier Jahren nicht 8, sondern 36 theoretisch mögliche (Betrachtungs-)Zeiträume für die Jahre 2006 bis 2016 ergäben, die im arithmetischen Mittel – unter Berücksichtigung aller Zeiträume, einschließlich des Jahres 2006 – zu einem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor von -0,77 % führten, was zeige, dass der festgelegte Törnqvist-Wert von 0,49 % weit über dem eigentlichen Durchschnittswert im Gasbereich liege. 345

Wie bereits ausgeführt (unter B. II. 6. a) bb) (1) (b)), ist die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Wahl des Stützintervalls nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin hat nicht aufgezeigt, dass es besondere, nicht repräsentative Entwicklungen in jüngerer Zeit gegeben hätte, die die von ihr vorgeschlagene Betrachtung aller 36 denkbaren Stützintervalle, die die gesetzlich vorgesehene Mindestlänge erreichen, der von der Bundesnetzagentur gewählten Vorgehensweise als greifbar überlegen erscheinen ließen. 346

Die Bundesnetzagentur hat die Wahl des Stützintervalls auch ausreichend begründet (vgl. Festlegung, S. 20, 51). Insbesondere war sie vor diesem Hintergrund nicht gehalten darzutun, weshalb sie nicht sämtliche möglichen Stützintervalle herangezogen hat. Ein entsprechender Abwägungsfehler ist daher ebenfalls zu verneinen. 347

4. Ein Fehler bei der finalen Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ergibt auch sich nicht aus der von der Bundesnetzagentur – nach Auffassung der Beschwerdeführerin zu Unrecht – bejahten Kompensationswirkung der vorgenommenen „konservativen“ Abbildung der Eigenkapitalverzinsung im Rahmen des Törnqvist-Index zum Ausgleich einer etwaigen fälschlichen Berücksichtigung von „Catch-up“-Effekten und einer damit einhergehenden tendenziellen Überschätzung des Törnqvist-Ergebnisses (vgl. Festlegung, S. 33). 348

a) Die Bundesnetzagentur hat für die Jahre 2006 bis 2008 die der GasNEV entsprechende Eigenkapitalverzinsung in der Inputpreisentwicklung und für die Folgejahre die von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssätze verwendet (Festlegung, S. 33). Die damit verbundene Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass diese Eigenkapitalzinssätze „konservativ“ angesetzt seien, folgt aus den umfangreichen Darlegungen in dem im 349

Verwaltungsverfahren von der Bundesnetzagentur eingeholten Gutachten „Bestimmung des Xgen mittels Törnquist-Index, Ansätze zur Abbildung der Eigenkapitalverzinsung bei der Einstandspreisentwicklung“ von Frontier Economics vom 23.11.2017 (Bl. 6309 ff. VV). Danach wären sogar aus Netzbetreibersicht ungünstigere Ansätze wissenschaftlich vertretbar gewesen. Alle dort in Erwägung gezogenen Varianten, deren grundsätzlicher Eignung die Beschwerdeführerin nicht substantiiert entgegengetreten ist, führen über den Betrachtungszeitraum zu deutlich größeren Absenkungen der Inputpreise für das Eigenkapital und zu einem deutlich höheren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor.

Der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. V hat in dem von der Beschwerdeführerin als Anlage BF 29 vorgelegten Gutachten vom 23.06.2019 (dort S. 12 f.) die von der Bundesnetzagentur angesetzte Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung in den Auswirkungen als „äußerst günstig für die Netzbetreiber“ bezeichnet (dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 102 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Daran anknüpfend gelangt er in seinem Gutachten (dort S. 13) zu dem Schluss, dass die Größenordnung dieser Besserstellung ausreichen könnte, die Benachteiligung zu kompensieren, die durch die fälschliche Berücksichtigung des Aufholeffekts entstanden sein könnte, und die Bundesnetzagentur zu Recht anführe, dass ihr konservatives Vorgehen bei der Eigenkapitalverzinsung eine kompensatorische Wirkung entfalte. 350

Hinzu kommt, dass der Bundesgerichtshof dem Ansinnen nach einer Korrektur oder Bereinigung des mit der Törnqvist-Methode ermittelten Werts um etwa vorhandene Aufholeffekte eine klare Absage erteilt hat (BGH, a.a.O., Rn. 138 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Vor diesem Hintergrund ist das schlichte Bestreiten einer Kompensationswirkung seitens der Beschwerdeführerin nicht genügend und eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung nicht veranlasst. 351

b) Fehl geht auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass von einem „Kompensationseffekt“ schon deswegen keine Rede sein könne, weil die Bundesnetzagentur insoweit keine Alternative gehabt habe; vielmehr sei die nach Maßgabe der GasNEV erfolgte Abbildung der Eigenkapitalverzinsung sowohl aus rechtlichen als auch aus ökonomischen Gründen zwingend. 352

Wie der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit den Fremdkapitalzinsen entschieden hat, ist die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung nicht an die Gasnetzentgeltverordnung gebunden; ihr steht vielmehr auch insoweit gemäß § 9 Abs. 1 ARegV ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessenspielraum zu (BGH, a.a.O., Rn. 107 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 43 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; hierzu bereits unter B. IV. 1. b) und 2. b)). 353

Die Beschwerdeführerin zeigt (auch) nicht auf, dass ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands und aller weiteren maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen gewesen wäre, dass die getroffene Auswahlentscheidung als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24, 28 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der pauschale Verweis auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten ist insoweit nicht genügend. 354

c) Es liegt auch weder ein Begründungsmangel noch ein Abwägungsfehler vor. Die kurzen Ausführungen der Bundesnetzagentur in der Festlegung namentlich zur Kompensationswirkung sind insoweit ausreichend (Festlegung, S. 33). 355

