



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 27/22

Verkündet am:
27. Juni 2023
Barth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt und die Richterinnen Dr. Picker sowie Dr. Holzinger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. März 2022 aufgehoben.

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28. November 2018 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Gründe:

- 1 A. Mit Beschluss vom 28. November 2018 (BK4-18-056, nachfolgend: Festlegung) hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 9 Abs. 3 ARegV (nachfolgend: Produktivitätsfaktor) für die dritte Regulierungsperiode auf 0,90 % festgelegt.
- 2 Vor der Entscheidung holte die Bundesnetzagentur zur Ermittlung des Produktivitätsfaktors ein Gutachten ein, das die Anwendung zweier unterschiedlicher Methoden empfahl (Festlegung S. 10). Ferner erhob sie bei den Netzbetreibern auf der Grundlage des Beschlusses vom 31. Januar 2018 (BK4-17-094,

nachfolgend: Festlegung vom 31. Januar 2018) Daten für die Jahre 2006 bis 2017 aus der Gewinn- und Verlustrechnung, zum Sachanlagevermögen und zum Personalaufwand. Auf der Grundlage des Gutachtens und der erhobenen und plausibilisierten Daten ermittelte die Bundesnetzagentur mithilfe eines Törnqvist-Indexes, der die Produktivität von Unternehmen als Verhältnis zwischen Ausbringungsmengen (Output) und den hierfür benötigten Produktionsfaktoren (Input) auf der Grundlage von Daten aus der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung abbildet, einen Produktivitätsfaktor von 1,82 %. Nach einem weiteren, als Malmquist-Methode bezeichneten Verfahren, bei dem die Änderungen statischer Effizienzwerte von Unternehmen für unterschiedliche Perioden verglichen werden, ermittelte die Bundesnetzagentur anhand der Daten der für die ersten drei Regulierungsperioden durchgeführten Effizienzvergleiche einen Produktivitätsfaktor von 1,35 %. Da die Bundesnetzagentur keine der beiden Methoden als überlegen ansah, stellte sie zugunsten der Netzbetreiber auf den niedrigeren Wert ab und nahm im Hinblick auf den für Gasversorgungsnetze festgesetzten Produktivitätsfaktor von 0,49 % zur Vermeidung unbeabsichtigter Brüche zwischen beiden Sektoren zusätzlich einen Abschlag von einem Drittel vor (Festlegung S. 63 f.).

3 Die Betroffene, die ein Elektrizitätsverteilernetz betreibt, hat - wie auch zahlreiche weitere Netzbetreiber - die Festlegung mit der Beschwerde angegriffen. Das Beschwerdegericht hat den Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet. Dagegen wendet sich die Bundesnetzagentur mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde der Betroffenen anstrebt.

4 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet.

5 I. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe die Höhe des Produktivitätsfaktors rechtsfehlerhaft ermittelt. Die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des Produktivitätsfaktors angewandte Residualbetrachtung, bei der sie auf die Veränderungsrate des Verbraucherpreisgesamtindex abgestellt und eine gemeinsame Abbildung der Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung vorgenommen habe, sei zwar nicht zu beanstanden. Auch sei die Ermittlung des Produktivitätsfaktors nach der Malmquist-Methode rechtsfehlerfrei. Die Bundesnetzagentur habe die Höhe des Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode aber rechtswidrig bestimmt. Die Auswahlentscheidung hinsichtlich des Stützintervalls sei rechtsfehlerhaft, weil sich das Stützintervall 2006 bis 2017 bei der wegen der Einbeziehung des Jahres 2006 erforderlichen Plausibilisierung nicht als hinreichend aussagekräftig und belastbar erweise und andere Stützintervalle, insbesondere das Stützintervall 2007 bis 2017, dem gewählten als Prognosegrundlage deutlich überlegen seien. Zu beanstanden sei ferner, dass die Bundesnetzagentur den sogenannten Monitoring Index als Deflator für die Umsatzerlöse herangezogen habe. Ihre Annahme, er sei als Deflator geeignet, obgleich hierin die Netzentgelte der Ebenen oberhalb der Mittelspannung nicht unmittelbar enthalten seien, sei nicht tragfähig.

6 II. Diese Bewertung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur nicht stand.

7 1. Nach § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG werden in der Anreizregulierung für eine Regulierungsperiode unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben Obergrenzen für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten vorgegeben. Die Vorgaben für die Entwicklung oder Festlegung der Obergrenze müssen nach § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG den Ausgleich der allgemeinen Geldentwertung unter Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vorsehen. Der Produktivitätsfaktor ist nach der auf

der Grundlage von § 21a Abs. 6 EnWG von der Bundesregierung erlassenen Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV ein Korrekturfaktor für den durch das Statistische Bundesamt veröffentlichten Verbraucherpreisgesamtindex. Durch ihn soll gewährleistet werden, dass bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen berücksichtigt wird, ob und gegebenenfalls in welchem Maße sich die Produktivität der Netzbetreiber abweichend von der Gesamtwirtschaft entwickelt. Er wird gemäß § 9 Abs. 1 ARegV ermittelt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung.

8 2. Diese Regelungen finden auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. September 2021 (C-718/18, RdE 2021, 534 Rn. 112 bis 138) weiterhin Anwendung (BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 14 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 7. Dezember 2021 - EnVR 6/21, WM 2023, 630 Rn. 9 - Kapitalkostenabzug mwN). Angesichts der durch das Unionsrecht geforderten Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen sind die Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung sowie der Strom- und der Gasnetzentgeltverordnung jedoch wo auch immer möglich und bis zu der den Gerichten durch den Willen des nationalen Gesetzgebers gezogenen Grenze im Sinne einer Gewährleistung und Sicherung dieser Unabhängigkeit auszulegen. Eine gerichtliche Überprüfung erfolgt daher im Grundsatz nur noch in Bezug auf den nach diesen Maßstäben fortgeltenden nationalen Regulierungsrahmen sowie anhand unionsrechtlicher Vorgaben (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 15 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; WM 2023, 630 Rn. 10 - Kapitalkostenabzug).

9 3. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist inhaltlich nicht vollständig rechtlich determiniert (BGH, Beschluss vom 26. Januar

2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 Rn. 14 bis 28 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Demgemäß sind Auswahlentscheidungen der Bundesnetzagentur, die sie bei der Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der Wahl einer zu seiner Ermittlung geeigneten Methode und deren Modellierung und Anwendung im Einzelnen zu treffen hat, nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, nämlich nur - insoweit aber vollständig - darauf hin, ob die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Grenzen eingehalten worden sind, die die Bundesnetzagentur zu beachten hatte (BGH, aaO, Rn. 27). Zu prüfen ist daher stets, ob die Regulierungsbehörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs - hier die Ermittlung des Produktivitätsfaktors gemäß § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 EnWG, § 9 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 ARegV nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen - ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Eine von der Bundesnetzagentur bei der Wahl der Methode oder der Anwendung der gewählten Methode getroffene Auswahlentscheidung kann von Rechts wegen nur dann beanstandet werden, wenn sich feststellen lässt, dass der gewählte methodische Ansatz von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm nach dem durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde auszufüllenden gesetzlichen Rahmen zukommt, oder wenn ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die getroffene Auswahlentscheidung nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann. Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab folgt aus den Grenzen der rechtlichen Determinierung und Determinierbarkeit der Aufklärung und Bewertung komplexer ökonomischer Zusammenhänge im Allgemeinen und des bei der (prognostischen) Abschätzung des Produktivitätsfaktors regulatorisch relevanten Sachverhalts sowie der regulatorischen Aufgaben im Besonderen und ist deshalb

sowohl mit Art. 19 Abs. 4 GG als auch mit dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes vereinbar (st. Rspr., BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 Rn. 14 bis 28, insb. Rn. 27 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 16 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 14 f. und EnVR 17/20, juris Rn. 3; vom 5. Juli 2022 - EnVR 77/20, RdE 2022, 527 Rn. 38 mwN - REGENT; BVerwG, Urteil vom 29. März 2017 - 6 C 1/16, BVerwGE 158, 301 Rn. 31 f.).