VII. Die weiteren – über diejenigen im Kontext mit den jeweiligen materiellen Einwendungen bereits thematisierten formellen Aspekte hinausgehenden – formellen Beschwerderügen bleiben ebenfalls ohne Erfolg. Dies gilt insbesondere für den geltend gemachten Anhörungsmangel. Die Anforderungen des § 67 Abs. 1 EnWG sind vorliegend gewahrt. Die Beschwerdeführerin hatte auch vor dem Hintergrund der sich gegenüber der Konsultationsfassung vom 12.10.2017 ergebenden Änderungen, über die die Bundesnetzagentur die Netzbetreiber am 06.11.2017 sowie mit dem „Nachkonsultationspapier“ vom 24.11.2017 informierte, angesichts der daraufhin bis letztlich zum 08.12.2017 verlängerten Stellungnahmefrist in zeitlicher Hinsicht ausreichend Gelegenheit, sich zu der geplanten Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas zu äußern und ihr Anhörungsrecht sinnvoll auszuüben. Die Bundesnetzagentur hatte dabei in einer den Anforderungen des § 67 Abs. 1 EnWG genügenden Weise über den Sachverhalt und den Inhalt der beabsichtigten Entscheidung, die zugrundeliegenden Ermessenserwägungen und die rechtlichen Grundlagen informiert (vgl. dazu Turiaux, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 67 Rn. 4 m.w.N.). Etwas anders folgt insbesondere nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Nachkonsultation keinen vollständigen (geänderten) Beschlussentwurf, sondern lediglich ein sog. „Papier zur Nachkonsultation“ veröffentlicht hat, in dem sie über die sich gegenüber dem bisherigen Konsultationsstand ergebenden Änderungen informiert hat.

C. 357

Die Anträge der Beschwerdeführerin, der Bundesnetzagentur aufzugeben, die dem 358
Verwaltungsvorgang BK4-17-004 zugeordneten, separat geführten Plausibilisierungsakten zum Jahr 2006 sowie die Akten zum Datenerhebungsprozess für die Bestimmung und Plausibilisierung der durchschnittlichen Netzentgelte der Monitoringberichte der Jahre „2006 und 2016“ [sic!] (vollständig) vorzulegen, und ihr Einsicht in diese Akten zu gewähren, werden zurückgewiesen.

I. Eine Beiziehung der genannten Akten gemäß § 82 Abs. 3 S. 1 EnWG ist nicht veranlasst. 359
Daher entfällt auch ein Anspruch auf Akteneinsicht nach § 84 Abs. 2 S. 1 EnWG.

1. Das Einsichtsrecht nach § 84 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG umfasst nur den bei 360
Gericht vorhandenen Aktenbestand; die Vorschrift begründet keinen Anspruch auf Beiziehung von Akten anderer Stellen oder Behörden (Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 21; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 18; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 128/19 [V], juris Rn. 277; vgl. auch BGH, Beschl. v. 02.02.2010 – KVZ 16/09, juris Rn. 12 zu § 72 GWB a.F. bzw. § 70 GWB n.F.). Die von der Beschwerdeführerin benannten Akten hat der Senat weder angefordert noch wurden sie von der Bundesnetzagentur freiwillig vorgelegt.

2. Der Senat war auch nicht verpflichtet, diese Akten gemäß § 82 Abs. 3 S. 1 EnWG von der 361
Bundesnetzagentur anzufordern und sie damit zum Bestandteil der dem Einsichtsrecht nach § 84 EnWG unterliegenden Akten des Gerichts zu machen, das sich gemäß § 84 Abs. 2 S. 1 EnWG auch auf „Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte“ (zu den Begrifflichkeiten vgl. Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, 4. Aufl., § 84 EnWG Rn. 7) anderer Stellen erstreckt, die sich aufgrund einer entsprechenden Anforderung bei den gerichtlichen Verfahrensakten befinden. Die Einsichtnahme ist insoweit allerdings nur mit Zustimmung der verfügungsberechtigten Stelle zulässig, die im Falle einer Zustimmungsverweigerung gemäß § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG im Rahmen eines Zwischenverfahrens durch das Beschwerdegericht ersetzt werden kann (vgl. dazu Johanns/Rosen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 10 ff. m.w.N.). Da die betreffenden Akten dem Senat nicht vorliegen und auch keine

Verpflichtung zu deren Beiziehung besteht (hierzu sogleich unter 3.), bestand für den Senat kein Anlass, gemäß § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG eine Entscheidung über eine Offenlegung dieser Dokumente zu treffen (vgl. Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 22; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 19).

3. Das Vorbringen der Beteiligten, namentlich der Beschwerdeführerin, ist nicht genügend, um eine Beiziehung der betreffenden Akten zu begründen und sie damit zum Gegenstand der dem Senat vorliegenden und somit dem Einsichtsrecht nach § 84 Abs. 2 S. 1 EnWG unterliegenden Akten zu machen. 362

a) Ob und inwieweit Akten beizuziehen sind, d.h. der verfahrensbezogene gerichtliche Aktenbestand zu erweitern ist, richtet sich gemäß § 82 Abs. 1 EnWG nach Maßgabe des Untersuchungsgrundsatzes, der das Beschwerdegericht zur Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet (Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 30; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 22 – jeweils m.w.N.). 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. Das Gericht ist nicht verpflichtet, Akten beizuziehen, deren Inhalt es nicht für entscheidungserheblich erachtet (BVerwG, Beschl. v. 11.03.2004 – 6 B 71/03, juris Rn. 12 m.w.N.; Senat, ebenda). Dabei enthebt der Untersuchungsgrundsatz die Verfahrensbeteiligten nicht von der Pflicht, den Sachverhalt darzulegen und Beweismittel anzugeben (BGH, Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, juris Rn. 15 – Schnellfilter/Filtertüten II; Beschl. v. 21.07.2009 – EnVR 12/08, juris Rn. 20; Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 31; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 23; vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 38 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Das Beschwerdegericht ist nicht gezwungen, allen denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachzugehen; vielmehr obliegt diesem eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht nur insoweit, als der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Gestaltungsmöglichkeiten dazu Anlass geben (BGH, Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, juris Rn. 15; BVerwG, Beschl. v. 25.01.2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 17 f. m.w.N.). Eine Verletzung der Mitwirkungspflichten durch die Beteiligten kann die Anforderungen an die Ermittlungspflicht des Gerichts herabsetzen (BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 9 C 11/11, juris Rn. 28 m.w.N.). 363

Das Maß der gerichtlichen Aufklärungspflicht richtet sich damit auch nach der Substanz des Vorbringens der Beteiligten (BVerwG, Urt. v. 02.08.2001 – 7 C 2/01, juris Rn. 19; Beschl. v. 12.01.2009 – 5 B 48/08, juris Rn. 4 ff.; Urt. v. 15.06.2016 – 9 C 19/15, juris Rn. 19; dazu Hensel, NVwZ 2020, 1628 [1630 ff.]). Welche Anforderungen dabei an die Substantiierung gestellt werden dürfen bzw. zu stellen sind, bestimmt sich neben der prozessualen Situation auch danach, ob die zu beweisende Tatsache bzw. der entscheidungserhebliche Umstand in den eigenen Erkenntnisbereich des Beteiligten fällt (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.09.2006 – 3 C 34/05, juris Rn. 25; Urt. v. 30.01.2013 – 9 C 11/11, juris Rn. 29; Beschl. vom 19.10. 2011 – 8 B 37/11, juris Rn. 13; Urt. v. 11.02.2014 – 8 C 49/12, juris Rn. 26 m.w.N.). Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit es einem Beteiligten möglich und zumutbar ist, sich gegebenenfalls fehlende eigene Kenntnisse durch die Inanspruchnahme spezifischer Akteneinsichts-, Auskunfts- oder Informationsrechte zu verschaffen (vgl. Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 33 ff.). 364

Vor diesem Hintergrund ist für eine durch den Untersuchungsgrundsatz begründete Verpflichtung des Senats zu weiteren Ermittlungen in Gestalt einer Aktenbeiziehung der Vortrag eines entscheidungserheblichen Inhalts in Bezug auf diese Akten zu verlangen, die 365

ihre Beziehung im Umfang ihrer Entscheidungserheblichkeit zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung erforderlich machen würde (Senat, a.a.O., Rn. 32; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 25; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 128/19 [V], juris Rn. 278). Eine Beziehung zur anlasslosen Überprüfung der Entscheidungserheblichkeit des Akteninhalts erfolgt hingegen nicht (Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 637/19 [V], juris Rn. 292; vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.01.2014 – EnVR 12/12, juris Rn. 90, 92 – Stadtwerke Konstanz GmbH).

Etwas anders folgt auch nicht aus der nunmehr in § 23b Abs. 1 S. 1 Nr. 13 EnWG normierten Veröffentlichungspflicht im Hinblick auf die Daten, die bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Verwendung finden (vgl. Senat, a.a.O., Rn. 279 f.). Der Gesetzgeber wollte durch die mit dem „Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht“ (BGBl I 2021, 3026) 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). Eine Verpflichtung zur umfassenden Veröffentlichung und Zugänglichmachung aller auch bereits in abgeschlossenen Regulierungsverfahren verwendeten bzw. ermittelten Daten lässt sich dabei weder dem Wortlaut der Norm noch der Gesetzesbegründung entnehmen. Diese liefern keine belastbaren 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 (Senat, ebenda).

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßgaben war mangels hinreichenden Tatsachenvortrags der Beschwerdeführerin eine – über den vorgelegten Verwaltungsvorgang BK4-17-093 hinausgehende – Beziehung von (weiteren) Akten und Verwaltungsvorgängen durch den Senat nicht veranlasst. Das Beschwerdevorbringen war nicht geeignet, eine aus dem Untersuchungsgrundsatz folgende Verpflichtung zur Beziehung der von der Beschwerdeführerin benannten Akten zu begründen.

aa) Dies gilt zunächst für die Plausibilisierungsakten zum Jahr 2006.

(1) Auch wenn die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors stark von Umfang, Güte und jeweiliger methodischer Kombination der verwendeten Daten abhängig ist (vgl. BR-Drs. 165/21, S. 127), kommt eine Beziehung der genannten Akten nur in Betracht, wenn aus diesen auch materiell-rechtlich relevante Erkenntnisse zu erwarten sind (vgl. Senat, Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 25). Belastbare Anhaltspunkte für eine solche Entscheidungserheblichkeit der Akten, hier konkret dazu, dass die von der Bundesnetzagentur für den Törnqvist-Index verwendete Datengrundlage ganz oder teilweise tatsächlich unzureichend oder unzuverlässig war, hat die hierfür darlegungspflichtige Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt (hierzu bereits unter B. II. 3. c)). Die Beschwerdeführerin trägt keine Tatsachen vor, die geeignet wären, die Begründung der Bundesnetzagentur für die von ihr bejahte Validität der herangezogenen Daten nach den dafür geltenden Maßstäben ausreichend zu erschüttern, um eine Verpflichtung zu weiteren Ermittlungen zu begründen. Dies ist in Anbetracht der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch sonst nicht erkennbar (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 68 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. 26.01.2021 – EnVR 101/19, juris Rn. 68 ff.; BGH, a.a.O., Rn. 37 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 24).