10 4. Daran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Einwände der betroffenen Netzbetreiber bei der Festlegung des Produktivitätsfaktors für die Elektrizitätsversorgungsnetze fest. Weder nimmt der Senat entgegen den insoweit geltenden Grundsätzen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Januar 2015 - EnVR 42/13, ZNER 2015, 129 Rn. 34 - Stadtwerke Rhede GmbH; vom 11. Dezember 2018 - EnVR 48/17, RdE 2019, 172 Rn. 8 - Eigenkapitalzinssatz; vom 9. Juli 2019 - EnVR 41/18, ZNER 2019, 431 Rn. 34) eine tatrichterliche Würdigung vor, noch wird - wie ausgeführt - durch die obigen Maßgaben der nach Art. 19 Abs. 4 GG und nach Unionsrecht gebotene effektive Rechtsschutz ausgehöhlt. Vielmehr geht es darum, den Bereich der tatrichterlichen Überprüfung und Würdigung in der gebotenen Weise von dem Spielraum abzugrenzen, der der Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Produktivitätsfaktors zusteht (BGH, Beschluss vom 3. März 2020 - EnVR 26/18, RdE 2020, 319 Rn. 32 und Rn. 36 bis 38 - Eigenkapitalzinssatz III; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29. Juli 2021 - 1 BvR 1588/20, juris Rn. 2).

11 5. Nach diesen Maßstäben hält die Beurteilung des Beschwerdegerichts rechtlicher Nachprüfung nicht stand, die Bundesnetzagentur habe die Höhe des Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode rechtswidrig bestimmt, weil sich das Stützintervall 2006 bis 2017 bei der wegen der Einbeziehung des Jahres

2006 erforderlichen Plausibilisierung nicht als hinreichend aussagekräftig und belastbar erweise und andere Stützintervalle, insbesondere das Stützintervall 2007 bis 2017, dem gewählten als Prognosegrundlage deutlich überlegen seien.

- 12 a) Allerdings hat das Beschwerdegericht - was die Rechtsbeschwerde als ihr günstig unbeanstandet lässt - zu Recht und im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats angenommen, dass das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall 2006 bis 2017 nicht deshalb ungeeignet ist, weil die beobachtete totale Faktorproduktivität und demgemäß auch die jährlichen Werte des Produktivitätsfaktors stark streuen, das Stützintervall mit einem Basisjahr beginnt und mit einem auf ein Basisjahr folgenden Jahr endet, oder das Stützintervall einen ab 2012 einsetzenden Negativtrend nicht ausreichend berücksichtigt. Es geht zutreffend davon aus, es sei nicht erforderlich, die Datengrundlage um regulatorische Effekte - auch sogenannte "Einmaleffekte" - zu bereinigen. Denn bei der Prognoseentscheidung kann - wie die Bundesnetzagentur zu Recht geltend macht - berücksichtigt werden, dass (auch) in Zukunft regulatorisch bedingte Effekte mit erheblichen Auswirkungen auf die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung auftreten können. Die Feststellungen des Beschwerdegerichts rechtfertigen zudem nicht die Annahme, dass die Einbeziehung der Daten für 2006 bereits wegen einer mangelnden Datenqualität ausscheiden müsste.
- 13 b) Die Bundesnetzagentur rügt jedoch zu Recht, dass das Beschwerdegericht, soweit es die Heranziehung des Stützintervalls 2006 bis 2017 als rechtsfehlerhaft beanstandet, der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt und wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Acht gelassen hat (vgl. zu den insoweit geltenden Grundsätzen BGH, Beschluss vom 9. Juli 2019 - EnVR 41/18, ZNER 2019, 431 Rn. 34).
- 14 aa) Es fehlt zunächst - anders als das Beschwerdegericht meint - nicht an der für die Festlegung erforderlichen Begründung.

- 15 (1) Bei der Ausfüllung ihres Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums unterliegt die Bundesnetzagentur besonderen Begründungsanforderungen. Ähnlich wie bei telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen 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 (BGHZ 228, 286 Rn. 63 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).
- 16 (2) Nach diesen Maßstäben hat die Bundesnetzagentur ihre Entscheidung plausibel und erschöpfend begründet. Sowohl bei der Festlegung des Produktivitätsfaktors Gas als auch des Produktivitätsfaktors Strom hat die Bundesnetzagentur sich aus den gleichen Gründen für die Heranziehung der Daten des jeweils längst möglichen Zeitraums einschließlich der Daten des Jahres 2006 und ohne Bereinigung der Daten um (vermeintliche) Sondereffekte entschieden.
- 17 (a) Sie hat ihre Entscheidung für das längst mögliche Stützintervall damit begründet, dass grundsätzlich ein möglichst langer Zeitraum berücksichtigt werden solle. Dies solle gewährleisten, dass temporäre Effekte geglättet werden. Aus den Reihen der Konsultationsteilnehmer sei das im Stützintervall enthaltene Jahr 2006 als auffällig oder sogar als nicht plausibel bezeichnet worden, da die Daten des Jahres 2006 als erstes Jahr der Regulierung stark von denen der Folgejahre abwichen. Dies betreffe insbesondere die Werte der Positionen "Um-

satz ohne Umlagen", "Aktivierte Eigenleistungen", "Personalaufwand" und "Abschreibungen". Diese Kritik verfange insgesamt nicht. Es liege in der Natur der Sache, dass sowohl Kostenpositionen als auch Umsatzerlöse von Jahr zu Jahr schwanken könnten. Die Position Umsatz ohne Umlagen liege im Jahr 2006 leicht unterhalb des Mittelwerts der Daten des Stützintervalls, der Personalaufwand genau auf dem Mittelwert. Ein nicht plausibler Unterschied der aktivierten Eigenleistungen und der Abschreibungen des Jahres 2006 könne im Vergleich zu den übrigen Jahren jedenfalls nicht festgestellt werden. Der Anstieg des Bruttoproduktionswerts des Jahres 2007 im Vergleich zu 2008 betrage rund 8 % und weise einen ähnlichen Anstieg auf wie von 2008 auf 2009. Eine Unplausibilität könne schon allein deshalb - auch in Kombination mit einem im Vergleich niedrigeren Inputindex - nicht festgestellt werden. Auch der behauptete Rückgang des Bruttoanlagevermögens könne nicht festgestellt werden, da die im Inputpreisindex verwendeten Mengen leicht stiegen. Im Vergleich hierzu seien die Vorleistungen nahezu unverändert geblieben. Die geleisteten Arbeitsstunden seien stärker zurückgegangen, jedoch nicht in unplausiblen Umfang, da es in diesem Zeitraum vermehrt zunächst zur Gründung von kleinen und anschließend wieder großen Netzgesellschaften gekommen sei. Hierzu korrelierend verhielten sich die Gewichtungsfaktoren im Vergleich zu den Folgejahren; auch hier könne keine Unplausibilität festgestellt werden. Insgesamt sei in Bezug auf die von den Marktteilnehmern kritisch betrachteten Daten des Jahres 2006 festzustellen, dass es sich um umfangreich plausibilisierte Daten aus den Jahresabschlüssen der Stromnetzbetreiber handele. Mögliche strukturelle Veränderungen bildeten daher - unabhängig davon, ob sie die Produktivität möglicherweise erhöhten oder senkten - die tatsächlichen Gegebenheiten ab. Auch deshalb sei unter diesem Gesichtspunkt ein möglichst großes Stützintervall zu bevorzugen; willkürlich einzelne Jahresdaten auszuschließen, liege neben der Sache.

- 18 (b) Die Bundesnetzagentur hat ausweislich der Begründung der Festlegung im Hinblick auf die im Konsultationsverfahren geäußerte Kritik "dennoch" (Festlegung S. 23) den Einfluss der Daten des Jahres 2006 auf den Produktivitätsfaktor erneut überprüft. Die Ermittlungen haben sich dabei auf alle gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV möglichen Stützintervalle bezogen, die mit dem Jahr 2007 beginnen. Angesichts des über den Zeitverlauf kontinuierlichen Absinkens des Produktivitätsfaktors hat dies - wenig überraschend - das Ergebnis erbracht, dass der Produktivitätsfaktor in den vier früher endenden Zeiträumen höher und in den vier später endenden Zeiträumen niedriger ist als derjenige, der sich ergibt, wenn das längst mögliche Stützintervall zugrunde gelegt wird, wobei sich ein Mittelwert von 2,05 % ergibt. Daraus hat die Bundesnetzagentur geschlossen, dass der Produktivitätsfaktor auch im Vergleich mit um das Jahr 2006 verkürzten Stützintervallen als robust anzusehen ist. Sie hat es daher als sachgerecht erachtet, die Daten des Jahres 2006 in die Törnqvist-Berechnung einzubeziehen, um einen möglichst langen Zeitraum abzudecken, der dem auf der Grundlage der Festlegung vom 31. Januar 2018 abgefragten Zeitraum entspricht. Eine Verkürzung des Stützintervalls aufgrund der aufgezeigten Schwankungen hat sie demgegenüber als willkürlich erachtet. Ein sachlicher Grund für eine Verengung des Betrachtungszeitraums sei nicht erkennbar.
- 19 (c) Die Bundesnetzagentur hat ihre Entscheidung, der Prognose alle verfügbaren Daten zugrunde zu legen und diese nicht wegen (vermeintlicher) Sondersachverhalte zu ändern oder zu bereinigen, damit begründet, dass dies zu weiteren zahlreichen Unsicherheiten führe und zudem teilweise auch nicht möglich sei (Festlegung S. 23 bis 25). So stehe der vorgeschlagenen Herausrechnung der Daten der Offshore-Anbindungen entgegen, dass sonst die Branche des Elektrizitätsversorgungsnetzbetriebs insgesamt nicht vollständig abgedeckt würde, einzelne Netzbetreiber in Gänze unberücksichtigt blieben, und An-

passungen bei den Daten erfolgen müssten, die zu Lücken bei den Umsatzerlösen und den Inputfaktoren führen würden, während der Verordnungsgeber sich entschieden habe, den Produktivitätsfaktor auch auf Offshore-Anbindungen zur Anwendung kommen zu lassen. Es werde auch nicht der Forderung gefolgt, eine Anpassung der Daten der Gewinn- und Verlustrechnung durchzuführen, um Veränderungen durch das 2016 in Kraft getretene Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz Rechnung zu tragen. Dies sei mit der Begründung verlangt worden, es habe sich eine Verschiebung eines Teils der sonstigen betrieblichen Erträge in die Umsatzerlöse der Jahre 2016 und 2017 ergeben, so dass es an der Vergleichbarkeit mit den Vorjahren fehle. Dem sei indes nicht zu folgen, weil eine solche Datenanpassung nicht möglich sei. Jede pauschale Anpassung würde daher zu einer Verzerrung führen. Die Konsultationsteilnehmer hätten selbst befürwortet, aus methodischen Gründen auf eine möglichst lange Zeitreihe abzustellen. Das würde aber faktisch unmöglich, wenn solche "Brüche", die zudem die vor dem handelsrechtlichen Hintergrund tatsächlich bestehenden Gegebenheiten in der Branche unmittelbar widerspiegeln, das Stützintervall zwingend begrenzen oder stets mehr oder minder willkürliche Anpassungen der Datenbasis vorgenommen werden müssten. Denn in diesem Fall wäre es nur folgerichtig, auch bezüglich anderer Aspekte sowie Sondersachverhalte zu überprüfen, ob Daten ausgesondert werden müssten oder sich eine Bereinigung oder Herausrechnung von Einzelpositionen aufdränge. Durch eine solche dem Umfang nach nicht absehbare Entfernung von Daten der Gewinn- und Verlustrechnung komme es aber nicht zu einer besseren Abbildung der tatsächlichen Gegebenheiten. Es sei daher insgesamt nicht sachgerecht, entsprechende Daten unberücksichtigt zu lassen oder sonstige Anpassungen oder Verschiebungen von Einzelpositionen durchzuführen. Das werde dadurch gestützt, dass eine Bereinigung vermeintlicher Sondersachverhalte auch immer zu für die Netzbetreiber nachteiligen Ergebnissen führen könnte. Entsprechendes gelte für die Mehrerlösabschöpfung. Auch insoweit sei es nicht sachgerecht, Anpassungen durchzuführen, zumal eine

solche Anpassung auf Grund der vorhandenen Daten nicht vollständig möglich sei. Schließlich komme es im Hinblick auf eine etwaige Anpassung auf den Zeitraum an, in dem die Rückzahlungen tatsächlich erfolgt seien und nicht auf den Zeitraum, in dem die Rückstellungen gebildet worden seien. Dafür hätten aber individuell verschiedene Zeiträume von bis zu neun Jahren gewählt werden können. Die Auswirkungen der Mehrerlösabschöpfung würden sich aufgrund der individuell gewählten Rückzahlungsdauer auch auf diesen individuellen Zeitraum verteilen und gingen zum Teil über das Jahr 2017 hinaus.

20 (3) Die Bundesnetzagentur rügt vor diesem Hintergrund zu Recht, das Beschwerdegericht hätte nicht davon ausgehen dürfen, dass sie die Belastbarkeit der Daten des Jahres 2006 selbst in Frage gestellt und daher in der Festlegung eine entsprechende Plausibilisierung für erforderlich gehalten und vorgenommen habe. Denn aus der oben wiedergegebenen Begründung ergibt sich, dass die Bundesnetzagentur ihre Untersuchungen zum Einfluss der Daten des Jahres 2006 auf den Produktivitätsfaktor lediglich im Hinblick auf die im Konsultationsverfahren geäußerte Kritik vorgenommen hat ("dennoch"). Es ist daher nachvollziehbar, dass sie jeweils Zeiträume untersucht hat, bei denen die Daten für 2006 nicht, diejenigen für 2007 aber wohl enthalten waren. Angesichts des über den gesamten Zeitraum sinkenden Produktivitätsfaktors war es konsequent, die Stützintervalle ohne 2006 so zu bilden, dass sie die höheren Werte der Vergangenheit widerspiegeln. Denn die Prüfung bezog sich vor dem Hintergrund der Kritik darauf, dass die Ergebnisse für das Intervall 2006 bis 2017 im Vergleich mit den positive Werte aufweisenden möglichen anderen Intervallen des Zeitraums nicht erheblich nach oben abweichen.