Entsprechendes ergibt sich insbesondere nicht aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Datenqualität namentlich des Jahres 2006 sei durch die – angesichts teilweise fehlender bzw. nicht (mehr) existenter Daten – zum Zwecke des Lückenschlusses vorgenommenen Schätzungen, Mittelwertbildungen oder Ableitungen von Werten aus den Folgejahren beeinträchtigt gewesen (hierzu bereits unter B. II. 3. c) aa) und bb)).

Auch die von der Beschwerdeführerin gegen den Plausibilisierungsprozess und dessen Tauglichkeit zur Verifizierung der Daten insbesondere des Jahres 2006 erhobenen Einwendungen sind angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht geeignet, eine Verpflichtung des Senats zu weiteren Ermittlungen, namentlich eine Beiziehung der Plausibilisierungsakten, zu begründen, um die Validität der Datengrundlage einer weitergehenden Prüfung zu unterziehen (hierzu bereits unter B. II. 3. c) cc)). 371

Solche konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte für die Mangelhaftigkeit oder Unzuverlässigkeit der verwendeten Datengrundlage ergeben sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht aus dem eigenen Vorbringen der Bundesnetzagentur, dass über hundert Netzbetreiber die mit der Festlegung BK4-17-004 angeforderten Daten entweder gar nicht, im Wesentlichen lückenhaft oder nicht in der geforderten Form geliefert hätten und nahezu jeder Datensatz bei der ersten Prüfung Auffälligkeiten gezeigt habe (hierzu bereits unter B. II. 3. c) cc)). 372

(2) Darüber hinaus gilt es in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass ohnehin keine Verpflichtung besteht, die Validität der von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegten Tatsachen- bzw. Datengrundlage vollständig zu überprüfen, weil die Auswahl, Bewertung und Anwendung derselben ebenfalls eine methodische Frage darstellt, bei der der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt (hierzu bereits unter B. I. 2. a) und B. II. 3. c)). Dieser der Regulierungsbehörde zukommende Entscheidungsspielraum determiniert und limitiert zugleich den Umfang der gerichtlichen Kontrollbefugnis. Denn diese kann nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris Rn. 73 m.w.N.; Beschl. v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, juris Rn. 46). 373

Eine weitere Begrenzung folgt überdies aus den höchstrichterlichen Maßstäben zur Plausibilisierung und Validierung großer und komplexer Datenmengen bei regulatorischen Entscheidungen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 84 f. – Stadtwerke Konstanz GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 150 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Diese dürften nämlich nicht nur für die gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ARegV zur Durchführung des Effizienzvergleichs, sondern auch für die gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors von den Netzbetreibern erhobenen Daten gelten. Darf sich die Regulierungsbehörde daher im Grundsatz mit den von den Netzbetreibern gelieferten Daten begnügen, ist auch das (Beschwerde-)Gericht zu keiner weitergehenden Überprüfung verpflichtet bzw. in seiner Kontrollbefugnis begrenzt. Gewisse Ungenauigkeiten und Richtigkeitschwankungen in der Datengrundlage sind hiernach vielmehr hinzunehmen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 83 ff. – Stadtwerke Konstanz GmbH; bereits OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.01. 2012 – 202 EnWG 8/09, juris Rn. 62 ff. zu §§ 12 ff. ARegV). 374

(3) Vor diesem Hintergrund bestand für den Senat im Streitfall kein Anlass, für eine weitergehende detaillierte Überprüfung der Törnqvist-Datengrundlage die entsprechenden Akten des Datenerhebungs- und -plausibilisierungsverfahrens beizuziehen, weil der Sachvortrag der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung dieser Maßgaben nicht geeignet gewesen ist, rechtlich erhebliche Zweifel an der Validität der Daten namentlich des Jahres 2006 zu begründen, um eine weitergehende Sachverhaltserforschung zu rechtfertigen. Die 375

Beschwerdeführerin hat insoweit lediglich Mutmaßungen über den Umfang der betroffenen Daten und das Ausmaß dadurch bedingter (Ergebnis-)Verzerrungen angestellt. Sie räumt selbst ein, dass diese Aspekte – (auch) von ihr – noch nicht untersucht worden seien, weil es hierzu der bislang noch nicht beigezogenen Plausibilisierungsakten bedürfe. Nicht durch Tatsachen gestützte Vermutungen sind jedoch nicht geeignet, die Validität der Datengrundlage in Zweifel zu ziehen und eine Aufklärungspflicht zu begründen. Dass die „Unergierigkeit der Beziehung der Plausibilitätsakten“ nicht mit Sicherheit vorausgesehen bzw. ausgeschlossen werden kann, ist insoweit – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht genügend, um das gerichtliche Ermessen hinsichtlich des „Ob“ einer weiteren Sachaufklärung auf Null zu reduzieren. Die bloße „Möglichkeit“, dass sich aus den Akten (weitere) Anhaltspunkte ergeben könnten, die gegen die Eignung und Verlässlichkeit der Daten des Jahres 2006 sprechen, reicht insoweit nicht aus (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 89 ff. – Stadtwerke Konstanz GmbH).