21 (4) Es bedurfte entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts auch keiner Begründung dafür, aus welchen Gründen die Bundesnetzagentur in der

angegriffenen Festlegung anders als bei der Robustheitsprüfung des Produktivitätsfaktors Gas nicht auf die Stützintervalle abgestellt hat, die sich ergeben, wenn das Stützintervall jeweils um das am längsten zurückliegende Jahr verkürzt wird.

- 22 (a) Bei der Festlegung des Produktivitätsfaktors Gas hat die Bundesnetzagentur ausweislich der dortigen Begründung (Festlegung vom 21. Februar 2018 - BK4-17-093, S. 20) - anders als hier - eine Robustheitsprüfung wegen der dort festgestellten, über den gesamten Erhebungszeitraum aufgetretenen starken Schwankungen des Produktivitätsfaktors für erforderlich gehalten. Sie hat auf der Grundlage der Annahme, dass (kürzere) Zeiträume der jüngeren Vergangenheit aussagekräftiger seien als weiter zurückliegende Zeiträume, das Stützintervall jeweils um das am längsten zurückliegende Jahr verkürzt.
- 23 (b) Vergleichbare Schwankungen über das gesamte Stützintervall sind hier indes nicht zu beobachten und die Prüfung erfolgte - wie dargestellt - vor anderem Hintergrund und mit anderer Zielsetzung. Eine Begründung für das unterschiedliche Vorgehen war deshalb nicht erforderlich (vgl. auch BGHZ 228, 286 Rn. 89 bis 91 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Entgegen der Ansicht der betroffenen Netzbetreiber lässt sich der Auswahl der Vergleichsintervalle daher auch kein Anzeichen dafür entnehmen, dass eine ergebnisoffene Prüfung von vornherein nicht stattgefunden habe.
- 24 bb) Vor diesem Hintergrund hat das Beschwerdegericht die Heranziehung des Stützintervalls 2006 bis 2017 zu Unrecht als rechtsfehlerhaft beanstandet. Es hat sich mit der Begründung der Festlegung nicht ausreichend auseinandergesetzt und dadurch seinen Blick rechtsfehlerhaft auf die Einbeziehung des Jahres 2006 und die von ihm für erforderlich gehaltene Plausibilisierung des Stützintervalls 2006 bis 2017 verengt. Dabei hat es außer Betracht gelassen, dass die Bundesnetzagentur in fehlerfreier Ausübung ihres Beurteilungs- und

Entscheidungsspielraums die (grundlegende) Abwägungsentscheidung getroffen hat, alle verfügbaren plausibilisierten Daten zu verwenden. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht daher angenommen, dass eine Plausibilisierung des von der Bundesnetzagentur nach dem Törnqvist-Index errechneten Werts durch einen Vergleich mit denjenigen Werten erforderlich sei, die sich bei Heranziehung verschiedener weiterer, mit dem Jahr 2017 endender Stützintervalle ergäben und aus den abweichenden Werten geschlossen, dass das Stützintervall 2007 bis 2017 dem von der Bundesnetzagentur gewählten deutlich überlegen sei.

25 (1) Zwar geht das Beschwerdegericht im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Bundesnetzagentur vor einer methodischen Entscheidung oder bei deren Umsetzung verpflichtet ist, Alternativen zu prüfen oder sich um eine zusätzliche Absicherung des gefundenen Ergebnisses zu bemühen. Es legt seiner Entscheidung ferner zutreffend zugrunde, dass es insbesondere darauf ankommt, ob sich bei der Verfolgung eines gewählten Ansatzes Anhaltspunkte dafür ergeben, dass und gegebenenfalls in welcher Beziehung und in welchem Umfang eine grundsätzliche Methodenentscheidung oder die Weichenstellung in einem Einzelpunkt der Untersuchung einer erneuten Überprüfung bedarf, um ein verlässliches und aussagekräftiges Ergebnis zu gewinnen (BGHZ 228, 286 Rn. 23 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

26 (2) Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht aber, dass solche Anhaltspunkte hier gegeben seien und durch eine vergleichende Betrachtung mit anderen Stützintervallen ohne 2006 ein verlässlicheres und aussagekräftigeres Ergebnis gewonnen werden könne. Denn es lässt außer Betracht, dass 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 sind, nämlich nur - insoweit aber

vollständig - darauf hin, ob die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Grenzen eingehalten worden sind, die die Bundesnetzagentur zu beachten hatte (BGHZ 228, 286 Rn. 27 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Entgegen der Auffassung der betroffenen Netzbetreiber nimmt der Senat damit keine Tatsachenwürdigung vor. Vielmehr geht es darum, den Bereich der tatrichterlichen Überprüfung und Würdigung in der gebotenen Weise von dem Spielraum abzugrenzen, der der Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums zusteht (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2020 - EnVR 26/18, RdE 2020, 319 Rn. 32 - Eigenkapitalzinssatz III).

27 (3) Der Ansatz der Bundesnetzagentur ist in seiner Gesamtheit davon geprägt, dass der Prognose alle verfügbaren Daten zugrunde gelegt und diese nicht wegen (vermeintlicher) Sondersachverhalte geändert oder bereinigt werden. Das beruht auf der Annahme, dass der längst mögliche Zeitraum am besten für eine Prognose geeignet ist, weil er zahlreiche - insbesondere auch regulierungsbedingte - tatsächliche Gegebenheiten und Effekte abbildet und zugleich glättet, die angesichts der stets möglichen (regulierungsbedingten) strukturellen Veränderungen im Energiesektor mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch im Prognosezeitraum erwartet werden können. Die Bundesnetzagentur hat ihrer Prognose folglich alle verfügbaren Daten zugrunde gelegt und weder die Daten der Offshore-Anbindungen herausgerechnet, noch Daten aufgrund der durch das Inkrafttreten des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes eingetretenen Veränderungen oder wegen der Rückzahlungen aufgrund der Mehrerlösabschöpfung angepasst.

28 (4) Das ist ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz. Er beruht auf der in nicht zu beanstandender Ausübung des Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums der Bundesnetzagentur getroffenen Annahme, es könne auch im Prognosezeitraum der dritten Regulierungsperiode mit

einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu strukturellen Veränderungen mit erheblichen Auswirkungen auf den Produktivitätsfaktor kommen. Die Bundesnetzagentur hat den Zielkonflikt, der in der Bestimmung des Prognosezeitraums und der Heranziehung der verfügbaren Daten liegt, erkannt, die Vor- und Nachteile möglicher Lösungen aufgezeigt und sich für die größtmögliche Datenbasis ohne Datenbereinigungen entschieden. Dabei hat sie rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass die aus methodischen Gründen vorzugswürdige Berücksichtigung möglichst langer Zeitreihen faktisch unmöglich werde, wenn die die tatsächlichen Gegebenheiten widerspiegelnden "Brüche" durch eine Anpassung der Datengrundlage oder des Stützintervalls berücksichtigt werden müssten. Das ist nach den dafür geltenden Maßgaben (BGHZ 228, 286 Rn. 157 mwN - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, RdE 2022, 119 Rn. 35 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) nicht zu beanstanden, zumal in diesem Fall auch gegenläufige Effekte, die sich zugunsten der betroffenen Netzbetreiber auswirken, herauszurechnen wären. Ein Abwägungsfehler ist weder aufgezeigt noch erkennbar.

29 (5) Im Streitfall ergeben sich aus der Beurteilung des Beschwerdegerichts auch keine Umstände, die die Wahl eines anderen Stützintervalls zwingend oder greifbar überlegen erscheinen lassen.

30 (a) Das Beschwerdegericht legt seiner Beurteilung zugrunde, dass die jährliche Veränderungsrate des Produktivitätsfaktors für 2006 auf 2007 mit 15,47 % den höchsten ermittelten Wert annehme und den zweithöchsten, für 2009 auf 2010 ermittelten Wert von 7,87 % um das Doppelte übersteige. Zudem wiesen fünf der sechs die totale Faktorproduktivität bestimmenden Parameter in den Jahren 2006 bis 2007 die negativsten und positivsten Veränderungsraten des gesamten Zeitverlaufs auf. Die Höhe der Netzentgelte 2006 sei durch den Übergang vom Regelungsregime des verhandelten zu dem des regulierten Netzzugangs geprägt gewesen. Zu Anfang des Jahres 2006 hätten noch die

- höheren - verhandelten Netzentgelte gegolten und die Netzentgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur seien erst im Verlauf des Jahres 2006 sowie 2007 erfolgt. Da die Netzentgelte als Deflator verwendet würden, wirke sich ihre Höhe in erheblicher Weise auf die Ermittlung des Bruttoproduktionswerts aus. Ferner hätten zahlreiche Netzbetreiber Rückstellungen für später abzuschöpfende Mehrerlöse gebildet. Das habe zu einer Minderung der Umsatzerlöse in diesem Jahr geführt.

31 (b) Diese Umstände spiegeln indes lediglich die tatsächlichen Gegebenheiten wider. Sie konnten daher nach dem Ansatz der Bundesnetzagentur Berücksichtigung finden. Das Beschwerdegericht hat nicht feststellen können, 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 müsse. Dies zugrunde gelegt, führt die Berücksichtigung der Daten von 2006, einschließlich der diesem Jahr zugeschriebenen, sich aus der unterjährigen Veränderung der Netzentgelte und der Mehrerlösabschöpfung ergebenden Auswirkungen, entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts und der betroffenen Netzbetreiber nicht zu einer "Verzerrung" des Produktivitätsfaktors, sondern bildet lediglich die tatsächlichen Verhältnisse der regulatorisch geprägten Branche ab.

32 (c) Zutreffend stellt die Bundesnetzagentur dabei darauf ab, dass es für die Bereinigung von "Sondereffekten" keinen Anlass gibt, sondern eine solche Bereinigung im Gegenteil zu einer erheblichen Unsicherheit im Hinblick darauf führen würde, welche Daten bei der Abschätzung (noch) berücksichtigt werden dürften und ob und gegebenenfalls wie eine Datenbereinigung vorzunehmen wäre.

33 (6) Schließlich steht die Ansicht des Beschwerdegerichts, die Plausibilisierung durch einen Vergleich mit anderen Stützintervallen ohne 2006 ergebe, dass das Stützintervall 2007 bis 2017 greifbar überlegen sei, im Widerspruch zu seinem rechtlichen Ausgangspunkt. Wie oben dargelegt, geht das Beschwerdegericht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 228, 286 Rn. 74 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; BGH, RdE 2022, 119 Rn. 35 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) davon aus, dass es nicht erforderlich sei, die Datengrundlage um regulatorische Effekte - auch "Einmaleffekte" - zu bereinigen, und dass die Einbeziehung von 2006 nicht wegen mangelnder Datenqualität ausscheiden müsse. Dies zugrunde gelegt, kann indes mit einem solchen regulatorischen "Einmaleffekt" nicht das Erfordernis einer Plausibilisierung begründet werden, die durch eine ohne ihn durchgeführte Vergleichsbetrachtung erfolgen soll. Eine solche Plausibilisierung müsste zwingend scheitern, weil ein regulatorischer "Einmaleffekt" stets ergebnisrelevant sein wird. Soweit die betroffenen Netzbetreiber dem entgegenhalten, aus diesem Umstand und zudem schon aus der Bezeichnung ergebe sich, dass ein "Einmaleffekt" keine Grundlage für eine Prognose sein könne, greift das nicht durch. Denn der Ansatz der Bundesnetzagentur beruht nicht auf der Annahme, dass sich ein "Einmaleffekt" in eben dieser Form wiederholen werde, sondern darauf, dass im regulatorischen Umfeld "Einmaleffekte" mit erheblichen Auswirkungen auf den Produktivitätsfaktor mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit jederzeit vorkommen können.

34 (7) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts führt schließlich der Umstand, dass das von der Bundesnetzagentur gewählte Stützintervall mit einem Basisjahr beginnt und mit einem auf ein Basisjahr folgenden Jahr endet, nicht zu dem Erfordernis einer Plausibilisierung des von der Bundesnetzagentur herangezogenen Stützintervalls. Das Beschwerdegericht geht zutreffend davon aus, dass das gewählte Stützintervall 2006 bis 2017 nicht schon aus diesem Grund

ungeeignet ist (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 70 bis 76 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Es handelt sich bei dem sogenannten Basisjahreffekt - worauf die Bundesnetzagentur zutreffend hinweist - um einen von vielen die tatsächlichen Gegebenheiten abbildenden Umstand auf der Grundlage der bei der Törnqvist-Berechnung heranzuziehenden handelsrechtlichen Betrachtung und damit um einen weiteren sogenannten Sondersachverhalt, gegen dessen Bereinigung sich die Bundesnetzagentur generell entschieden hat. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

35 6. Mit Erfolg greift die Bundesnetzagentur auch die Beurteilung des Beschwerdegerichts an, der für die als Outputfaktor verwendeten Bruttoumsatzerlöse gewählte Deflator sei rechtswidrig. Sie rügt zu Recht, dass das Beschwerdegericht der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt und wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Acht gelassen hat (vgl. zu den insoweit geltenden Grundsätzen BGH, Beschluss vom 9. Juli 2019 - EnVR 41/18, ZNER 2019, 431 Rn. 34).

36 a) Die Bundesnetzagentur hat in dem angegriffenen Beschluss ausgeführt (Festlegung S. 26 bis 34), dass die Produktivitätsentwicklung der Elektrizitätsnetzwirtschaft durch die Veränderung der totalen Faktorproduktivität abgebildet wird, die durch die Division von Output- durch Inputfaktoren berechnet wird. Aus der Entwicklung des preisbereinigten Bruttoproduktionswerts unter Berücksichtigung der Vorleistungen ergebe sich der Outputfaktor für das jeweils betrachtete Jahr, und durch eine Division der einzelnen Jahre im Vergleichszeitraum ergäben sich Outputindizes der Jahre 2006 bis 2017. Der preisbereinigte Bruttoproduktionswert werde durch die Summe der abgefragten und sodann preisbereinigten Umsatzerlöse, der preisbereinigten Bestandsveränderungen sowie der preisbereinigten aktivierten Eigenleistungen abgebildet. Zur Deflationierung der Umsatzerlöse eigneten sich die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-,