(4) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei ohne Beziehung und Einsicht in die Akten zur Datenerhebung und -plausibilisierung nicht in der Lage, die Begründung der Bundesnetzagentur für die angenommene Validität der Datengrundlage nach den dafür geltenden Maßstäben (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 68 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) ausreichend zu erschüttern bzw. eine greifbare Ungeeignetheit der Datengrundlage aufzuzeigen, weshalb sie in ihrem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG beeinträchtigt sei, greift auch dieser Einwand nicht durch und führt zu keiner Beziehungsverpflichtung des Senats. 376

(a) Zunächst ist festzustellen, dass die Bundesnetzagentur die von ihr ermittelten Daten in aggregierter Form veröffentlicht hat (Festlegung, S. 15). Auf dieser Grundlage war es der Beschwerdeführerin möglich, die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Berechnung im Rahmen der Törnqvist-Methode nachzuvollziehen und aufgrund der dadurch ermöglichten Überprüfung zahlreiche und umfangreich begründete Beanstandungen zu erheben, die auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden sind (vgl. bereits BGH, a.a.O., Rn. 40 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Des Weiteren hat die Bundesnetzagentur ihr Vorgehen bei der Plausibilisierung in der Festlegung (dort, S. 14 f.) ausführlich geschildert (vgl. BGH, ebenda). Dieser Vortrag versetzt sowohl die Beschwerdeführerin als auch den Senat in die Lage zu prüfen, ob die Vorgehensweise bei der nachträglichen Plausibilisierung in methodischer Hinsicht ausreichend war, um die Belastbarkeit der Datengrundlage für den Törnqvist-Index sicherzustellen, und damit die Rechtmäßigkeit der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand des Törnqvist-Index zu beurteilen. Denn bereits die Kenntnis der grundsätzlichen Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ermöglicht regelmäßig eine den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügende Prüfung der Belastbarkeit der Datengrundlage. Der Bundesgerichtshof fordert von einem Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang nämlich lediglich Tatsachenvortrag, der geeignet ist, die Begründung der Bundesnetzagentur für die von ihr bejahte Validität der Daten, etwa durch den wenigstens stichprobenartigen Aufweis, dass Daten in relevantem Umfang fehlen oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen der Datengrundlage vorliegen, zu erschüttern; er verlangt hingegen keinen detaillierten Vortrag zu jeder einzelnen Datenmeldung (BGH, a.a.O., Rn. 68 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ferner Senat, Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 26, 31, 33; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 128/19 [V], juris Rn. 280 ff.). 377

(b) Darüber hinaus verkennt die Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation die Funktion der Aktenbeziehung nach § 82 Abs. 3 S. 2 EnWG. Mit einer Beziehungsanordnung kommt das Gericht einer sich aus dem Untersuchungsgrundsatz ergebenden Pflicht zur 378

Sachverhaltsaufklärung nach, die wiederum an das – hinreichend substantiierte – Vorbringen der Verfahrensbeteiligten anknüpft (hierzu bereits unter C. I. 3. a)). Die Aktenbeziehung dient jedoch nicht dazu, den Verfahrensbeteiligten den erforderlichen Sachvortrag zu erleichtern oder überhaupt erst zu ermöglichen.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass hier im Wesentlichen Umstände betroffen sind, die nicht in der eigenen Wahrnehmungssphäre der Beschwerdeführerin liegen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 9 C 11/11, juris Rn. 28 f.; Urt. v. 27.09.2006 – 3 C 34/05, juris Rn. 25). Um ihrer Mitwirkungsobliegenheit bzw. Substantiierungslast (vgl. dazu Hensel, NVwZ 2020, 1628 [1628 ff.]) hinsichtlich der nicht in ihrer eigenen Sphäre, sondern derjenigen der Bundesnetzagentur liegenden Umstände nachkommen zu können, wäre die Beschwerdeführerin vielmehr gehalten gewesen, die ihr gegenüber der Regulierungsbehörde zustehenden (spezifischen) Akteneinsichts-, Auskunfts- und/oder Informationsrechte (vgl. dazu etwa Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 36 ff.; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl., § 29 Rn. 7 ff.) in Anspruch zu nehmen und diese im Weigerungsfalle – soweit dies mit Blick auf § 44a VwGO selbstständig möglich ist – gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Die Beschwerdeführerin hätte sich mithin gegenüber der Bundesnetzagentur darum bemühen müssen, Einsicht in die entsprechenden Akten und Verwaltungsvorgänge zu erhalten, um sich auf diese Weise die Möglichkeit zu eröffnen, gegebenenfalls (weitere) konkrete Rügen zur Datengrundlage erheben bzw. die von der Bundesnetzagentur bejahte Validität der Daten durch das Aufzeigen (weiterer) tatsächlicher Anhaltspunkte erschüttern zu können. Die Nichtwahrnehmung dieser Informationsmöglichkeit geht prozessual zu Lasten der Beschwerdeführerin. Diese zeigt weder auf noch ist sonst ersichtlich, dass sie sich um eine – grundsätzlich mögliche – Akteneinsicht bemüht hätte bzw. sie an der Wahrnehmung dieser Möglichkeit ohne ihr Verschulden gehindert gewesen ist (vgl. dazu auch BGH, Beschl. v. 26.01.2021 – EnVR 101/19, juris Rn. 69 f.; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 24). Es handelt sich um ein Versäumnis in eigenen Angelegenheiten, das nicht zu einer Herabsetzung der Anforderungen an den Detailierungsgrad tatsächlichen Vortrags auf Seiten der Beschwerdeführerin führt, um gemäß § 82 Abs. 1 EnWG eine Verpflichtung des Gerichts zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zu begründen. 379