Gewerbe- und Industriekunden. Die Netzentgelte seien den jährlichen Monitoringberichten entnommen und mit den jeweiligen durchschnittlichen (sich aus einem Bericht des Bundeswirtschaftsministeriums von 2018 ergebenden) Verbrauchsanteilen gewichtet worden. Im Konsultationsverfahren hätten die Marktteilnehmer anstelle der Deflationierung der Umsatzerlöse mit Hilfe der durchschnittlichen Netzentgelte aus den Monitoringberichten (nachfolgend: Monitoring Index) die Verwendung der Indexreihe des Statistischen Bundesamts "Netznutzungsentgelte Strom" (nachfolgend: Destatis Index) vorgeschlagen. Damit habe sich die Beschlusskammer ausführlich auseinandergesetzt und sich vom Statistischen Bundesamt die Zusammensetzung und Ermittlung des Destatis Index sowie seine Zwecke erläutern lassen. Im Ergebnis halte sie aber für die Festlegung des Produktivitätsfaktors den Monitoring Index für besser geeignet als den nach allgemeinen, nicht nach Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftssektoren differenzierenden Grundsätzen ermittelten Destatis Index. Der Destatis Index beruhe nicht wie der Monitoring Index auf einer Vollerhebung, sondern lediglich auf einer Stichprobe. Er berücksichtige alle Spannungsebenen und die gemäß Preisblatt zu zahlenden Netzentgelte. Im Vergleich hierzu würden im Monitoring Index die Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden zunächst nur der Mittel- bis Niederspannungsebene berücksichtigt. Jedoch würden in diesen Netzentgelten die Netzentgelte der Ebenen oberhalb der Mittel- und Niederspannungsebene durchgereicht und tatsächlich durch die Kunden der Mittel- und Niederspannungsebene bezahlt (Entgeltbildungskonvention der sogenannten Kaskadierung). Für die Stromnetzbranche sei die Besonderheit erheblich, dass Netzentgelte für Nutzungen höherer Ebenen nicht direkt den Kunden höherer Ebenen, sondern Kunden der Mittel- und Niederspannungsnetzbetreiber in Rechnung gestellt würden. Damit entfielen zum Beispiel 90 % bis 95 % des Netzentgeltvolumens der Übertragungsnetzbetreiber nicht auf Kunden der Übertragungsnetzbetreiber, sondern auf Kunden der nachgelagerten Ebenen. Für die Kunden der Höchstspannungsebenen hätten sich die zur Anwendung gekommenen Preise

sogar rückläufig entwickelt, da ein Großteil der an den Übertragungsnetzen angeschlossenen Letztverbraucher Sondervertragskunden darstellten. So seien im Zeitablauf sukzessive Rabatte von 50 %, 80 % oder 100 % gewährt worden. Aktuell würden nach der Methode des physikalischen Pfads individuelle Rabattierungen von etwa 85 % gewährt. Diese Rabatte überkompensierten den optischen Netzentgeltanstieg des Standardpreisblatts der Übertragungsnetzbetreiber erheblich. Besonders gewichtige Letztverbraucher wie Pumpspeicherkraftwerke seien inzwischen zu 100 % von den Netzentgelten befreit. Die Preisentwicklung der Netzentgelte der an der Übertragungsebene angeschlossenen Letztverbraucher könne jedenfalls nicht ohne Berücksichtigung der gewichtigen tatsächlich vorhandenen Individualisierungen aus einem Standardpreisblatt abgeleitet werden. Die Veränderungen der Netzentgelte der Übertragungsnetzbetreiber gingen somit in die Netzentgeltveränderung der Mittel- und Niederspannung mit ein. Der Monitoring Index stelle auf die Angaben der Lieferanten zu den tatsächlich gezahlten Netzentgelten insgesamt ab. Wegen des Abstellens auf die tatsächlichen Umsätze laut Jahresabschluss und den Besonderheiten des deutschen Netzentgeltsystems, in dem nominale Netzentgelte wegen Privilegierungstatbeständen und korrespondierenden Umlagen nicht den tatsächlich von einer Kundengruppe gezahlten Netzentgelten entsprächen, halte die Beschlusskammer dies für einen wesentlichen Vorteil in der hier anzustellenden Betrachtung. Die Auswahl eines Preisindex zur Deflationierung der Umsatzerlöse der Stromnetzbetreiber sei von großer Bedeutung, da der ermittelte Produktivitätsfaktor sehr sensitiv darauf reagiere. Insoweit sei eine möglichst an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierte Ermittlung der Preisentwicklungen notwendig. Der Monitoring Index sei tatsächlich in der Lage, realitätsgerechte, regional unterschiedliche Spannbreiten der Netzentgelte in der für die Ermittlung des Produktivitätsfaktors nötigen Granularität abzubilden. Insofern solle die geeignetste Quelle Anwendung finden. Das sei der Monitoring Index, der aufgrund der Voller-

hebung sowohl die regionalen Preisveränderungen als auch die tatsächlich gezahlten Netzentgelte und auch die Netzentgeltsteigerung der vorgelagerten Netzebenen abbilde. Durch diesen Preisindex werde die Entwicklung im Stromnetzmarkt im Produktivitätsfaktor sachgerecht und in vertretbarer Weise abgebildet. Der sachgerechten Entwicklung der Netzentgelte der im Monitoring Index verwendeten Kundengruppen und deren Gewichte als Abbildung des Gesamtmarktes messe die Beschlusskammer deshalb bei der Frage der Deflationierung der Umsätze ein besonderes Gewicht bei.

37 b) Das ist entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ein ausreichend begründeter, sachlich möglicher und plausibler Ansatz. Die Bundesnetzagentur deflationiert alle Umsatzerlöse mit Hilfe des Monitoring Index, der auf einer Vollerhebung der durchschnittlich gezahlten und nach Kundengruppen gewichteten Netzentgelte der beiden unteren Spannungsebenen beruht. In nicht zu be-
anstandender Ausübung ihres Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums nimmt die Bundesnetzagentur an, dass die Preisentwicklung in den unteren Spannungsebenen die tatsächlichen Gegebenheiten im Strommarkt (insgesamt) sachgerecht und in vertretbarer Weise abbilde. Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht demgegenüber, die Bundesnetzagentur habe keine tragfähige Begründung für die Eignung des Monitoring Index als Deflator gegeben.

38 aa) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts zahlten die Kunden der unteren Spannungsebenen im maßgeblichen Zeitraum 2006 bis 2017 sowohl die Netzentgelte ihrer eigenen Spannungsebenen als auch zu einem überwiegenden Teil von jedenfalls - den Vortrag der betroffenen Netzbetreiber zugrunde gelegt - 88 % der Netzentgelte der oberen Spannungsebenen. In der Entwicklung der von den Kunden der unteren Spannungsebenen gezahlten Netzentgelte spiegelt sich aus diesem Grund auch die Entwicklung der Netzentgelte der oberen Spannungsebenen zu einem ganz erheblichen Teil wider.

39 bb) Soweit in den oberen Spannungsebenen Letztverbraucher angeschlossen sind, nahmen diese - wovon auch das Beschwerdegericht ausgeht - in aller Regel individuelle Netzentgelte gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV in der im maßgeblichen Zeitraum 2006 bis 2017 jeweils geltenden Fassung in Anspruch, deren Entwicklung deutlich hinter der Entwicklung der Netzentgelte der unteren Spannungsebenen zurückblieb.