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Beschwerde angeführten Passagen der Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2021 (EnVR 101/19, juris Rn. 70) und 28.06.2022 (EnVR 16/20, juris Rn. 24) zum der dortigen Betroffenen „angelasteten“ Außeracht- bzw. Verstreichenlassen der Möglichkeit, Akteneinsicht zu nehmen. Daraus ist keine Reduktion der Substantiierungsanforderungen für eine (begründete) Beiziehungsverpflichtung des Gerichts abzuleiten. Wäre dem so, hätte die unterlassene Beiziehung der Plausibilisierungsakten durch das Beschwerdegericht einen Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 82 Abs. 1 EnWG begründen müssen (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.07.2011 – 2 C 28/10, juris Rn. 23 ff. m.w.N. zu § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO). Diesen Schluss hat der Bundesgerichtshof in den genannten Entscheidungen jedoch gerade nicht gezogen. Es obliegt mithin (weiterhin) der Beschwerdeführerin, hinreichend konkrete tatsächliche Anhaltspunkte in Bezug auf den Inhalt der beizuziehenden Akten vorzutragen, um das (Beschwerde-)Gericht zu weiteren Ermittlungen in Form einer Beiziehung der betreffenden Akten zu verpflichten. 380

(c) Eine abweichende Wertung ist auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. 381

(aa) Es ist weder dargetan noch sonst erkennbar, dass die Beschwerdeführerin durch diese Darlegungsanforderungen (Substantiierungslast) bzw. durch den Verweis auf die vorrangige 382

Inanspruchnahme ihr gegenüber der Bundesnetzagentur zustehender (spezifischer) Akteneinsichts-, Auskunfts- und/oder Informationsrechte, um diesen Substantiierungsanforderungen gerecht werden zu können, in nicht zu rechtfertigender Weise in ihrem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 47 GrCh (vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 16.05.2018 – 2 BvR 635/17, juris Rn. 33 f. m.w.N.), ihrem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10, juris Rn. 111 ff.; Beschl. v. 04.02.2020 – 2 BvR 900/19, juris Rn. 19 ff.; Beschl. v. 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, juris Rn. 14) oder ihrem sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 10.10.1973 – 2 BvR 574/71, juris Rn. 30 ff.; Beschl. v. 08.11.1978 – 1 BvR 158/78, juris Rn. 11; Beschl. v. 25.03.2020 – 2 BvR 113/20, juris Rn. 45 m.w.N.), beeinträchtigt würde.

(bb) Auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 16 GrCh) und die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 17 GrCh) erfordern im Streitfall in Bezug auf die Frage der Aktenbeziehung und -einsicht keine abweichende Handhabung des Untersuchungsgrundsatzes bzw. der prozessualen Risikoverteilung im Falle der Nichterweislichkeit von Tatsachen. Insbesondere hindern die vorgenannten Grundrechte – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – keine „non-liquet“-Entscheidung zu Lasten der Netzbetreiber und damit eine für diese ungünstigere (höhere) Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. Die Beschwerde zieht insoweit zu Unrecht die für die Eingriffsverwaltung anerkannten Grundsätze heran, die bei der Regulierung des Strom- und Gassektors indes nicht uneingeschränkt zur Anwendung kommen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 25, 56 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, a.a.O., Rn. 16 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Sie lässt überdies außer Acht, dass insoweit auch das berechnete Interesse der Netznutzer zu berücksichtigen ist, soweit wie möglich sicherzustellen, dass der Produktivitätszuwachs nicht unterschätzt und die Erlösobergrenze deshalb zu hoch angesetzt wird (BGH, a.a.O., Rn. 56 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Die Beschwerdeführerin zeigt zudem nicht auf, dass die von der Bundesnetzagentur für die dritte Regulierungsperiode Gas festgelegten Erlösobergrenzen dazu führen, dass ihre Entgelte hinter einem gemäß Art. 41 der Richtlinie 2003/73/EG, § 21 Abs. 2 EnWG angemessenen Netzentgelt zurückbleiben oder sie notwendige Investitionen in die Netze nicht vornehmen kann (vgl. dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 26 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III). 383

(cc) Auch das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete, grundrechtsgleiche Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, juris Rn. 14; Urt. v. 13.02.2007 – 1 BvR 421/05, juris Rn. 92 f.; Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, juris Rn. 69 ff.) steht einer „non-liquet“-Entscheidung zu Lasten der Netzbetreiber – entgegen der Auffassung der Beschwerde – nicht entgegen. Angesichts der der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung und des den Gerichten insofern bei der Verfahrensgestaltung und erst recht bei der inhaltlichen Beurteilung des zu entscheidenden Falls zuzugestehenden erheblichen Spielraums (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, juris Rn. 14) ist weder dargetan noch sonst erkennbar, dass die Beschwerdeführerin durch die in Rede stehenden Anforderungen an die Darlegungslast insbesondere zur Erschütterung der Validität der Datengrundlage bzw. die generelle Ausgestaltung der Darlegungs- und Beweisregeln im Zusammenhang mit der Anfechtung der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in ihrem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren verletzt würde. Von einer „Beweisnot“ der Beschwerdeführerin, der im Rahmen der prozessualen Darlegungs- und Mitwirkungslast auch bei der Bescheidung ihres Aktenbeziehungs- und Akteneinsichtsgesuchs Rechnung zu tragen wäre, kann unter den 384

gegebenen Umständen daher nicht die Rede sein.

bb) Das Beschwerdevorbringen ist auch nicht geeignet, eine Verpflichtung des Senats zur Beiziehung der Akten zum Datenerhebungsprozess für die Bestimmung und Plausibilisierung der durchschnittlichen Netzentgelte der Monitoringberichte der Jahre „2006 und 2016“ [sic!] – gemeint sein dürfte 2006 bis 2016 – zu begründen. 385

Soweit die Beschwerdeführerin behauptet bzw. darauf verweist, dass die in den Monitoringberichten der Jahre 2006 bis 2016 vorgegebenen Abnahmefälle zu den durchschnittlichen Netzentgelten der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden nicht die tatsächliche Entwicklung der Netzentgelte der Gasnetzbetreiber abbildeten, ist dieses Vorbringen nicht genügend, um die von der Bundesnetzagentur bejahte Eignung dieser Daten (Festlegung, S. 21 f.) für die im Rahmen der Abschätzung des Bruttoproduktionswerts vorgenommene Preisbereinigung der Umsatzerlöse in einem Maße zu erschüttern, die Anlass zu ihrer weiteren Überprüfung hätte geben müssen. Dazu hätte es des Vortrags konkreter Anhaltspunkte bedurft, dass diese Daten derart unzureichend oder unzuverlässig sind, dass sie keine sachgerechte Deflationierung der Umsatzerlöse erlaubten. Dies ist auch im hiesigen Verfahren weder hinreichend dargetan noch sonst ersichtlich (hierzu bereits unter B. III. 3.; vgl. bereits BGH, a.a.O., Rn. 45 bis 57 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I, BGH, a.a.O., Rn. 21 bis 28, insb. Rn. 25 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Ein Tatsachengericht verletzt seine Pflicht zur erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung erst dann, wenn sich ihm auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung eine weitere Sachverhaltserforschung von Amts wegen hätte aufdrängen müssen (BVerwG, Beschl. v. 25.01.2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 17 f m.w.N.). Dies ist auch hier zu verneinen. Es fehlt insbesondere an hinreichend konkretem und substantiiertem Sachenvortrag zur Entscheidungserheblichkeit des Inhalts der beizuziehenden Akten. Vielmehr erwartet die Beschwerdeführerin aus der Beiziehung und nachfolgenden Einsichtnahme erst weitergehende Erkenntnisse zur vermeintlich fehlenden Eignung der Daten aus den Monitoringberichten der Jahre 2006 bis 2016 zur Preisbereinigung der Umsatzerlöse. Es handelt sich daher im Ergebnis um ein unzulässiges Ausforschungsbegehren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.06.2014 – 2 B 76/13, juris Rn. 16 ff.). 386

II. Eine Vorlageanordnung zu Beweis Zwecken nach § 82 Abs. 3 S. 1 EnWG scheidet ebenfalls aus. 387

1. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin ihr Gesuch (gegebenenfalls zugleich) als förmlichen (Urkunds-)Beweisantrag im Sinne des § 86 Abs. 2 VwGO verstanden wissen wollte – ihre Intention ist insoweit nicht eindeutig –, wäre ein entsprechender Antrag unbeachtlich, weil er nicht den an einen solchen Beweisantrag zu stellenden Substantiierungs- und Konkretisierungsanforderungen genüge. Dieser stellte sich vielmehr als unzulässiger und daher nicht zu erhebender Ausforschungs- und Beweisermittlungsantrag dar, der lediglich zum Ziel hat, Zugang zu einer bestimmten Informationsquelle zu erlangen, um auf diesem Wege Anhaltspunkte für neuen Sachvortrag zu gewinnen, und nicht darauf abzielt, den Nachweis für die Richtigkeit einer unter Beweis gestellten Tatsachenbehauptung zu erbringen (vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 02.07.1998 – 11 B 30/97, juris Rn. 10, 13; Urt. v. 11.02.2014 – 8 C 49/12, juris Rn. 26 – jeweils m.w.N.). Ausforschungs- und Beweisermittlungsanträge fallen nicht unter das Vorabbescheidungsgebot des § 86 Abs. 2 VwGO (Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl., § 86 Rn. 57), wobei die im Schriftsatz vom 01.11.2022 gestellten Anträge ohnehin nicht im Sinne des § 86 Abs. 2 VwGO in der mündlichen Verhandlung gestellt worden sind (hierzu bereits unter B. II. 3. c) ee)). 388

Die trotz Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 82 Abs. 1 EnWG) für einen zulässigen Beweisantrag gebotene Substantiierung erschöpft sich nicht in der Nennung eines bestimmten Beweismittels und der Behauptung einer bestimmten Tatsache, die das Beweisthema bezeichnet. Das Substantiierungsgebot verlangt vielmehr, dass die Tatsache vom Beteiligten mit einem gewissen Maß an Bestimmtheit als wahr und mit dem angegebenen Beweismittel beweisbar behauptet wird. Beweisanträge sind danach unsubstantiiert und als Ausforschungsbegehren unzulässig, wenn sie (lediglich) dazu dienen sollen, Behauptungen und Vermutungen zu stützen, die erkennbar ohne jede tatsächliche Grundlage erhoben werden (BVerwG, Beschl. v. 13.06.2007 – 4 BN 6/07, juris Rn. 10; Beschl. v. 27.06.2014 – 2 B 76/13, juris Rn. 17; BeckOK VwGO/Breunig, a.a.O., § 86 Rn. 63 f.; Schübel-Pfister, in: Eyermann, a.a.O., § 86 Rn. 55 f.; kritisch Hensel, NVwZ 2020, 1628 [1631]). Solche Beweisanträge müssen dem Gericht regelmäßig keine weitere Sachaufklärung nahelegen, weil im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann bzw. soll (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.01.1988 – 7 CB 81/87, juris Rn. 11; Urt. v. 11.02.2014 – 8 C 49/12, juris Rn. 26). So liegt es auch hier. Die Beschwerdeführerin moniert sogar an mehreren Stellen ihres Beschwerdevorbringens ausdrücklich, dass sie ohne die separat geführten Plausibilisierungsakten zum Jahr 2006 gehindert sei, für ihren Rechtsstandpunkt in tatsächlicher Hinsicht substantiiert weiter vorzutragen.