40 (1) Nach § 19 Abs. 2 StromNEV in der bis zum 25. August 2009 geltenden Fassung durfte ein individuelles Netzentgelt nicht weniger als 50 Prozent des veröffentlichten Netzentgelts betragen (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StromNEV 2005). Im Zeitraum bis 3. August 2011 galt eine entsprechende Untergrenze von 20 Prozent (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StromNEV 2009); im Zeitraum bis 21. August 2013 galten eine Untergrenze von 20 Prozent sowie für sogenannte Bandlastverbraucher (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 - EnVR 6/20, juris Rn. 17) eine Befreiungsmöglichkeit (§ 19 Abs. 2 Satz 1 und 2 StromNEV 2011) beziehungsweise - teilweise rückwirkend für 2012 und 2013 - bis zum 31. Dezember 2013 gestaffelte Untergrenzen von 10 %, 15 % und 20 % (§ 19 Abs. 2 Satz 3, § 32 Abs. 7 StromNEV 2013; vgl. EuG, Urteil vom 6. Oktober 2021 - T-196/19, Rn. 2 bis 15). Ebensolche Untergrenzen fanden bis zum 31. Dezember 2017 Anwendung (§ 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV 2014, 2015, 2016).

41 (2) Nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV 2009 wie auch erneut in der ab dem 1. Januar 2014 geltenden Fassung von § 19 Abs. 2 Satz 4 StromNEV hatte das Bandlastverbrauchern anzubietende individuelle Netzentgelt ihren Beitrag zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten widerzuspiegeln. Um diesen Beitrag zu ermitteln, verwendet die Bundesnetzagentur die Methode des physikalischen Pfads (vgl. Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV vom 11. Dezember 2013 - BK4-13-739; BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 - EnVR 6/20, juris Rn. 18).

Dabei wird ausgehend vom betreffenden Netzanschlusspunkt des Letztverbrauchers eine fiktive Leitungsnutzung bis zu einer geeigneten Stromerzeugungsanlage auf bereits bestehenden Trassen berechnet.

42 (3) Vor diesem Hintergrund ist die Annahme gerechtfertigt, dass die (tatsächlich) gezahlten Netzentgelte auf den oberen Spannungsebenen im maßgeblichen Zeitraum gesunken sind und die Entwicklung der von den Letztverbrauchern auf den oberen Spannungsebenen gezahlten Netzentgelte deutlich hinter der Entwicklung der Netzentgelte der unteren Spannungsebenen zurückgeblieben ist. Eine Deflationierung dieser Umsatzerlöse unter Verwendung des Monitoring Index wirkt sich daher zugunsten der betroffenen Netzbetreiber aus, weil die Preisentwicklung bezogen auf die oberen Spannungsebenen durch den Monitoring Index überschätzt wird. Eine Berücksichtigung der tatsächlichen Preisentwicklung auf den höheren Spannungsebenen würde also allenfalls zu einem geringeren Deflator und damit zu Lasten der Netzbetreiber zu höheren preisbereinigten Umsätzen sowie im Ergebnis zu einem höheren Produktivitätsfaktor führen. Soweit dies von den betroffenen Netzbetreibern unter Hinweis darauf in Zweifel gezogen wird, es komme auf das Ausmaß an, in dem die individuellen Netzentgelte im Vergleich zu den im Monitoring Index abgebildeten Netzentgelten gestiegen seien, sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es zu einem solchen stärkeren Anstieg gekommen sein könnte, nicht dargelegt und im Hinblick auf die obigen Ausführungen auch nicht ersichtlich.

43 cc) Zu Unrecht geht das Beschwerdegericht - wie die Bundesnetzagentur zu Recht rügt - davon aus, dass die den Netzbetreibern der oberen Spannungsebenen durch die individuellen Netzentgelte entgangenen und ihnen seit 2012 gemäß § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV 2011, § 9 KWKG 2002 (beziehungsweise gemäß § 19 Abs. 2 Satz 13 bis 15 StromNEV 2013, § 19 Abs. 2 Satz 13 bis 15 StromNEV 2015, §§ 26, 28, 30 KWKG 2016) in einem Umlageverfahren

zu erstattenden Erlöse (nachfolgend: entgangene Erlöse) durch den Monitoring Index als Deflator nicht sachgerecht deflationiert werden.

44 (1) Allerdings nimmt das Beschwerdegericht zunächst zutreffend an, dass es sich (lediglich) zum Vorteil der Netzbetreiber auswirkt, wenn ein erheblicher Anteil der Netzbetreiber bei der Datenerhebung für das Verfahren zur Festlegung des Produktivitätsfaktors die Umsatzerlöse ohne die entgangenen Erlöse im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 13 StromNEV angegeben hat. Wenn die Umsatzerlöse ab 2012 teilweise ohne die Erstattungszahlungen angegeben worden sind, führt dies nach dem Wirkungsmechanismus der Deflationierung zu niedrigeren preisbereinigten Umsätzen und damit auch zu einem niedrigeren Produktivitätsfaktor, also zu einem für die Netzbetreiber vorteilhafteren Ergebnis.

45 (2) Soweit die entgangenen Erlöse von den Netzbetreibern als Bestandteil der Umsatzerlöse angegeben worden sind, werden sie unter Verwendung des Monitoring Index sachgerecht deflationiert. Anhaltspunkte dafür, dass der Monitoring Index die Preisentwicklung insoweit nicht sachgerecht widerspiegelt, sind weder dargelegt noch ersichtlich.

46 (a) Die durch den Ausgleich der entgangenen Erlöse verursachten Kosten wurden zunächst auf der Grundlage eines Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 (BK8-11-024) und sodann gemäß 19 Abs. 2 Satz 14 und 15 StromNEV 2013 als Aufschlag anteilig auf die Letztverbraucher umgelegt (nachfolgend: § 19 StromNEV-Umlage; vgl. EuG, Urteil vom 6. Oktober 2021 - T 196/19 Rn. 11). Diese Umlage ist nicht als Gegenleistung für die Netznutzung anzusehen, sondern stellt eine Zwangsabgabe dar, die zwar an den Tatbestand der Netznutzung anknüpft, aber der Kompensation von Mindererlösen dient, die der Gesamtheit der Netzbetreiber aufgrund der Genehmigung von individuellen Netzentgelten entstanden sind (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2015

- EnVR 32/13, NVwZ 2016, 548 Rn. 20 - Netzentgeltbefreiung I; EuG, Urteil vom 6. Oktober 2021 - T 196/19 Rn. 78 bis 98, insb. Rn. 98).

47 (b) Vor diesem Hintergrund hatte die Bundesnetzagentur die methodische Schwierigkeit zu lösen, dass die entgangenen Erlöse - denen auch die entsprechenden Inputfaktoren (Kapital, Arbeit und Vorleistungen) gegenüberstehen - zwar als Teil der Umsatzerlöse zu deflationieren waren, für die entgangenen Erlöse aber weder auf den oberen noch auf den unteren Spannungsebenen Netzentgelte anfallen. Sie hat dies ausweislich der Begründung erkannt ("Wegen des Abstellens auf die tatsächlichen Umsätze laut Jahresabschluss und den Besonderheiten des deutschen Netzentgeltsystems, in dem nominale Netzentgelte wegen Privilegierungstatbeständen und korrespondierenden Umlagen nicht den tatsächlich von einer Kundengruppe gezahlten Netzentgelten entsprechen", Festlegung S. 28 unten) und im Einklang mit dem von ihr gewählten methodischen Ansatz ermessensfehlerfrei dahin gelöst, dass sie (insgesamt) auf die Preisentwicklung in den unteren Spannungsebenen abgestellt hat.