2. Dass es sich um einen unzulässigen und daher unbeachtlichen Ausforschungs- und Beweisermittlungsantrag handelt, zeigt sich auch daran, dass die Beschwerdeführerin nicht näher spezifiziert, welche konkreten Urkunden oder Aktenteile sie für erheblich erachtet, sondern die mehr oder weniger undifferenzierte Vorlage ganzer Akteninhalte bzw. Urkundensammlungen begehrt, ohne nähere Bezeichnung oder zumindest inhaltliche Beschreibung einer darin enthaltenen speziellen Urkunde. 390

D. 391

I. Die beantragte Verfahrensaussetzung zwecks Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV vor dem Gerichtshof der Europäischen Union wegen der von der Beschwerdeführerin formulierten Frage, ob der seitens des Bundesgerichtshofs im Rahmen des § 9 ARegV angenommene Prüfungs- und Kontrollmaßstab einen „geeigneten Mechanismus“ im Sinne des Art. 41 Abs. 17 der Richtlinie 2009/73/EG gewährleiste, ist nicht veranlasst. 392

1. Bei Zweifeln über die Auslegung von Unionsrecht besteht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV nur für letztinstanzliche Gerichte eine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union. Darunter fällt im energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren das Oberlandesgericht nicht. Als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nur das Gericht anzusehen, dessen getroffene Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (EuGH, Urt. v. 04.06.2002 – C-99/00, juris Rn. 15 – Lyckeskog). Der Qualifikation als Rechtsmittel im Sinne des Art. 267 AEUV steht es dabei nicht entgegen, dass die Einlegung des Rechtsmittels an eine Zulassung gebunden ist und über diese Zulassung ein höherinstanzliches Gericht entscheidet (EuGH, a.a.O., Rn. 16 – Lyckeskog; BFH, Urt. v. 24.09.2015 – VR 9/14, juris Rn. 30). Auch die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher als Rechtsmittel im unionsrechtlichen Sinne anzusehen (Senat, Beschl. v. 28.04.2021 – VI-3 Kart 798/19 [V], juris Rn. 194 ff.; Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 332 – jeweils m.w.N.). 393

2. Ein mitgliedstaatliches Gericht, dessen Entscheidung noch mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, kann nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem 394

Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage über die Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts vorlegen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seiner Entscheidung für erforderlich hält. Verpflichtet zu einer solchen Vorlage ist ein Instanzgericht lediglich dann, wenn sich das ihm insoweit eingeräumte Ermessen auf Null reduziert (etwa Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 333). Dies ist vorliegend indes nicht der Fall, weil die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum verbleibt (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021 – 1 BvR 2853/19, juris Rn. 10, 20 m.w.N.). Auch der Bundesgerichtshof hat im Übrigen keinen Anlass für eine entsprechende Vorlage gesehen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 48 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; BGH, a.a.O., Rn. 24 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III).

II. Eine Verfahrensaussetzung gemäß § 148 ZPO analog wegen anhängiger 395
Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas kommt auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens der Beschwerdeführerin namentlich in ihrer Replik nicht in Betracht. Die Beschwerdeführerin zeigt keine Aspekte auf und solche sind auch sonst nicht ersichtlich, die dem Senat Anlass geben, von der im Beschluss vom 11.04.2022 getroffenen Entscheidung abzuweichen. Solches ist auch sonst nicht ersichtlich. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des seitens der Beschwerdeführerin thematisierten Aspekts einer möglichen Überlastung des Bundesverfassungsgerichts.

E. 396

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer 397
Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

II. Die Festsetzung des Beschwerdewerts findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 398
ZPO. Da das hierfür maßgebliche wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin nicht konkret bezifferbar ist, hat der Senat auf einen pauschal geschätzten Auffangstreitwert zurückgegriffen.

F. 399

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung 400
nicht zugelassen, weil die hierfür in § 86 Abs. 2 EnWG normierten Voraussetzungen nicht vorliegen. Der Bundesgerichtshof hat die wesentlichen entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits entschieden; dies betrifft insbesondere auch die von der Beschwerde gerügten verfassungsrechtlichen Aspekte. Die angeführten (neuen) Argumente dürften den Bundesgerichtshof keinen Anlass geben, von seiner mehrfach geäußerten Rechtsauffassung abzurücken. Bei der – im Streitfall verneinten – Frage, ob und inwieweit der Senat nach den Maßstäben des Amtsermittlungsgrundsatzes unter Berücksichtigung des Sachvortrags der Beteiligten zur einer weiteren Sachaufklärung namentlich in Gestalt einer (weiteren) Aktenbeiziehung verpflichtet ist, handelt es sich um eine einzelfallbezogene Tatfrage, die ebenfalls nicht die Zulassung der Rechtsbeschwerde gebietet

Rechtsmittelbelehrung: 401

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde 402
gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Auf die Pflicht zur elektronischen

Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 01.01.2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 05.10.2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§ 87 Abs. 4 S. 1, § 80 S. 2 EnWG).