48 (c) Das Beschwerdegericht hat seinen Blick in Verkennung dieses Ansatzes auf den Umstand verengt, dass die Netzbetreiber der oberen Spannungsebenen wegen der entgangenen Erlöse so gestellt werden, als wenn sie die Netzentgelte gemäß ihrem Standardpreisblatt generiert hätten. Es hat zu Unrecht angenommen, die Bundesnetzagentur habe bei der Betrachtung der Deflationierung der entgangenen Erlöse auf die individuellen Netzentgelte abgestellt und eine Preisbereinigung sei daher nicht für alle Umsatzerlöse erfolgt. Das trifft nicht zu. Ebenso wie die Preisbereinigung aller anderen Umsatzerlöse hat die Bundesnetzagentur auch die Preisbereinigung der entgangenen Erlöse mit Hilfe des Monitoring Index vorgenommen, mithin anhand der Preisentwicklung der unteren Spannungsebenen. Die Bundesnetzagentur hat bei der Entscheidung, welcher der beiden verfügbaren Indizes herangezogen werden solle, die (grundlegende)

Abwägungsentscheidung getroffen, eine Deflationierung anhand der Preisentwicklung vorzunehmen, die bei den Kundengruppen stattgefunden hat, die die Netzentgelte tatsächlich zahlen. Sie hat dadurch die Entwicklung im Stromnetzmarkt im Produktivitätsfaktor sachgerecht und in vertretbarer Weise abgebildet gesehen. Das ist nach dem anzuwendenden Prüfungsmaßstab nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 146 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Es sind keine Anhaltspunkte dafür festgestellt oder aufgezeigt, dass eine Deflationierung (auch) der entgangenen Erlöse unter Verwendung des Monitoring Index nicht sachgerecht erfolgen konnte, zumal erhebliche gegenläufige Effekte dadurch aufgetreten sind, dass zahlreiche Netzbetreiber die entgangenen Erlöse nicht angegeben haben und die Preisentwicklung bei den individuellen Netzentgelten deutlich hinter dem Monitoring Index zurückgeblieben ist. Bei der mit Wirkung ab 2012 erfolgten Umstellung auf das Umlageverfahren handelt es sich zudem - worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hingewiesen hat - um einen von zahlreichen, die tatsächlichen Gegebenheiten abbildenden Strukturbrüchen, gegen deren Bereinigung sich die Bundesnetzagentur - wie bereits ausgeführt - aus grundsätzlichen Erwägungen entschieden hat.

49 III. Die Beschwerdeentscheidung kann hiernach keinen Bestand haben, soweit sie den Einwänden der Betroffenen stattgibt. Sie erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

50 1. Der von der Betroffenen mit ihrer Beschwerde darüber hinaus unter Bezugnahme auf das vorgelegte Gutachten der PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (nachfolgend: PwC-Gutachten) geltend gemachte, vom Beschwerdegericht nicht erledigte Einwand, die Daten aus dem Monitoringbericht 2006 seien nicht belastbar, weil 41 % der befragten 164 Netzbetreiber nach dem Stichtag der Datenabfrage für den Monitoringbericht am 1. April 2006 unterjährig eine Anpassung der Netzentgelte vorgenommen hätten, greift nicht durch. Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dem lasse sich

schon nicht entnehmen, dass die auf der Grundlage des Monitoring Index angesetzten Daten in so erheblichem Umfang von den tatsächlich vereinbarten Entgelten abgewichen seien, dass sie nicht verwendbar wären. Zudem hat es festgestellt, dass nur einem Teil der Netzbetreiber unterjährig Netzentgeltgenehmigungen erteilt worden sind und dies ganz überwiegend erst zum Jahresende 2006 hin geschehen ist. Auf dieser Grundlage war die Bundesnetzagentur nach den dafür geltenden Maßgaben (BGHZ 228, 286 Rn. 18, 80 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) nicht gehalten, die Höhe der Netzentgeltanpassungen zu ermitteln und eine alternative Berechnung durchzuführen. Denn es hätten sich auf dieser anderen Datengrundlage zwar möglicherweise zuverlässigere Ergebnisse gewinnen lassen. Das allein zwingt indes nach den geltenden Maßstäben nicht zu weiteren Ermittlungen und Berechnungen, weil die Belastbarkeit jedes methodischen Ansatzes durch zusätzliche relevante Beobachtungen verbessert werden kann. Im vorliegenden Fall werden die Daten für den Monitoring Index jährlich zum 1. April erhoben. Eine Berücksichtigung unterjähriger Änderungen erfolgt daher grundsätzlich nicht, wobei dies für alle unterjährigen Erhöhungen und Absenkungen der Netzentgelte gilt. Die Bundesnetzagentur war nicht gehalten, solche unterjährigen Änderungen zu ermitteln und ihre Auswirkungen zu untersuchen. Denn dies hätte aus Gründen der Konsistenz über den gesamten Zeitraum erfolgen und auch gegenläufige Effekte durch unterjährige Netzentgeltsteigerungen erfassen müssen. Es ist indes nicht aufgezeigt, dass der Monitoring Index - wie auch andere auf einen Stichtag bezogene Indizes - ohne eine solche Zusatzberechnung eine Deflationierung nicht sachgerecht erlaube. Soweit es im Zeitraum vom 1. April 2006 bis 1. April 2007 zu Netzentgeltsenkungen gekommen ist, gilt ferner das zur Berücksichtigung von Sondereffekten Ausgeführte.

51 2. Nachdem die Bundesnetzagentur zugunsten der Netzbetreiber in zweifacher Hinsicht Sicherheitsabschläge vorgenommen hat, indem sie zunächst

in Bezug auf die Ergebnisse der angewandten Methoden eine "Best-of"-Auswahl zugunsten des niedrigeren Werts getroffen und diesen Wert sodann erneut um ein Drittel reduziert hat, relativieren sich auch die von den Netzbetreibern geltend gemachten Einwände gegen den Törnqvist-Index. Selbst wenn es bei Anwendung des Törnqvist-Index - wie nicht - zu "Verzerrungen" zu Lasten der Netzbetreiber gekommen wäre, bestehen angesichts dieser erheblichen Abschläge keine Anhaltspunkte dafür, dass der festgelegte Wert nicht mit den sich aus § 9 Abs. 3 ARegV ergebenden Vorgaben im Einklang stünde. Es ist nicht dargelegt oder ersichtlich, dass die durch die Netzentgeltabsenkungen im Laufe des Jahres 2006 behauptete Verzerrung bei der Deflationierung nach der Törnqvist-Methode zu einem Produktivitätsfaktor führen würde, der unter 1,35 % - schon gar nicht unter 0,90 % - läge. Sogar bei Zugrundelegung des vom Beschwerdegericht für vorzugswürdig gehaltenen Stützintervalls 2007 bis 2017 ergibt sich bei einer Mittelwertbetrachtung der nach der Malmquist- und Törnqvist-Methode ermittelten Werte von 0,53 % und 1,35 % ein über dem festgelegten Wert von 0,90 % liegender Wert von 0,94 %. Das erhellt, dass die von den betroffenen Netzbetreibern beanstandeten "Verzerrungen" jedenfalls durch die zu ihren Gunsten vorgenommenen Sicherheitsabschläge ausgeglichen werden.

52 C. Der Senat kann hiernach abschließend entscheiden und die Beschwerde gegen die angefochtene Festlegung zurückweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG; die Festsetzung des Gegenstandswerts folgt aus § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Holzinger

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.03.2022 - VI-3 Kart 526/19 (V) -